

La Autocontratación en la Doctrina, en el Derecho Comparado y en la Legislación Peruana

SEGUNDA PARTE

LA AUTOCONTRATACION EN EL DERECHO COMPARADO

41 — No existe ordenamiento jurídico que rechace en forma absoluta la autocontratación. Sin embargo, aunque todos la aceptan en principio, en la práctica no le conceden la misma amplitud.

Mientras que en las legislaciones que siguen la técnica del Código alemán el acto jurídico consigo mismo es objeto de un precepto genérico que lo prohíbe por regla general y lo admite por excepción; en otras, inspiradas en las conclusiones de la jurisprudencia francesa, la solución verdadera es la inversa.

El desarrollo de estas dos tendencias legislativas que representan la posición doctrinal de Rümelin y de Hupka, respectivamente (supra 14), constituye el objeto de esta segunda parte, en la que trataremos de examinar las ventajas e inconvenientes de cada uno de los dos sistemas para concluir en favor del que ofrece mayores posibilidades de satisfacer las exigencias de la vida social.

42 — La jurisprudencia alemana recogió en 1881 las ideas de Römer, (supra 9). En el caso de dos sociedades cooperativas

* La primera parte de este trabajo apareció en el N.º III, Año V de esta Revista.

constituídas por las mismas personas, de las cuales una había caído en estado de insolvencia y la otra reclamaba un crédito a cargo de la primera, admitió no solamente la posibilidad, sino también la licitud de la doble representación: “La *posibilidad*, dice la resolución, es una consecuencia del reconocimiento positivo de la representación directa. A tal posibilidad, no se opone ni el principio según el cual nadie puede ser acreedor y deudor de una misma persona—pues no es esto lo que se propone el autocontrato del representante—ni tampoco el concepto del contrato, porque el consentimiento recíproco que es esencial en éste, existe desde el momento en que se admite que la voluntad del representante puede sustituir a la del representado, y no cabe alegar tampoco la *ilicitud* del autocontrato por la colisión de intereses que pueda implicar. Esto es evidente en los casos en que la fijación del contenido del contrato no queda al arbitrio del representante—como sucede con el poder especializado, en las subastas, en las ventas al precio corriente o *sub arbitrio tertii*—pero puede decirse también de los casos en que las cláusulas del contrato son determinadas por la voluntad del representante. Aunque las cláusulas del contrato resulten tanto más favorables para una parte cuanto menos lo sean para la otra, es posible, sin embargo, hallar un punto en que esta oposición se resuelva armónicamente, y así sucederá cuando las cláusulas del contrato aparezcan como las más favorables para cada una de las partes en las circunstancias dadas. Hallar este punto incumbe al representante, debiendo ser suficiente para el tráfico de buena fé esa justa ponderación de los intereses legítimos”. “Claro es, concluye la resolución, que en los casos particulares puede haber obstáculos que se opongan a la eficacia del acto auto-representativo, y esos obstáculos son: preceptos de Derecho positivo, que lo prohíban; voluntad del protractor; la falta de una declaración bilateral de voluntad contractual; y el perjuicio sufrido por el representado, dada la mala fé del representante”.

43 — La posición de los tribunales alemanes influyó, sin duda, en la redacción del primer Proyecto, que se inclinó por la admisibilidad general del auto-contrato. “Los redactores, dice Hupka, dieron por supuesto que la posibilidad de una doble representación es una consecuencia de los principios generales sobre representación directa, y que no se opone a la autocontratación el concepto del contrato, el cual exige únicamente que la voluntad del autocontratante, que es la decisiva para ambas partes,

se exteriorice en forma cognoscible para terceros. El inconveniente de la colisión de intereses, agrega el citado tratadista, que se opone a la admisión positiva de la doble representación, no fué considerado suficientemente grave para prohibir la doble representación en general, mucho más opinándose que con esa prohibición se dificultaría el tráfico y más se impediría que se fomentaría el interés del representado. Declarábase, por consiguiente, a favor de la licitud fundamental de la doble representación y se la excluía solamente tratándose de la representación de los padres, tutores y curadores, así como en relación a los órganos de las personas jurídicas" (107). "El primer proyecto, escribe Popesco Ramniceanno, por el hecho mismo de no prohibir el *selbs-contrahieren* admitía, como regla general, que el representante pudiera contratar consigo mismo. No debía ser de otra manera sino cuando existiera colisión de intereses. El acto jurídico consigo mismo, dice la Exposición de Motivos, es admitido en la medida en que no está prohibido por los principios generales del Derecho. Las excepciones admitidas (arts. 45, 468 y 1651-1º) no hacen sino confirmar la regla general". (108).

44 — Pero si las discusiones sobre autocontratación en Derecho civil se encontraban desprovistas de realidad, no sucedía lo mismo en Derecho mercantil. La autocontratación instalada en el Código de Comercio de 1861 dió lugar a numerosos abusos que determinaron que la ley de Bolsas de 1896, primero, y el Código de Comercio de 1897, después, sujetaran su aplicación a ciertos requisitos: mercaderías que se cotizan; falta de prohibición tácita o expresa; aviso específico. Refiriéndose a la autocontratación del comisionista, dice la Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1897: "Es cierto que esta facultad no concuerda con la naturaleza del mandato, pero la venta a comisión, gracias a la conexión que existe entre ella y el negocio mismo del comisionista, ha adquirido tal desarrollo, que ya no es posible sujetarse estrictamente a las reglas del mandato. La experiencia nos enseña que los negocios a comisión, especialmente los que se refieren a mercaderías cotizadas en Bolsa o en mercado, pasan en su mayor parte a los comisionistas que tienen un comercio y su intervención tiene por objeto provocar una liquidación más expeditiva y ventajosa"

(107) Hupka — Op. cit. pág. 318.

(108) Popesco-Ramniceanno — Op. cit. pág. 460.

45 — El segundo proyecto superó al primero en cuanto fija la naturaleza jurídica unilateral de la autocontratación; más atendiendo a las ventajas y peligros que ofrece, extrema la importancia de los segundos y prohíbe como regla general el acto jurídico consigo mismo. El artículo 181 (109) refleja las ideas de la Segunda Comisión, que estimando decisivo el inconveniente del conflicto de intereses, admitió como principio la imposibilidad de que el representante pudiera celebrar actos jurídicos consigo mismo, aún en el caso de cúmulo de representaciones y sin excluir, en ambos supuestos, como lo había hecho el primer Proyecto, la representación voluntaria.

El Derecho germano no ignora la autocontratación; pero hay que reconocer como dice Viforeanu, "que le asigna un campo muy limitado, de suerte que ninguna colisión de intereses sea de temer" (110). Menos los escrúpulos teóricos que las indicadas dificultades prácticas, agrega el eminente profesor de la Universidad de Göttingen, Paul Oertmann, determinaron al Código alemán a prohibir en principio el llamado autocontrato del representante". (111).

Conviene advertir que el Derecho alemán admite excepciones tanto de carácter expreso como tácito, que atenúan el rigorismo del principio prohibitivo. "El objeto del artículo 181, dice la Exposición de Motivos del Código alemán, se dirige a prevenir el peligro de una oposición de intereses, lo cual no excluye que, por ejemplo, el tutor se cobre, del dinero que tenga del menor, lo que éste le adeude".

Así, en primer lugar, cabe señalar entre los casos en que el autocontrato está permitido, todos aquellos que "consistan en el cumplimiento de una obligación", y tendremos que el representante puede pagar a la caja del representado sea con dinero de éste que tenga en su poder o con su propio dinero. Algunos autores opinan, y con razón, que esta solución sólo es aplicable al pago real y no a la *datio in solutio* o a la compensación, pues, en tales casos, la situación es distinta desde el momento en que

(109) Artículo 181. — "El representante, salvo autorización en contrario, no podrá celebrar en nombre del representado acto alguno consigo mismo obrando en nombre propio o como representante de un tercero, a no ser que dicho acto consista en el cumplimiento de una obligación".

(110) Viforeanu — Op. cit. No. 145; pág. 518.

(111) Oertmann — Op. cit. No. 61; pág. 322.

el representante debe hacer una valoración y puede suceder que la haga en su favor.

En segundo lugar, la prohibición no funciona en los casos de autorización especial, ya sea ésta legal, o proveniente de la voluntad del representado.

Finalmente, el Código alemán no se refiere a las hipótesis de autocontratación en los casos de la pluralidad de patrimonios pertenecientes a un mismo titular. Estos casos desprovistos de peligro (supra 30) no se encuentran comprendidos en la prohibición cuyo objeto es evitar el conflicto de intereses.

46 — “En la segunda Comisión (Protocolos de la Comisión de la segunda lectura del Proyecto del Código Civil alemán compilados por Achilles y otros), dicen Ennecerus, Kipp y Wolff, se discutía si el negocio que el representante realiza contraviniendo a la regla del artículo 181 es nulo en todo caso, o si puede ser ratificado por el representado” (112). La mayoría de los miembros de la Comisión, agrega Hupka, se pronunció en favor de la primera solución, pero el artículo en sí, no conduce necesariamente a esta interpretación, “que se halla tan en contradicción con la historia de su gestación como con la naturaleza de las cosas. (113).

La tesis de la nulidad absoluta fué recogida posteriormente por Planck, quien afirma no la ilicitud del auto-contrato sino su imposibilidad y, para dar valor a su afirmación, se funda en el empleo que hace la ley de las palabras *Kann nich* (no puede). Esta objeción, según Hupka, (114); Ennecerus, Kipp y Wolff (115); Popesco-Ramniceanno (116) Viforeanu (117; Oertman (118) y otros es sumamente débil, ya que esas palabras se refieren con más propiedad a la ineficacia exterior del negocio celebrado contra la prohibición. Ennecerus, Kipp y Wolff, principales defensores de la nulidad relativa, dicen al respecto “... toda vez que, como claramente dice el artículo 181, el poder de representación puede ser extendido a negocios de esta índole, y por tanto el fundamento de la ineficacia del negocio radi-

(112) Ennecerus, Kipp y Wolff — Op. cit. T. I; Vol. II; V; No. 168; p. 247.

(113) Hupka — Op. cit. pág. 321; nota 3.

(114) Hupka — Op. cit. pág. 321.

(115) Ennecerus, Kipp y Wolff — Op. cit. T. I; Vol. II; V; No. 168; p. 247.

(116) Popesco-Ramniceanno — Op. cit. pág. 462.

(117) Viforeanu — Op. cit. No. 145; pág. 516.

(118) Oertmann — Op. cit. No. 61 pág. 322.

ca en la falta de poder de representación, la lógica intrínseca de la ley exige que ese negocio sea tratado como los demás negocios jurídicos que concluye un representante sin poder de representación. También constituye una exigencia de la equidad. En casos de venta forzosa se prescribe expresamente. (119)" (120).

Hupka, no se limita a este decisivo argumento y busca en la historia del dispositivo, la prueba de la anulabilidad. Según este autor, del primer Proyecto se deduce que si se prohibió la doble representación fué en interés del representado. "En el primer Proyecto, dice, no se pensó establecer excepciones al principio de la representación directa sino limitaciones del poder de representación. Ni una palabra hay en las actas que dé a entender que al discutirse el actual artículo 181 por la segunda Comisión, fuese abandonado ese punto de vista, modificando no sólo su extensión sino también su carácter; por el contrario, se dice exclusivamente que la *ratio* que llevó en el primer Proyecto a poner límites al autocontrato se dá igualmente en relación con toda clase de representantes, por lo cual las excepciones deben ser elevadas a regla general". (121).

De acuerdo con este criterio, los actos contrarios a la prohibición contenida en el artículo 181, resultan simples extralimitaciones del poder de representación, lo que en materia de poderes voluntarios, puede ser subsanado por ratificación posterior del principal.

"Esta interpretación, enseña Hupka, es también la única posible lógicamente. El fundamento en que reposa la prohibición de la doble representación, consiste en la necesidad de proteger al representado contra posibles perjuicios por parte del representante. Esta finalidad se logra plenamente si el principal no resulta obligado por un negocio que implica ese peligro de perjuí-

(119) Artículo 458 — "Si la venta se hubiere hecho con menosprecio de las disposiciones de los artículos 456 y 457 (que se refieren a la prohibición hecha al representante de comprar los bienes de su representado vendidos por autorización legal o venta forzosa), la validez del contrato y de la entrega del objeto vendido dependerá del asentimiento de los interesados en la venta como deudores o acreedores. Si el comprador exigiere a un interesado que proceda a su ratificación, se aplicará por analogía lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 177" (ver nota 124 pág. 524). "Si a consecuencia de la negativa de ratificación se procediera a nueva venta, el primer comprador responderá de los gastos de esta venta y de la disminución del precio".

(120) Ennecerus, Kipp y Wolff — Op. cit. T. I; Vol. II; Cap. V; No. 168 p. 277.

(121) Hupka — Op. cit. pág. 322.

cio. Pero, añáde, no hay razón alguna para impedirle que dé su aquiescencia a ese negocio si lo encuentra conforme a sus intereses". (122).

Por último, dice el precitado autor, refutando a Planck: "Si la previa autorización del principal dá eficacia al acto de autocontratación, no se comprende qué razón puede haber para que la ratificación posterior no tenga esa misma virtualidad". (123).

Tanto la historia externa como el contenido del artículo 181 del Código alemán, según lo han demostrado Ennecerus, Kipp y Wolff y Hupka, constituyen argumentos irrefutables en favor de la nulidad relativa. Así lo ha reconocido también la Corte Suprema del Imperio alemán que en una ejecutoria de 4 de noviembre de 1903 se expresa en los siguientes términos:

"Las excepciones admitidas por el artículo 181, demuestran que el acto jurídico consigo mismo no es una imposibilidad. Si está prohibido en principio, es por evitar el conflicto de intereses. Pero que no es una regla imperativa, así lo prueban las excepciones admitidas por el Código. Habrá que aplicar consecuentemente el artículo 177 sobre la representación sin poderes (124) y nó el artículo 134 sobre nulidad absoluta". (125).

Esta ejecutoria, acorde con la generalidad de la doctrina, pone fin a la discusión. En efecto, si puede darse el exceso de poder en el aspecto objetivo, es concebible que suceda lo mismo en el subjetivo. Con frecuencia, el representante se excede de los actos para los cuales se le ha autorizado y, no es imposible, que análoga situación tenga lugar con relación a las personas con quienes puede contratar.

"No cabe decir, termina Hupka, refiriéndose al artículo 181, que este sistema de regulación sea muy feliz. Al prohibir el autocontrato, incluso en casos en que no puede hablarse de perjui-

(122) Hupka — Op. cit. pág. 322.

(123) Hupka — Op. cit. pág. 323.

(124) Art. 177. — "Si cualquiera concluyere sin poder un contrato en nombre de otro, dependerá su eficacia, a favor o contra el representado, de la ratificación de éste.

Si la otra parte exigiere del representado que se decida acerca de la ratificación, sólo podrá hacerse la de éste en presencia de la otra parte. La ratificación o la negativa declaradas ante el representante antes de la intimación del tercero, no producirán efecto alguno. La ratificación sólo podrá hacerse en el término de dos semanas después de recibida la intimación y si no se hiciere en este plazo se considerará denegada".

(125) Art. 134. — "Todo acto jurídico contrario a la ley será nulo, a menos que ésta disponga lo contrario".

cio para el representado, excede de los límites de la finalidad perseguida y crea al comercio dificultades completamente innecesarias, que no sólo contrarían al interés del representante, sino también al del propio representado". (126).

47 — El artículo 37 del Proyecto franco-italiano de las Obligaciones, inserto en el título de la representación, se ocupa de la autocontratación (127). Comentando su texto, el Informe de las Comisiones, dice lo siguiente: "Se han disipado las dudas que habían surgido en doctrina a propósito del contrato consigo mismo, al dictar como regla la prohibición para el representante de contratar consigo mismo, sea por su propia cuenta, sea por cuenta de otro, y esto con el fin de impedir la posibilidad de comprometer los intereses del representado y el abuso, ambos muy fáciles y a los cuales la regla opuesta daría lugar". (128).

Es evidente, que las Comisiones que redactaron el Proyecto estuvieron de acuerdo en lo fundamental con la tesis del Código alemán en cuanto éste prohíbe de modo general al autocontrato por temor al conflicto de intereses; y, que trataron de evitar los defectos que la doctrina alemana había señalado.

La posibilidad de practicar actos jurídicos consigo mismo "bajo reserva de disposiciones contrarias de la ley y de las reglas relativas al comercio", brinda a la autocontratación en el Proyecto franco-italiano una mayor flexibilidad y amplitud que en el Código alemán, que la limita al cumplimiento de una obligación".

La ratificación ulterior del autocontrato implantada por el artículo 37 del Proyecto aunque "hace salir tal operación del campo del contrato consigo mismo, ya que no nos encontramos en presencia de una sola voluntad que juega un doble papel sino, por el contrario, de dos voluntades, sin que el factor tiempo modifique en nada su naturaleza" (129), salva la laguna del Código alemán (supra 46), al definir que la sanción del autocontrato prohibido es la anulabilidad.

(126) Hupka — Op. cit. pág. 320.

(127) Art. 37. — "Bajo reserva de disposiciones contrarias de la ley y de las reglas relativas al comercio, ninguno puede, a nombre de aquél que representa, contratar consigo mismo, sea por su propia cuenta, sea por cuenta de otro, sin la autorización del representado, el cual puede sin embargo ratificar el contrato".

(128) Project de Code des Obligations et des Contrats. Roma 1928. Motivos No. 10 pág. LXVII.

(129) Viforeanu — Op. cit. No. 143; pág. 511.

Al igual que el Código alemán, el Proyecto franco-italiano omite la autocontratación en el caso de pluralidad de patrimonios pertenecientes a un mismo titular, lo que emerge nítidamente tanto por el lugar en que trata de los actos jurídicos consigo mismo—la representación—como por el texto del artículo 37. Inspirada esa disposición, en el propósito de evitar la colisión de intereses, a falta de disposición contraria, se puede admitir que no está prohibida.

Constituye una inferioridad del Proyecto respecto del Código alemán, su apreciación sobre la naturaleza jurídica de la autocontratación. Viforeanu considera que el Proyecto “consagra la naturaleza jurídica unilateral de esta operación” (130) basándose en que el contrato es en el Proyecto producto del consentimiento, y éste no puede existir evidentemente tratándose del contrato consigo mismo. La conclusión de Viforeanu, posible de obtener en todo ordenamiento jurídico, es de suyo insuficiente para modificar el sentido de las expresiones “contratar consigo mismo” y “ratificar el contrato”, usadas por el artículo 37 y que claramente revelan el carácter contractual que sus redactores asignaron a la autocontratación. Se ha demostrado que la naturaleza jurídica del acto consigo mismo es unilateral (supra 10, 11, 14 y 23) y por lo tanto, en este aspecto, nos inclinamos por el Código alemán.

48 — En el Libro I del Código Civil chino, que trata de los “Principios Generales”, Capítulo sobre los actos jurídicos y Título de la representación, se encuentra el artículo 106 que se refiere a la autocontratación. (131).

Alejada la China por muchos siglos de la civilización occidental, estuvo regida por un sistema propio cuya estructura es diferente de la del Derecho romano. Adoptado el derecho occidental por un simple proceso de recepción mecánica, los códigos chinos no pasan de ser transcripciones de sus modelos europeos y, así tenemos en materia de autocontratación que el artículo 106 del Código Civil de 1929 reproduce casi literalmente los tér-

(130) Viforeanu — Op. cit. No. 143; pág. 512.

(131) Art. 106. — “El representante no puede sin el asentimiento del representado practicar actos jurídicos entre el representado y el mismo; ni, en calidad de representante de un tercero, practicar actos jurídicos entre el representado y ese tercero, a menos que el acto jurídico consista exclusivamente en la ejecución de una obligación”.

minos del artículo 181 del Código alemán (132), por lo que poco hay que agregar a los comentarios a este último (supra 45 y 46). Al estimar necesario el codificador chino consignar alguna disposición prohibitiva de la autocontratación, hubiera debido combinar el texto del artículo 181 del Código alemán, con el 37 del Proyecto franco-italiano (133) a fin de evitar los defectos que la crítica ha señalado a cada uno de esos dispositivos y cristalizar una fórmula perfecta.

49 — Aunque la legislación vigente en la República Argentina adopta una solución diversa que examinamos en otra parte de este trabajo (infra 83 y sig.), razones de método nos llevan a mencionar aquí el Anteproyecto de Reforma del doctor Bibiloni, cuyas conclusiones son análogas a las de los códigos alemán y chino y del Proyecto franco-italiano.

El número 17 del Ante-proyecto, (134) contenido en el título de la representación, inserto en la materia de los actos jurídicos, se refiere a la autocontratación. Comentándolo Bibiloni dice: "El artículo 1918 (Código Civil argentino vigente (135) establece al principio pero limitado a la compra-venta. Es manifiesto que las razones que existen para prohibir el contrato consigo mismo en esa hipótesis existen para todas las posibles entre representante y representado. El artículo 181 del Código Civil alemán, agrega, exceptúa el caso del cumplimiento de obligación y parece conveniente reproducir esa disposición, pues, no puede causar perjuicio; y permite liquidaciones ventajosas para los interesados".

"Tampoco hay inconveniente, concluye, en reproducir nuestro artículo 1919 (136)". (137).

(132) Véase nota 109 pág. 76.

(133) Que había sido publicado en 1928, y no pudo ser ignorado por el codificador chino que publica su primer libro en 1929.

(134) Art. 17. — "Nadie puede en representación de otro, efectuar consigo mismo un acto jurídico, sea por su propia cuenta, sea por la de un tercero, sin la autorización o la ratificación del representado, salvo el caso que ese acto sea exclusivamente relativo a la ejecución de una obligación".

"Si el representante hubiere sido encargado de tomar dinero prestado, podrá prestarlo al interés corriente; pero facultado para dar dinero a interés, no podrá tomarlo para sí o para otro representado por él, sin autorización de su mandante.

(135) Véase el texto del artículo pág. 114 nota 212.

(136) Véase el texto del artículo pág. 114 nota 214.

(137) Juan Antonio Bibiloni — Ante-proyecto de reformas al Código Civil argentino, presentado a la comisión encargada de redactarlo. Buenos Aires 1929. T. I; Sec. III; Tit. IV de la Representación; pág. 172. y 173.

Compuesto de dos partes el artículo 17 del Ante-proyecto, la primera es la única que presenta valor doctrinario. La segunda casuística, se refiere al auto-préstamo en sus formas activa y pasiva. Mantenerla constituye un defecto que induce a pensar en la necesidad de una enumeración limitativa de los casos en que se permite la autocontratación, con la consiguiente supresión de la regla general; o—lo que es igualmente defectuoso—que la consignación del auto-préstamo no pasa de ser un pleonismo jurídico. Es cierto que se podría aducir que la excepción establecida no está comprendida en la primera parte, pero este argumento a lo más, serviría para probar la falta de unidad y coherencia de un sistema que rechazando *a priori* la autocontratación, se ve precisado, por razones de tradición, a conservar una hipótesis concreta y a excluir otras en las cuales los peligros pueden ser aún menores.

Teóricamente, la fórmula planteada por el Ante-proyecto Bibiloni puede ser calificada de intermedia. Superior al Proyecto franco-italiano cuando declara la naturaleza unilateral del acto jurídico consigo mismo y al Código alemán al sancionar con nulidad relativa el autocontrato prohibido, es demasiado estricta al limitar la aplicación del acto jurídico consigo mismo a la “ejecución de una obligación”, sin tomar en cuenta que la “reserva de disposiciones contrarias de la ley y de las reglas relativas al comercio” del Proyecto franco-italiano, brinda un criterio más amplio y conveniente. Adoptando esta dirección el Ante-proyecto hubiera esquivado el dilema de excluir el auto-préstamo o de conservarlo sólo como excepción, pues la mayor plasticidad de la fórmula Franco-italiana tolera esa aplicación sin necesidad de un texto expreso.

Por último, el Ante-proyecto, incurre en la misma omisión del Código alemán y del Proyecto franco-italiano, cuando en su artículo 17, prescindiendo de la autocontratación fundada en la pluralidad de patrimonios pertenecientes al mismo titular, limita su contenido a los actos jurídicos consigo mismo en virtud de la representación.

50 — Las dificultades que se presentan con ocasión de la doble representación, no fueron ajenas al antiguo Derecho francés. Pothier, frente a la posibilidad de que el tutor adquiriera los

bienes de su pupilo, llega a la conclusión de que ese acto debe estar prohibido a fin de evitar fraudes, aunque reconoce una excepción tratándose de las ventas practicadas *ex auctione* o en pública subasta, en que el peligro determinante de la prohibición, no tiene lugar.

51 — Elaborado el Código Napoleón con anterioridad a la aparición de la teoría de los actos jurídicos consigo mismo, el problema se plantea al margen de los textos por la doctrina y la jurisprudencia que en sus múltiples y admirables desarrollos, formularon una solución que, basada en el principio de la autonomía de la voluntad como postulado del Derecho privado, se ha convertido en una técnica legislativa eficaz por la elasticidad que ofrece. En efecto, disponiendo de un principio general admisorio, limitado tan sólo por prohibiciones específicas, hechas en precaución de un conflicto de intereses y, además, por ese mismo conflicto de intereses como criterio regulador, la posibilidad del autocontrato se extiende a todos aquellos casos en que no existiendo el peligro de la colisión de intereses, su empleo resulte útil, sin que disposiciones contrarias del Derecho positivo—como sucede en el sistema contrario—dificulten su desenvolvimiento. “El sistema ecléctico de la jurisprudencia, dice Demogue, que toma en cuenta, especialmente, el conflicto de intereses, debe ser aprobado porque responde a las necesidades prácticas. (138).

La construcción francesa que fué en sus albores un recurso de la jurisprudencia destinado a salvar el vacío de la legislación, en la actualidad ha sobrepasado esa estimación. Muchos códigos promulgados después, inspirados en el anhelo de conceder la mayor amplitud al instituto, eliminan toda declaración genérica. El Código Civil peruano de 1936, es un ejemplo.

52 — Muchos autores, con especialidad los antiguos, piensan que la celebración del acto jurídico consigo mismo es imposible. Guillaouard dice al respecto: “el mandatario debe aplicar toda su habilidad en interés del mandante al cual ha prometido sus servicios y no en el suyo propio, que está suficientemente salvaguardado por la remuneración a que tiene derecho, cuando el mandato es salariado. (139). Admitir lo contrario, agrega Durantón, es exponerse a que el representante trate de adqui-

(138) Demogue — Op. cit. Tomo I; No. 45; pág. 112.

(139) L. Guillaouard — “Des contrats aleatoires et du mandat” — Paris 2.^a edic. 1894 No. 106; pág. 425.

rir a vil precio los bienes de su representado valiéndose de ma-
niobras falaces para encubrir su verdadero valor. (140).

Baudry-Lacantinerie y sus colaboradores, tampoco son partidarios de la autocontratación. Para que el representante pueda comprar los bienes de su representado, dicen, se requiere que éste otorgue su autorización expresa, lo cual pone fin al mandato y significa que el consentimiento sea prestado directamente por el representado; “apenas, añaden, es necesario decir que no podrá (el mandatario) jugar a la vez el doble papel de vendedor y comprador” (141). “Si el mandatario, concluyen, se convierte en contraparte, un nuevo contrato se forma y hará nacer otras relaciones entre las partes... En una palabra, el mandato es un contrato de espera seguido de una convención definitiva”. (142).

En oposición a las conclusiones mencionadas, la gran mayoría de los juristas franceses acepta la posibilidad de los actos jurídicos consigo mismo.

Sin embargo, sobre la interpretación de los diversos textos prohibitivos diseminados en el Código Civil francés, y que más adelante examinaremos (infra 53 y sig), surge la polémica.

Conforme a una técnica rigurosa, dichos textos son aplicaciones o manifestaciones positivas de un principio general prohibitivo que limita la aplicación del autocontrato a aquellos casos en que está expresamente permitido. Los autores que así discurren, de acuerdo con Rümelin (supra 11) y con el Código alemán (supra 45), prescinden del principio de la libertad de acción característico del Derecho privado y sostienen que ante el silencio de la ley es ilícita la autocontratación.

El mayor número de los tratadistas, siguiendo a Hupka (supra 14), se apoyan en la libertad contractual y, consecuentemente, se inclinan por la posibilidad del acto jurídico consigo mismo, siempre que no esté prohibido en forma expresa por la ley. Para los partidarios de esta solución, las prohibiciones escritas en el Código tienen un carácter exclusivo, y por tanto, no susceptible de generalización. Si la prohibición fuera la re-

(140) M. Duranton — “Cours de Droit Civil suivant le Code Français” Bruxelles 4.^a edic. 1841; T. IX; No. 130; pág. 58.

(141) G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat — *Traité théorique et pratique de Droit Civil*. Paris 3.^a edic. T. XIX. “De la vente et de l’échange” 1908, No. 242; pág. 242.

(142) G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl — *Op. cit.* T. XXIV. “Des contrats aleatoires du cautionnement de la transaction” 1907; No. 618; pág. 324.

gla general como pretenden algunos, dicen, llegaríamos al absurdo injustificable de prohibir muchos actos inofensivos, como el pago por ejemplo, y, lo que es más grave, a la imposibilidad de explicar el sentido de la prohibición. Dentro de esta solución, escribe Planiol, "los abusos, si se producen, no permanecerán impunes, puesto que el representante está obligado a rendir cuenta de su gestión y es responsable hacia el representado de la ejecución de su encargo". (143).

"De los dos sistemas contrarios, agrega el precitado autor, la jurisprudencia con razón ha descartado el primero. El interés personal del representante en un contrato no sería suficiente para justificar la prohibición general del cúmulo de calidades en una misma persona. Con la aprobación de una parte considerable de la doctrina, ha acogido el segundo con una reserva importante: el artículo 1596 (144) del Código Civil y otros textos prohibitivos que deben ser aplicados por analogía en todos los casos en que el temor al abuso que los ha inspirado pueda tener lugar". (145).

La falta de una regla general, nos obliga a examinar por separado los distintos casos de autocontratación, y su grado de posibilidad, que se encuentra en razón inversa al conflicto de intereses: cuando éste exista el acto estará prohibido y será lícito siempre que no exista este peligro.

53 — Radical es la posición del Derecho francés en lo tocante a la autocontratación de los tutores y curadores. Atendiendo a los peligros que, por lo general, encierran dichos actos para el incapaz, el artículo 1596 (146), prohíbe a los tutores o curadores comprar por sí o por tercera persona, los bienes de sus pupilos. Comentando el sentido de esta prohibición, Baudry-Lacantinerie et Saignat consideran que "no hay que exagerar el alcance del principio. El artículo 1596, dicen, no exige del tutor el sacrificio de sus propios derechos; y, éste, puede com-

(143) Planiol y Ripert — Op. cit. T. VI; No. 69; pág. 89.

(144) Art. 1596. — "No podrán hacerse adjudicatarios, ni por sí mismos ni por terceras personas, bajo pena de nulidad:
Los tutores de los bienes cuya tutela tengan;
Los mandatarios de los bienes que se hayan encargado de vender;
Los administradores de los Municipios o establecimientos de caridad confiados a su cargo;
Los funcionarios públicos, de los bienes nacionales, cuya venta se haga por su ministerio".

(145) Planiol y Ripert — Op. cit. T. V; Tit. I; Cap. I; Sec. I; No. 69 pág. 90.

(146) Véase el texto del artículo 1596 en la nota 144.

prar los bienes del pupilo cuando tiene sobre dichos bienes derechos preexistentes que no sería equitativo obligarle a sacrificar". Un ejemplo de esta aplicación encontramos en el caso del tutor que se encuentra en estado de indivisión con su pupilo, y que al ser subastado el bien indiviso, toma parte en el remate; en ese supuesto, cabría objetar que la operación, en virtud de los efectos declarativos de la partición, permite presumir que el menor nunca fué propietario de los bienes subastados. "Pero, agregan los autores comentados, esa no es la verdadera razón. El tutor en su calidad de co-propietario tienen derechos legítimos que defender y con frecuencia el único medio que se le presenta para hacerlo, es intervenir en el remate con el fin de evitar que los bienes sean adjudicados a un precio vil". (147).

No es el artículo 1596 el único que impide la autocontratación de los representantes legales. El 450 repite la prohibición, haciéndola extensiva al contrato de arrendamiento y a la cesión de derechos o de créditos contra el pupilo. (148). Refiriéndose a esta última prohibición, dicen Baudry-Lacantinerie et Saignat: "el legislador no quiere que el tutor haga para sí mismo una especulación con un derecho contra su pupilo; si esta especulación puede ser realizada con ventaja, el tutor, debe verificarla por cuenta del pupilo" (149). Aquí debe considerarse la posibilidad de derecho preexistentes del representante que no pueden ser lesionados. En este orden de ideas, la única cesión prohibida será la que se verifique a título oneroso y nó las que sean producto de una herencia o donación. Si la cesión está prohibida por lo que representa de especulación, nada impide la subrogación, y que el tutor pague las deudas de su pupilo. La razón de la posibilidad, reside en la diferencia que separa la cesión y la subrogación. En efecto, si en la primera hay margen a la especulación, es requisito esencial de la segunda la ausen-

(147) Baudry-Lacantinerie et Saignat — Op. cit. T. XIX; Cap. V, Sec. III; No. 233; pág. 234.

(148) Art. 450. — "El tutor velará sobre la persona del menor y le representará en todos los negocios civiles".

"Administrará sus bienes como un buen padre de familia y responderá de los daños y perjuicios que por su mala gestión sobrevengan".

"No podrá comprar los bienes del menor, ni tomarlos a renta a no ser que el consejo de familia haya autorizado al tutor sustituto para otorgar en su favor escritura de arrendamiento; tampoco le estará permitido aceptar ninguna acción o crédito contra su pupilo".

(149) Baudry-Lacantinerie et Saignat — Op. cit. T. XIX; Cap. V; Sec. III; No. 239; pág. 239.

cia de ese elemento. Ni la cesión a título gratuito la subrogación están, pues, comprendidas en la prohibición legal.

Por mucho que se pretenda enervar el contenido de las prohibiciones anteriores, el artículo 420 (150) resuelve en realidad que no existe el acto jurídico consigo mismo de los representantes legales. Efectivamente, el nombramiento de un co-tutor para que intervenga "cuando los intereses del menor estén en oposición con los del tutor", excluye toda posibilidad al respecto. Empero, el sentido del dispositivo precitado, induce a pensar que la fórmula contractual no es imposible si los intereses de las partes son coincidentes. Demogue, opina, que en esos casos debe ser permitido, especialmente, si se trata de "actos en los cuales la intervención del tutor sustituto no pasa de ser una formalidad inútil, como el pago" (151). Planiol, se pronuncia también en igual sentido, cuando declara que deben admitirse *a priori* todos aquellos actos destinados a beneficiar al pupilo (152).

Sintetizando, podemos decir, que aunque la celebración de algunos actos entre el tutor o curador y el incapaz escapan a las prohibiciones legales, no por ello pueden practicarse bajo la forma autocontractual que sigue interdicta, con lo cual, la auto-contratación en materia de representación legal queda restringida a los actos cuya finalidad exclusiva es beneficiar al menor sin generarle carga alguna; o a los que tienen por objeto el cumplimiento de una obligación.

Es oportuno indicar que las precedentes conclusiones son aplicables por entero a la *auctoritas in rem suam* en los casos en que un representante legal debe autorizar a su pupilo. Aunque dichos actos no están comprendidos en las prohibiciones de los artículos 1596, 450 y 420, consideraciones de palpitante analogía, determinan que la jurisprudencia rechace la autorización que cualquier representante (consejo de familia, tutor, curador, etc), pudiera dar en su propio beneficio.

54 — El Código francés no consignó para el auto - contrato

(150) Art. 420. — "En toda tutela habrá un tutor sustituto nombrado por el consejo de familia".

"Sus funciones se reducirán a obrar en favor de los intereses del menor, siempre que estén en oposición con los del tutor".

(151) Demogue — Op. cit. T. I; No. 51; pág. 118.

(152) Planiol y Ripert — Op. cit. T. VI; No. 70; pág. 90.

de los padres como representantes legales de sus hijos, prohibiciones análogas a las prescritas para los tutores y curadores. La jurisprudencia, por razones de seguridad, ha hecho extensivas a los padres tales prohibiciones, lo que, la ley de 6 de abril de 1910, ha erigido en principio. De acuerdo con esta ley, el padre necesita, en los casos en que su interés es contrario al de sus hijos, la intervención de un tutor *ad-hoc*. Con todo, conviene señalar una diferencia: el padre con la asistencia del tutor puede realizar actos como la compra-venta, que en el caso de los representantes legales están prohibidos.

Finalmente, se ha aceptado sin dificultad por la jurisprudencia que el padre puede tomar un seguro de vida en beneficio de su hijo y aceptarlo a nombre de éste. También que no hay inconveniente, desde que no existe conflicto de intereses, para que en los casos en que se lega al padre el usufructo y al hijo la nuda propiedad, el primero concorra solo al inventario.

55 — Según el artículo 1596 del Código francés, los mandatarios no podrán ser adjudicatarios, ni por si mismos ni por terceras personas, bajo pena de nulidad, de los bienes que se les haya encargado vender. (153). Huc, basándose en el significado literal de la palabra "adjudicatario" empleada por el legislador, estimó que la prohibición se limitaba a la venta en subasta pública. Tesis absurda, fué rechazada, porque el significado del vocablo adjudicatario, es insuficiente para autorizar tan ilógica restricción. "La razón que se opone, dicen Baudry-Lacantinerie et Saignat, para que el mandatario compre mediante una adjudicación en subasta pública los bienes que se le ha encargado vender, se opone *a fortiori* a que los adquiera por venta directa en la que el precio sea amigable". (154).

Pero si el sentido de la prohibición que comentamos, sobrepasa los límites que pretendió señalarle Huc, debemos indicar, que la jurisprudencia francesa lo ha limitado al representante encargado de vender y no al encargado de administrar; así como a los casos en que el mandatario encargado de vender tiene derechos propios que cautelar.

Además del artículo 1596 no existe ningún otro texto que impida al mandatario la celebración del autocontrato. En con-

(153) Véase el texto del art. 1596; pág. 86; nota 144.

(154) Baudry-Lacantinerie et Saignat — T. XIX; Cap. V, Secc. III; No. 241; pág. 241.

secuencia, podrá celebrar consigo mismo contratos de arrendamiento, sociedad, mutuo, comodato, etc., "sin otra responsabilidad que las faltas que pudiese cometer dentro de los términos del Derecho común". (155).

Sin embargo, el justificado temor a una colisión de intereses lleva a la doctrina y a la jurisprudencia francesas a interpretar la prohibición del artículo 1596 "no como un texto excepcional, sino como precepto genérico aplicable a todos los actos del mandatario que ofrezcan peligro para el mandante". (156).

56 — El autocontrato del comisionista, ha agudizado en los últimos años el problema de la posibilidad de practicar actos jurídicos consigo mismo. Ante la falta de un texto expreso, especuladores desgraciados, dicen Planiol y Ripert, invocan frecuentemente la excepción de falta de contraparte, contra el intermediario que les reclama una diferencia. Invocan además, el artículo 1596 y la facilidad y gravedad de los fraudes que permite en su detrimento el carácter de contra-parte del mismo intermediario". (157).

La cuestión asume especial interés, si se atiende a que en el mandato ordinario, el mandatario revela siempre el nombre del otro contratante, lo que no sucede en el caso del comisionista que lo hace en forma excepcional y por orden de los tribunales. Si el mandatario llama la atención del mandante sobre la autocontratación practicada, el comisionista— que además es especulador—no lo verifica, lo cual dice Demogue, determina "que el peligro sea mayor, ya que la trampa tendida al comitente se encuentra bien disimulada" (158). Desde el momento en que el comisionista se convierte en contra-parte, añaden los enemigos de la autocontratación respecto de la comisión, no hay razón atendible para que subsista la pantalla que la caracteriza y que sirve para ocultar al comprador o vendedor. Si el otro contratante es el propio comisionista, debe manifestar la autocontratación como cualquier mandatario y su responsabilidad ser análoga a la de éste.

Con prescindencia de los casos en que exista pacto expreso, dicen Lyon, Caen y Renault, "a falta de una disposición legal, parece justo decidir que el comisionista no pueda vender sus

(155) Demogue — Op. cit. T. I; No. 53; pág. 123.

(156) Demogue — Op. cit. T. I; No. 53; pág. 126.

(157) Planiol y Ripert — Op. cit. T. VI; No. 726; pág. 92.

(158) Demogue — Op. cit. T. I; No. 55; pág. 125.

propias mercaderías al comitente, ni comprar por su cuenta las de éste. Tampoco podrá aceptar comisiones en sentido contrario de dos personas diferentes. Sería siempre de temer en el caso contrario que el comisionista no sacrificase el interés de su comitente al suyo propio, o que, encargado de intereses contrarios pudiera defenderlos al mismo tiempo..." "Si el comisionista contraviniera a las reglas aquí planteadas, concluyen, su comitente puede dejar el negocio de su cuenta y reclamar daños y perjuicios". (159).

Para los autores citados es aplicable al comisionista la prohibición del artículo 1596 del Código Civil (160) dirigida a los mandatarios comunes, y, en todo caso, no será la forma autocontractual la válida cuando el comisionista pueda convertirse en contra-parte. Basta que asuma tal calidad para que desaparezca el contrato de comisión y, por tanto, la remuneración y demás ventajas inherentes a esa situación jurídica (161). Lyon Caen et Renault, no sólo impugnan el autocontrato del comisionista, sino que—como Baudry-Lacantinerie y otros—consideran al acto jurídico consigo mismo como una imposibilidad conceptual. (supra 53).

Numerosas son las razones invocadas en favor de la autocontratación del comisionista. Sin embargo, dice Planiol, "a pesar de la resistencia de la mayor partet de la doctrina y del ejemplo liberal de muchas legislaciones extranjeras (Italia, Alemania, Rumanía, Suiza, Portugal, etc.) la jurisprudencia ha mantenido la nulidad del autocontrato del comisionista. (162).

57 — El artículo 85 del Código de Comercio francés prohíbe a los agentes de cambio y bolsa realizar para sí las operaciones que se les encomienda. La prohibición expresa elimina todo debate.

58 — La prohibición del autocontrato de los representantes judiciales se funda en la naturaleza de las cosas. Todo juicio, por definición, envuelve un conflicto de intereses, "teniendo, dice Demogue, cada litigante intereses distintos, deben tener representantes separados; correspondiendo al juez en el debate contencioso un papel pasivo, es necesario que exista una

(159) Lyon Caen et Renault — *Traité de Droit Commercial*. Paris 1900 3a. ed. T. III; No. 457; pág. 370.

(160) Véase el texto completo de artículo en la pág. 86, nota 144.

(161) Lyon Caen et Renault — *Op. cit.* T. III; No. 457; pág. 370 y sig.

(162) Planiol y Ripert — *Op. cit.* T. VI; No. 72-c; pág. 92.

verdadera controversia y nó una simple exposición del negocio hecha por el representante común de dos litigantes que han creído útil recurrir a la justicia para solucionar situaciones jurídicas complicadas". (163).

La claridad con que emana esta imposibilidad determina que ninguna legislación consigne prohibición en ese sentido. Según Hupka, el artículo 83 de la Ley Procesal alemana que decía: "El representante no puede, en nombre del representado, seguir pleito consigo mismo obrando en nombre propio o como representante de un tercero" (164), fué suprimido por innecesario.

59 — Si los órganos de las personas morales son considerados como sus representantes, no hay inconveniente, en principio, para que el administrador de una o varias personas morales pueda practicar actos autocontractuales. No obstante, enseña Demogue, siendo más susceptible de control la rendición de cuentas en el caso de los representantes de las personas físicas que en el de los representantes de las personas morales, este factor debe ser tomado en cuenta para mayor circunspección. (165).

Conforme a los términos del artículo 1596 (166), los gerentes de las sociedades civiles o comerciales, pueden celebrar con sus representados actos jurídicos consigo mismo, siempre que no exista conflicto de intereses; actúen dentro de los límites de su poder y bajo su responsabilidad. Esta regla tiene, sin embargo, dos excepciones: la transacción y la venta, a no ser que respecto de esta última, lo contrario se establezca expresamente en los estatutos, como sucede, en el caso de las sociedades destinadas a centralizar la compra y venta de productos en las que esa operación no sólo es útil sino que constituye el objeto propio de dichas sociedades. (167).

El derecho francés soluciona en forma análoga, la autocontratación de los representantes de las personas morales en general y la de los mandatarios convencionales. No pasa lo mismo en cuanto a las sociedades anónimas que se encuentran sometidas a un régimen específico. La ley de 24 de julio de 1867,

(163) Demogue — Op. cit. T. I; No. 78; pág. 152.

(164) Hupka — Op. cit.; pág. 138, Nota 2.

(165) Demogue — Op. cit. T. I; No. 66; pág. 139.

(166) Véase el texto del artículo 1596 en la pág. 86, nota 144.

(167) Demogue — Op. cit. T. I; No. 76; pág. 140.

modificatoria del Código de Comercio, recogió la prohibición de la ley de 1863, sobre sociedades de responsabilidad limitada, según la cual, los administradores no pueden tener interés en las operaciones de sus representadas sin previa autorización de la asamblea general. Comentando esta prohibición Lyon Caen et Renault, estiman, que "esta interdicción era muy absoluta y presentaba graves inconvenientes. Los banqueros, dice, componentes del consejo de administración, no podían realizar operaciones de descuento en las condiciones generales del comercio y, consecuentemente, se negaban a ser administradores para no verse privados de la facultad de celebrar con la sociedad ventajosas operaciones con las que cualquiera otra persona podía beneficiarse. Sin duda, concluyen los actores citados, la autorización de la asamblea general bastaba para hacer cesar la prohibición, pero era un correctivo insuficiente. Esa autorización debía ser otorgada para cada caso y, por tanto, no era fácil de alcanzar tratándose de operaciones que debían repetirse incesantemente y concluirse con gran rapidez..." (168).

La ley de 1867 hizo una aplicación moderada del principio prohibitivo, evitando así los inconvenientes señalados a la de 1863. Refiriéndose Lyon Caen et Renault al artículo 40 de la nueva ley (169) afirman que "no prohíbe a los administradores tomar o conservar algún interés en cualquiera operación. La prohibición, escriben, comprende solamente a las empresas o negocios (marchés o entreprises), es decir, a las convenciones importantes y que se cumplen en un dilatado plazo, por ejemplo, los contratos sobre abastecimiento de materias primas o manufacturadas", y, en general, las convenciones susceptibles de prestaciones sucesivas. "De otro lado, agregan, —y así fué declarado formalmente al discutirse la ley de 1867 en el cuerpo legislativo— la prohibición legal, se refiere únicamente a los negocios y empresas que se concluyen en forma amigable y no a los que son adjudicados con publicidad y concurrencia. Esto, con-

(168) Lyon Caen et Renault — Op. cit. T. II; No. 820 bis., pág. 698.

(169) Artículo 40 de la ley de 24 de julio de 1867.— "Se prohíbe a los administradores tomar o conservar un interés directo o indirecto en una empresa o compra (marché) efectuada con la sociedad o por su cuenta, a no ser que estén autorizados para ello por la asamblea general".

Se dará todos los años cuenta especial a la asamblea general de las compras y negocios por ella autorizadas a tenor del párrafo anterior.

cluyen, merecía haberse contemplado porque según la doctrina, la incapacidad de comprar a que están sujetos los mandatarios respecto de los bienes cuya venta se les ha encomendado, se aplica aún a las adjudicaciones en subasta pública" (170).

Menos rigurosa la ley de 1867 que la de 1863, "la liberal actitud de los tribunales, ha convertido sus medidas de precaución (autorización de la asamblea y rendición de cuentas) en simples formalidades. El artículo 40 está lejos de cumplir su finalidad: evitar los gravísimos abusos cometidos en perjuicio de la colectividad de asociados por los administradores... "Esta situación reclama la reforma". (171).

Sintetizando lo dicho, a excepción de las sociedades anónimas sujetas a un régimen especial, la posibilidad de practicar, actos jurídicos consigo mismo para los representantes de las personas morales es análoga a la concedida al representante voluntario. Por una paradoja legislativa, los administradores de las sociedades anónimas, a pesar de la deficiente redacción del artículo 40 de la ley de 1867, pueden celebrar la compra-venta —prohibida para los demás, en virtud del artículo 1596 (172)—, sin otras limitaciones que las estipuladas en el artículo citado, —esto es, que no se trate de ventas en que la falta de publicidad o concurrencia haga presumir un conflicto de intereses. Este criterio que responde mejor a la teoría de la autocontratación debe extenderse a todos los administradores de las personas morales.

60 — El liquidador de una sociedad es su representante encargado de vender. Le son aplicables por entero las conclusiones señaladas para los administradores de sociedades. La autorización de los asociados; o del juez que nombró al liquidador; o de los co-liquidadores reemplazará, en cada caso, la de los órganos de la sociedad en liquidación (supra 59).

61 — En Derecho administrativo los negocios entre el funcionario y la persona moral que representa, están prohibidos únicamente cuando revisten la forma autocontractual. El artículo 1596 (173) así la establece en defensa de los intereses del Estado.

(170) Lyon Caen et Renault — Op. cit. T. II; No. 821; pág. 698.

(171) Planiol y Ripert — Op. cit. T. VI. No. 73. pág. 96.

(172) Véase el texto del artículo en la pág. 86 nota 144.

(173) Véase el texto del artículo 1596 en la pág. 86 nota 144.

62 — En relación con las personas morales y sus representantes existen otras posibilidades susceptibles de ser consideradas como autocontractuales y que Demogue denomina “cuestiones próximas al acto jurídico consigo mismo” (174). En ellas, si no hay identidad absoluta entre los contratantes, sin embargo, una persona interviene para autorizar, votar o controlar el acto que se ha de celebrar consigo misma.

El artículo 4.º de la ley de 24 de julio de 1867 (175) que prohíbe a los socios tomar parte en las deliberaciones en que se discuten sus aportes en especie o algunas ventajas personales a su favor, constituye un caso de estas cuestiones próximas. El dispositivo, dicen Planiol y Ripert, ha sido interpretado por la jurisprudencia como excepcional, y, “por eso se admite, que en el seno de una asociación o sociedad, las personas cuyos intereses se discuten y, en particular, los administradores que presentan sus cuentas, pueden tomar parte en la votación de la asamblea como accionistas”. (176).

Donde tiene mayor interés la cuestión de la simultaneidad de papeles sin perfecta identidad entre los contratantes es a propósito de las sociedades civiles dirigidas por un grupo. A estos co-administradores les aplica la doctrina francesa las conclusiones ya expuestas respecto de los administradores individuales y algunos autores llegan a opinar que se les puede permitir la venta, dado que este acto es menos peligroso al ser controlado por los otros co-administradores que otorgando su consentimiento, comprometen su propia responsabilidad. Demogue, en vista de la solución adoptada por la jurisprudencia en el caso de los asociados, cree que el administrador personalmente interesado, puede tomar parte en la votación. (177).

Las conclusiones anteriores son aplicables también al tutor con relación al consejo de familia, atendiendo al carácter restrictivo de los artículos 425 y 426.

63 — En la hipótesis del autocontrato del representante que reúne dos representaciones distintas, de acuerdo con la generalidad de la doctrina (supra 30-d), la jurisprudencia fran-

(174) Demogue — Op. cit. T. I; No. 70; pág. 145.

(175) Ley de 24 de julio de 1867.—Artículo 4.º— “..... No tendrán voto en las deliberaciones los socios cuyas aportaciones (que no sean en efectivo) o ventajas especiales, sean sometidas a la aprobación de la asamblea...”.

(176) Planiol y Ripert — Op. cit. T. VI; No. 72; pág. 96.

(177) Demogue — Op. cit. T. I; No. 70; pág. 144.

cesa ha considerado que "la compensación de órdenes, no es susceptible de generar la colisión de intereses temida por los autores del artículo 1596" (178). No puede ser de otro modo. Las prohibiciones legales (179), dictadas a los representantes, enseña Demogue, únicamente, se dirigen contra los actos que pueden practicar *para sí* más nó para un tercero. El mismo Código presupone el cúmulo de representaciones con intereses coincidentes, cuando en su artículo 2002 se refiere a "un mandatario constituido por varias personas para un negocio común..." que, a juicio del ilustre jurista Demogue, es, por lo general, un acto colectivo unilateral: asamblea de accionistas, junta de acreedores, etc.

La posibilidad de acumular representaciones paralelas o contrarias es común a toda clase de representantes. Sin embargo, la acumulación de poderes tiene límites. No procede en los casos de transacción (supra 30-d); o cuando ambos representados van a litigar (supra 59); o, según Demogue, cuando la ley quiere que haya debate y el cúmulo de representaciones "concluiría por suprimir todo cambio de ideas y lo reemplazaría por una simple decisión unilateral". Es ese el sentido del artículo 412 del Código Civil cuando prescribe que los miembros del consejo de familia deberán concurrir personalmente o por apoderado especial, y la razón por la cual, en los consejos de administración, un administrador no puede dar mandato a otro". (180).

64 — Interesante caso de autocontratación vinculado a la pluralidad de patrimonios es el de la mujer casada que posee una dote. "La dote, según el artículo 1540 del Código Civil frances, será el capital que aporte la mujer al marido para levantar las cargas del matrimonio". Esta afectación de los bienes dotales, determina su carácter de inalienables, inembargables e imprescriptibles en vista del fin social a que dichos bienes están destinados. Sujeta la dote a un régimen específico, su autonomía patrimonial no se ha discutido. La afectación de los bienes a un fin especial y la circunstancia de estar sometidos a un estatuto propio, constituyen los elementos necesarios para caracterizar la individualidad patrimonial, que aparece desde el momento en que una *universitas facti*, recibe un trato unitario y como consecuencia del cual se convierte en un *universitas ius*,

(178) Planiol y Ripert — Op. cit. T. VI; No. 72-c; pág. 95.

(179) Arts. 1596 (pág. nota) 420, (pág. nota) y 450 (pág. nota).

(180) Demogue — Op. cit. T. I; No. 65; pág. 139.

vale decir, en un patrimonio (supra 18). "El patrimonio de la mujer que posee una dote, dicen Planiol y Ripert, se compone de *dos patrimonios* sometidos a estatutos jurídicos distintos teniendo cada uno de ellos su activo y su pasivo..." (181).

Admitida la dualidad patrimonial de la mujer casada que tiene alguna parte de sus bienes sujetos al régimen dotal, es evidente, que puede darse el caso de que una porción de los bienes que integran ambos patrimonios se encuentren confundidos, sea porque la dote se ha constituido sobre una cuota parte de los bienes presentes o futuros de la mujer, o por haber legado o donado un ascendiente ciertos bienes a la mujer con la condición de dotalidad, lo que sólo es lícito en la parte de libre disposición. En estas y otras hipótesis, el carácter mixto que presentan esos bienes, se traduce en dificultades para la mujer, que no sabe con exactitud cuál es la parte de la cual puede disponer libremente sin temor a una nulidad; para el marido, que ignora sobre qué porción de bienes recae la dote; y, para los acreedores que no pueden ejercitar con seguridad su derecho sobre los bienes libres de la mujer deudora. Estas dificultades permiten concebir un estado de indivisión por razón de los patrimonios (supra 33) y consecutivamente, la conveniencia de una partición (supra 34). Algunos tratadistas aunque aceptan la pluralidad de patrimonios rechazan sus consecuencias, esto es, el estado de indivisión y la posibilidad de partición unilateral. En su afán de conservar el carácter sinalagmático de este acto, dichos autores han pretendido hallar un contradictor, y en este caso concreto, sostienen la designación de un curador especial. Esta solución se significa en una formalidad carente de sentido. El curador no representa la dote y, por consiguiente, se presenta el absurdo de un curador de la mujer, que la representa contra sí misma.

A fin de evitar este simulacro de antagonismo, Planiol ha creído que encontrándose la mujer y el marido en estado de indivisión en cuanto al goce, el marido puede ser contradictor en la partición. Planiol exagera la importancia del goce del marido y al identificarlo con la afectación de los bienes dotales, incurrir en el error que señalaba a los partidarios del curador especial: La partición así realizada no puede alcanzar a los terceros compradores y acreedores.

(181) Planiol y Ripert — Op. cit. T. IX; No. 1059; pág. 496.

Courtois et Surville, imaginaron eludir las objeciones dirigidas a Planiol, indicando que si el marido es representante de la dote no le es en virtud del derecho a su goce sino por ministerio de la ley. Esta tesis, intrínsecamente análoga desde el punto de vista jurídico a la del curador especial, adolece del propio defecto. La representación del marido, posible respecto de terceros, nada vale frente a la mujer.

Si el curador especial no puede representar a la dote respecto de la mujer, tampoco es posible para el marido representarla frente a terceros. La situación se agrava en los casos de disolución del matrimonio o de separación de bienes en los que el marido pierde el goce y deja de ser administrador. En esta situación, creen algunos, que no queda otro recurso que acudir a la justicia. Pero, dice Vallimaresco, refiriéndose a esta solución, "no la creemos verdaderamente indispensable sino en los casos en que los bienes no pueden ser partidos en especie. En tales casos, agrega el autor, no se podría prescindir de la intervención de la justicia sin chocar con el artículo 1558-8°, que establece que toda licitación referente a los bienes dotales debe practicarse bajo el control judicial y en la forma determinada por el artículo 997 del Código de Procedimientos Civiles. Pero si la partición se hace en especie, no vemos por qué la mujer no pueda efectuarla por sí misma, no interviniendo el marido sino para autorizarla (182). La intervención de la justicia, no nos parece necesaria". (183).

Si en el acto así practicado la justicia sólo interviene, según Planiol, para registrarlo y obligar de esta manera a la mujer respecto del público, no creemos con dicho autor, que ésta sea la única forma de dar fuerza obligatoria a la voluntad unilateral. Aceptado que la partición puede efectuarla la mujer por sí mismo, nada obliga a pensar que el único medio para alcanzar su validez sea la declaración judicial. Cualquiera otra forma en que conste su autenticidad, es bastante para concederle fuerza obligatoria (supra 35).

Poniendo de lado las particiones judicialmente demandadas por terceros, estimamos que tratándose de particiones en especie, está expedita la forma autocontractual. Aunque esta

(182) Esta autorización tiene su fundamento en la incapacidad de la mujer casada en el Derecho francés, lo que no sucede en el Perú, donde dada la legislación relativa a la mujer casada, este caso de autocontratación sería más claro.

(183) Vallimaresco — Op. cit. Pág. 1002.

es la solución de muchos tribunales franceses, la Corte de casación opina que no se puede atribuir arbitrariamente el carácter de dotal o parafernial a ciertos inmuebles, cuando cada inmueble sólo es dotal o parafernial por una cuota-parte. El fundamento de este criterio reposa en el artículo 1395 conforme al cual no se puede modificar la dote durante el matrimonio. Según Vallimaresco esta opinión es errónea. "No es modificar la dote, dice, atribuir el carácter de dotales o parafernales a ciertos bienes. La dote y los parafernales, como universalidades jurídicas, son considerados en su valor; desde que el valor respectivo no se altera, no tiene lugar la modificación prohibida por el artículo 1395". (184).

En conclusión, enseña Vallimaresco, "la partición de los bienes dotales y parafernales es siempre posible bajo la forma de acto jurídico consigo mismo; la contradicción no es absolutamente indispensable en ausencia de oposición de intereses. Pero así como todo acto jurídico unilateral debe ser exteriorizado para ser susceptible de oponerse a terceros, la partición debe ponerse en noticia de éstos, sea en la forma auténtica, sea mediante resolución judicial, o por declaración en el momento de la venta de los parafernales". (185).

65 — Los bienes reservados son, como se sabe, los que la mujer adquiere con su trabajo y cuya administración le corresponde exclusivamente. Creada la institución en Francia por la ley de 13 de julio de 1907, puede decirse que responde a una necesidad de nuestra época. La individualidad patrimonial de dichos bienes es indiscutible. Administrados por la mujer, están sometidos a una reglamentación y constituyen una universalidad jurídica independiente del régimen de los esposos; formando verdadero patrimonio distinto de los bienes de la mujer o de la comunidad.

Puede suceder que la mujer compre de su co-propietario la cuota de éste, y sea que la porción que poseía fuese dotal o parafernial, convenga a sus intereses delimitar ambas cuotas abstractas, esto es, proceder a la partición para fijar la frac-

(184) Vallimaresco — Op. cit. pág. 1005.

(185) Vallimaresco — Op. cit., pág. 1006. Esta última forma de hacer conocer la auto-partición por declaración de parafernalidad en el momento de la venta, es análoga a la aceptación tácita de la herencia por venta de un inmueble hereditario. (Art. 778, 779 y 796 del Código Civil francés y 677 del Código Civil peruano).

ción correspondiente a cada patrimonio y establecer de cuál puede disponer libremente.

En los casos contemplados anteriormente y en mérito de las razones expuestas a propósito de los bienes dotales (supra 65), la única forma de efectuar la partición es el acto unilateral consigo mismo, dado que la ausencia de un contradictor adecuado se revela con los mismos caracteres.

66 — Aunque en Francia la sustitución fideicomisaria está prohibida como regla general (artículo 896), el legislador ha considerado necesario hacer una excepción en favor de los nietos nacidos o por nacer a quienes la prodigalidad del hijo puede dejar en la indigencia. Por esto permite a los padres, sea por actos inter-vivos o *mortis-causa*, donar a los hijos con cargo de devolverse los bienes donados a los nietos. Esta excepción tiene dos limitaciones: no puede practicarse sino sobre la cuota de libre disposición, desde que los llamados bienes reservados (legítima) se transmiten por ministerio de la ley y no pueden ser objeto de carga o condición; y, deben efectuarse en favor de todos los nietos sin distinción de edad y de sexo.

Nadie puede negar que la sustitución fideicomisaria, lo mismo que la dote, constituye una afectación de bienes en beneficio familiar. Los bienes afectados son de propiedad del fiduciario y su inalienabilidad los sujeta a un estatuto propio y los determina como un patrimonio especial.

Dotados estos bienes de un activo y pasivo condicionados por la cláusula de inalienabilidad y dedicados a un fin especial, —la estabilidad de la familia— los bienes gravados con sustitución constituyen un patrimonio (supra 18), y esto se vieron precisados a reconocer los mismos creadores de la ficción del patrimonio único consignándolo entre las excepciones (supra 17).

Admitida la pluralidad de patrimonios del heredero fiduciario, es posible contemplar una sucesión gravada con sustitución en la cuota de libre disposición para el testador. “Aquí también, dice Vallimaresco, los inconvenientes de la indivisión provienen de que toda enajenación practicada por el fiduciario, todo embargo trabado por los acreedores, o con más propiedad, toda adjudicación resultante del embargo, se anulan a la muerte del fiduciario si éste deja hijos”. En esta situación, añade el egregio tratadista, “existe la imperiosa necesidad de proceder a la partición de los bienes libres y de los bienes gravados”

(186), a fin de dar estabilidad a los negocios practicados sobre los bienes de libre disposición.

A este respecto se promueven en la doctrina y en la jurisprudencia las mismas dificultades que hemos contemplado en otro lugar de este trabajo (supra 33, 34 y 65).

La negativa de los autores para aceptar un estado de indivisión por razón de patrimonios, y, como consecuencia, la posibilidad de la partición unilateral verificada por el titular común, se reproducen con referencia al fiduciario. Sin embargo, pese a objeciones teóricas, en la práctica, no se vacila para aplicar a este evento las reglas de la partición.

Se ha pretendido también, como en el caso de la dote (supra 65), buscar contradictor al fiduciario para dar carácter sinalagmático a la partición. Demante, por ejemplo, sustenta que el fiduciario se encuentra en estado de indivisión con los favorecidos. Su tesis es inexacta. En el caso de la sustitución fideicomisaria, el fiduciario es el único propietario de los bienes no correspondiendo a los favorecidos sino derechos eventuales para el día que se abra la sustitución. (187).

Siendo la misma persona titular de ambos patrimonios y hallándose los dos en estado de indivisión, o por lo menos, en un estado que presenta los mismos inconvenientes, la única solución posible es la partición que se operará por medio de un acto jurídico consigo mismo.

La jurisprudencia francesa, con fundamento, ha resuelto que la partición no puede ser provocada sino por el fiduciario, como único propietario actual de ambos patrimonios, pero exigiendo para la validez de la operación la presencia de un tutor que representa a los favorecidos. Ciertos tratadistas han creído hallar en este último requisito el elemento determinante de la bilateralidad del acto, pero claramente se observa que la intervención del tutor no tiene esa finalidad. El representante no realiza en este caso una función de defensa. Su función es de vigilancia y control. El fiduciario verifica por sí solo la partición, y como ambos patrimonios le pertenecen, en realidad, autocontrata. El papel del tutor no tiene otro valor que el de requisito destinado a revestir de fuerza obligatoria la declaración

(186) Vallimaresco — Op. cit., pág. 995.

(187) Sobre esta polémica véase Vallimaresco — Op. cit., pág. 996 y sig.

unilateral de voluntad que envuelve y caracteriza todo acto jurídico consigo mismo. (supra 35).

En conclusión, podemos afirmar que la partición de los bienes libres y de los gravados con sustitución puede operarse por acto unilateral y que la presencia del tutor no atribuye carácter bilateral a la partición.

67 — La herencia que se acepta con beneficio de inventario produce respecto del heredero la pluralidad patrimonial y consecuentemente la posibilidad de la autocontratación.

El beneficio de inventario introducido por el emperador Gordiano en favor de sus soldados y extendido después por Justiniano a todos los herederos, reposa sobre una base lógica y de equidad. La ficción por la cual el heredero es el continuador de la personalidad patrimonial del causante, genera el absurdo de las herencias honerosas. Al definirse por el beneficio de inventario que el heredero responde por las deudas hasta la concurrencia del activo sucesoral se elimina aquel injusto peligro.

La finalidad del beneficio consiste en *separar* los patrimonios mientras se efectúa la liquidación de la herencia. Ahora bien, durante este lapso, es incontestable que el heredero no es un mero administrador del patrimonio del causante sino su propietario y que reúne bajo su dominio los dos patrimonios, teniendo el que perteneció al *de cuius* activo y pasivo afectados *ope leges* al pago de los acreedores del difunto. Existe como hecho jurídico real un patrimonio específico (supra 18).

Establecida esta pluralidad de patrimonios y la calidad de titular de ambos que corresponde al heredero, se alcanza la conclusión de la posibilidad de autocontratar.

En esta hipótesis autocontractual, juega, igualmente, el criterio del conflicto de intereses para determinar la posibilidad o la interdicción de ciertos actos consigo mismo (supra 30-e). Tenemos, por ejemplo, que el heredero podrá por sí mismo en su calidad dual de representante del patrimonio del *de cuius* y del suyo propio, adquirir los bienes de la sucesión enajenados en subasta, porque en este caso no se interfiere la posibilidad de la colisión de intereses. Si los bienes que quedan después de la solución de las deudas y mandas le pertenecen, es cosa evidente que el heredero es el primer interesado en que no se vendan a vil precio los bienes de la herencia. Su intervención en la subasta es el medio de defender sus intereses. Las mismas consideraciones que llevan al Derecho francés a permitir al tutor

la compra de los bienes del pupilo cuando aquél tiene sobre esos bienes derecho preexistentes que cautelar (supra 30-a), influyen en la jurisprudencia para definir que "el heredero beneficiario pueda ser adjudicatario de los bienes de la sucesión, ora persiga él mismo la venta, ora la persecución sea conducida por los acreedores" (188).

El heredero beneficiario, enseña Demogue, puede recuperar los bienes que vendiera al difunto en virtud de un contrato nulo; o ejercer contra la sucesión el retracto; o, finalmente, aceptar un seguro de vida estipulado a su favor por el causante. (189)

En oposición a estas hipótesis, conviene señalar aquellas en que se interpone el peligro del conflicto de intereses y en las cuales aunque no queda prohibido el acto, es ilícita la forma autocontractual. La compra de créditos litigiosos, por ejemplo, es acto en que el heredero necesita la intervención de una segunda voluntad.

68 — Con ocasión de la donación surge la posibilidad de la autocontratación. Verificada en favor del co-propietario una donación de parte indivisa con cláusula de inalienabilidad, la necesidad en que puede hallarse el donatario de tener que disponer de la parte libre que posee, lleva a considerar otra vez los inconvenientes de la indivisión (supra 33) y la oportunidad de una partición (supra 34). Como en realidad este caso sólo difiere del de la herencia gravada con sustitución fideicomisaria en que tiene lugar inter-vivos al paso que el segundo es *mortis causa*, nos remitimos a lo que queda dicho anteriormente (supra 66).

No hace falta pensar en la existencia de una cláusula de inalienabilidad para admitir la conveniencia de la partición. Dada la estructura jurídica de la donación, análoga situación se presenta cuando tiene lugar la donación de parte indivisa que un copropietario hace a favor de otro y en la cual es de temerse la posibilidad de la revocación, reversión o nulidad de la donación.

Idéntico problema se plantea, finalmente, cuando una persona, copropietaria con su futuro heredero, hace a éste donación de su parte indivisa. Si hay co-herederos y no ha habido dispensa de colacionar, o si lo donado excede los confines de la libre disposición, el heredero estará obligado a colacionar los

(188) Vallimaresco — Op. cit., pág. 1009.

(189) Demogue — Op. cit., T. I; No. 48; pág. 115.

bienes libres, circunstancia que enerva los actos que el heredero ha practicado.

En todos estos casos, la conveniencia de la partición es manifiesta y, como es lógico, la única forma de efectuarla será el acto jurídico consigo mismo.

69 — Puede mencionarse la autocontratación respecto de los bienes del ausente cuya posesión fué otorgada. Es posible que el poseedor hubiese sido co-propietario proindiviso del ausente y el interés de ir a una partición en tal supuesto fluye naturalmente de la posibilidad de regreso del ausente, lo que determinaría la nulidad de los actos de disposición practicados. En este evento es útil al poseedor separar sus propios bienes de los bienes del ausente y como el poseedor es el único propietario, la forma de separarlos será la autocontractual.

70 — Hemos examinado sumariamente los principales casos de autocontratación destacados por el Derecho francés. Resta añadir que tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo en que la nulidad del autocontrato practicado contra las prohibiciones legales o sin los requisitos establecidos, es relativa, es decir, invocable privativamente por las personas a quienes la ley ha querido proteger y, por tanto, susceptible de una ratificación posterior. Esta es la opinión de tan grandes autoridades como Planiol y Ripert (190), Baudry-Lacantinerie y Saignat (191), Colin y Capitant (192) y Popesco-Ramniceanno (193).

71 — El Derecho suizo sigue sustancialmente la directiva del francés admitiendo en principio la validez del autocontrato cuando no exista conflicto de intereses, o no esté prohibido de modo expreso por la ley. Sus diversos textos se concretan a repetir las prohibiciones establecidas por el Código Napoleón y, en consecuencia, son aplicables al Derecho suizo las conclusiones formuladas para el francés (*supra* 50 y sigs.).

72 — No sucede exactamente lo mismo respecto al autocontrato del comisionista. Se ha visto que en Francia la juris-

(190) Planiol y Ripert — Op. cit., T. IV; No. 71-b; pág. 92.

(191) Baudry-Lacantinerie et Saignat — Op. cit., T. XIX; No. 250; pág. 249.

(192) Colin y Capitant — Op. cit., T. IV; Contratos usuales; Cap. I; pág. 34.

(193) Popesco-Ramniceanno — Op. cit., pág. 290.

prudencia, a falta de un texto expreso, se pronuncia en contra de su aceptación (supra 57). Solución excesivamente severa, es superada por el Código de las Obligaciones, cuya fórmula puede estimarse más perfecta.

Según Rossel y Mentha, aunque en el antiguo derecho de Zurich el autocontrato estaba prohibido, y el comisionista que compraba o vendía, concluía con su comitente no el contrato de comisión sino el de compra-venta, (194) en realidad la solución contraria es justificable. "El comitente, afirman estos tratadistas, puede tener interés real en que el comisionista sea quien compre o venda. En efecto, el comisionista que sale al mercado como comprador obrando para el comitente, eleva mediante su oferta el precio de la mercancía con perjuicio de su comitente; y, recíprocamente, si ofrece la mercancía como comisionista encargado de vender, hará bajar, en perjuicio del comitente, el precio de la mercancía por la presión de su oferta". (195.)

A fin de evitar estos inconvenientes, el artículo 436 del Código federal de las Obligaciones (196), admite la autocontrato del comisionista en todos los casos en que la imposibilidad del conflicto de intereses, no justifique una prohibición que redunde en daño del comitente. Solamente, dicen Schneider et Fick, cuando el resultado efectivo del negocio no sea peligroso es que la ley lo autoriza; o cuando el comitente, a causa de la manera como el negocio se perfecciona, puede controlar que sus intereses se encuentren suficientemente salvaguardados". "Lo que tendrá lugar, agregan, cuando el objeto del contrato se cotiza en la Bolsa o en el mercado, es decir, cuando todos deben tratar a un precio determinado". "Entendiéndose por precio de bolsa o mercado el pagado y reglamentado exactamente para una mercancía determinada en una plaza y en un momento dado" (197).

(194) Virgile Rossel y F. H. Mentha.— Manuel de Droit Civil Suisse. T. III; pág. 473.

(195) Rossel y Mentha — Op. cit. T. III; pág. 478.

(196) Artículo 436.— "El comisionista encargado de comprar o de vender mercaderías, efectos de cambio u otros papeles valorados, cotizables en bolsa o en el mercado, puede, sobre órdenes contrarias del comitente, entregar el mismo, como vendedor, la cosa que debía comprar, o conservar, como comprador, aquella que debía vender. En este caso el comisionista debe dar cuenta del precio según el curso de la Bolsa o del mercado al tiempo de la ejecución del mandato y tiene derecho tanto a la remuneración ordinaria como a los gastos habituales en materia de comisión".

"Por lo demás, la operación se asimila a la venta".

(197) A. Schneider et H. Fick. — "Commentaire du Code fédéral des obligations du 30 de mars 1911". Nueva edic. revisada por F. Fick y A. de Morlot. Neuchâtel 1915. Trad. Porret; pág. 777 y sig.

No precisa que el precio resulte de una publicación oficial, quiere decir, que basta que sea el producto de la oferta y la demanda. En todos estos casos, desprovistos de peligro, ateniéndose al texto de la ley, la validez del autocontrato es la regla, a no ser que intervenga prohibición expresa del comitente; y ante el silencio de ambos contratantes, si el comisionista al comunicar el resultado del negocio, no indica al comitente la contra-parte, se presumirá que ha asumido las obligaciones de ésta.

Contrariamente a lo que acabamos de exponer, tratándose de papeles valorados, o efectos de cambio, o de géneros que no se cotizan en el mercado o Bolsa, a no mediar autorización expresa del comitente, la ilicitud del autocontrato será la regla.

La fórmula suiza es perfecta tanto en cuanto al criterio que adopta para autorizar la posibilidad del autocontrato, como al acentuar que la comisión de venta ostenta en tal evento los mismos caracteres que si el negocio hubiese sido concluído con un tercero; y, al declarar que subsisten las obligaciones y derechos del comisionista, elimina toda duda sobre la posibilidad teórica de los actos jurídicos consigo mismo en el Derecho suizo.

En todos los casos prohibidos en que el comisionista se trueca en contra-parte, el negocio será nulo, siendo oportuno indicar que la nulidad es relativa (*supra* 38), desde que no puede ser intentada sino por el perjudicado con susceptibilidad legal de confirmación posterior.

73 — “Todo hombre que es cabezalero o guarda de huérfanos, u otro hombre o mujer cualquiera que sea, no pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquél o aquellos que administraren, y si lo comprasen pública o secretamente, pudiéndose probar que así fué fecho, no vala y sea desfecho...” (198)

La interpretación de este antiguo texto desató en España, antes de la promulgación del Código Civil, una polémica. De un lado Febrero, La Serna y Montalván estimaron que la prohibición consignada en dicha ley comprendía tanto a los representantes legales como a los voluntarios. Contrariamente, el Tribunal Supremo, en sentencia dictada el 18 de diciembre de 1866,

(198) Felipe Sánchez Román.—“Estudios de Derecho Civil”, Madrid 1899. 2.^a edic. T. IV. Cap. XVIII; No. 20; pág. 503.

resolvió que "la protección que las leyes acuerdan a los incapaces no es aplicable a los que están en el pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles, y por tanto, las disposiciones del texto acotado, no se refieren ni pueden comprender a otras personas que no sean los administradores legales, pues no siendo así, resultaría la prohibición legal absoluta de que un administrador pudiera comprar toda clase de bienes de su principal y comitente y aún de que los mismos dueños de los bienes administrados pudiesen venderles".

Esta sentencia notable, tanto por sus fundamentos como por la fecha en que se dictó, fué sostenida por Navarro Amandi. La doctrina posterior la impugnó. "Por nuestra parte, escribe Sánchez Román, no negamos que es terminante el sentido de la misma (la sentencia); pero, como no hemos visto reiteradas sus declaraciones en ninguna otra, y como también, aunque en menor escala, subsiste la misma razón de recelo y moralidad en todos los casos del mandato y administración de carácter voluntario, que de condición necesaria y legal; y como si bien es cierto, finalmente, que la ley de Recopilación empieza citando los casos de administración legal, del albacea o del guardador de huérfanos, generaliza el supuesto con las palabras siguientes: "otro hombre o mujer cualquiera que sea, no pueda ni deba comprar alguna cosa de sus bienes de aquél o aquellos que administrasen", mientras el Supremo no hubiera reiterado sus declaraciones y constituido jurisprudencia, confirmando la doctrina de la sentencia de 18 de diciembre de 1866, nos parece algo aventurada la interpretación restrictiva que se da a la citada ley recopilada aplicándola solo a los casos de administración legal". (199)

74 — El Código Civil español promulgado en 1888 reprodujo en materia de autocontratación, el cuadro del Derecho francés. Mas severo quizás llega a prohibir en el artículo 275 -3º, el pago en la forma autocontractual. Su artículo 1459 (200) equi-

(199) Felipe Sánchez Román. — Op. cit. T. IV. Cap. XVIII; No. 20; pág. 503.

(200) Artículo 1459 — "No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por otra persona intermedia:

1.º—El tutor o pro-tutor, los bienes de la persona o personas que estén bajo su tutela; (A)

2.º—Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuvieron encargados;

3.º—Los albaceas, los bienes confiados a su cargo;

4.º—Los empleados públicos, los bienes del Estado, de los Municipios, de los pueblos y de los establecimientos públicos de cuya administración estuvieron

valente al 1596 del Código Napoleón (201) es más completo, pues hace extensiva a los mandatarios encargados de administrar, la prohibición que en el segundo está limitada a los encargados de vender. Comentando este artículo el ilustre autor Sánchez Román, escribe lo siguiente: "Por un principio de evidente moralidad inspirado en diferentes motivos, según los casos, el artículo 1459 del Código prohíbe adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona intermedia". Pero lo que es más interesante a juicio del autor es que queda resuelta "la cuestión que se suscitaba en el antiguo Derecho de Castilla, contra la interpretación que la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1866 hacía de la ley 1.^a; tit. 12; libro X de la Novísima Recopilación, suponiendo que sus prohibiciones no se referían más que a los administradores legales pero no a los de carácter voluntario, como un mandatario cualquiera (supra 70) y, por el contrario, el Código ha declarado extensiva la prohibición a todo mandatario o administrador". (202)

75 — Planteada la autocontratación, los tribunales españoles, olvidando la notable ejecutoria de 1866 e interpretando el alcance de las prohibiciones establecidas por el Código Civil de 1888, en contraposición a las conclusiones de la jurisprudencia francesa, se han pronunciado invariablemente en contra del autocontrato; fórmula que "implicaría, según dice una sentencia expedida en 6 de marzo de 1919, la negación de circunstancia tan esencial cual es la de que en todo contrato concurren dos o más voluntades autónomas... y la de los requisitos todos que infor-

encargados. Esta disposición regirá para los jueces y peritos que de cualquier modo intervienen en la venta;

5.º—Los magistrados, jueces, individuos del Ministerio Fiscal, secretarios de tribunales y juzgados y oficiales de justicia, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el tribunal, en cuya jurisdicción o territorio ejercieran sus respectivas funciones, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión".

Se exceptuará en esta regla el caso en que se trate de acciones hereditarias entre co-herederos, o de cesión en pago de créditos o de garantía de bienes que posean".

La prohibición contenida en este número 5.º comprenderá a los abogados y procuradores respecto a los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio".

(A) El inciso 4.º del artículo 275, establece una excepción importante al inciso 1.º del art. 1459, cuando dice: "comprar por sí o por medio de otra persona los bienes del menor o incapacitado a menos que expresamente hubiera sido autorizado para ello por el consejo de familia".

(201) Véase el texto del artículo 1596 en la pág. 86, nota 144.

(202) Sánchez Román — Op. cit. T. IV; No. 131; pág. 631.

man la existencia de los contratos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1261 del Código Civil, conforme con los precedentes de nuestro Derecho, ya que por mucha que sea la extensión de las facultades concedidas a los padres con relación a los bienes de sus hijos, no pueden llegar a anular la personalidad de estos, confundiéndola con la suya propia, como sería en realidad, si pudieran contratar con sus hijos asumiendo su representación..." (203)

Aunque el fallo próximamente citado sólo se ocupa del autocontrato de los padres, se observa con claridad, que puede extenderse a toda clase de representantes, sean legales o voluntarios, en vista de sus razonamientos teóricos que inducen a considerar la autocontratación como verdadera imposibilidad conceptual. El origen de esta conclusión debe encontrarse en la tendencia de atribuir al autocontrato una naturaleza estrictamente contractual. Solución tan radical, conduce a negar los actos jurídicos consigo mismo aún en los casos en que su finalidad sea el beneficio del representado, lo que además de ser injusto, resulta absurdo. A juicio del jurista español Traviesas, la autocontratación debe estar permitida siempre que algún texto expreso no la excluya, pues a ello cooperan la libertad contractual, propia del derecho privado y la representación directa.

76 — En manifiesta oposición con los tribunales, la Dirección General de los Registros, en reiteradas oportunidades se ha pronunciado en favor de la licitud de la autocontratación. En una de sus resoluciones, datada el 29 de diciembre de 1922, declaró válida la donación hecha por un padre a sus hijos y aceptada por éste, por ser en sí posible la autocontratación cuando no hay conflicto de intereses, como sucedía en el caso consultado. Posteriormente, el 30 de mayo de 1930, si bien rechazó por insuficiencia de poderes del acto cuya inspiración se solicitó, los magníficos fundamentos de la resolución propugnan la licitud fundamental del autocontrato. El caso fué como sigue: Tres hermanos otorgaron poder a otro de ellos para que en su nombre procediera a la partición y división de una herencia en que tenían interés; los representase en esta operación y después de tomar posesión de sus respectivas hijuelas, las inscribiese en el Registro. El heredero apoderado, en su propio nombre y en el de sus representados, practicó las operaciones de inventario, avalúo,

(203) **Hupka** — Op. cit. Nota del traductor Luis Sancho Seral; pág. 324.

liquidación, división y adjudicación de los bienes y las aprobó y firmó en su triple carácter. Denegada la inscripción tanto por la forma como se realizó la partición, como por insuficiencia de poderes, esta resolución que envolvía la negación del autocontrato, fué apelada a la Dirección del Registro, que la confirmó en parte, o sea, en lo referente a la insuficiencia de poderes, más no en lo concerniente a la forma en que se llevó a cabo la partición, que considera como la figura típica de la autocontratación; y que si bien la palabra no se encuentra explícitamente en los textos de los Códigos Civil y de Comercio, la institución fluye clara del análisis de sus disposiciones, toda vez que los textos prohibitivos sólo se refieren a los casos de conflicto de intereses, y, porque el instituto reposa en los principios generales. No obstante, agrega la Dirección de los Registros,—después de examinar las principales conclusiones de la doctrina—,siendo el conflicto de intereses el criterio para aceptar o rechazar el autocontrato, el carácter agudo con que se presenta en el caso consultado hace que aún para la tesis más avanzada, no proceda la inscripción de tal partición hereditaria". (204).

77 — Aunque el artículo 267 del Código de Comercio español (205) resuelve el vacío que caracteriza el Derecho francés en lo tocante a la contra-parte del comisionista (supra 57), su texto es inferior al Código de las Obligaciones de Suiza (supra 73), cuya fórmula tiene mayor plasticidad y facilita la posibilidad del autocontrato. El Derecho comercial español se satisface instalando como regla la prohibición y la autorización expresa como excepción.

78 — A pesar de que el Tribunal Supremo, en su fallo de 6 de marzo de 1919, pretende que la nulidad del acto jurídico consigo mismo es "absoluta y no susceptible de confirmación, según lo dispuesto por el artículo 1310 del Código Civil", debe estimarse que esta solución es la consecuencia de contemplar como contrato el acto jurídico consigo mismo (supra 76). Considerado como un acto jurídico unilateral, la argumentación del Tribunal Supremo claudica y la única nulidad posible de admitirse será la relativa.

(204) *Revista de Derecho Privado* — Madrid 1930; T. XVII, pág. 347 y sig.

(205) Artículo 267.— "Ningún comisionista podrá comprar por sí mismo ni por intermedio de otro, aquello de lo que ha recibido mandato de vender o vender aquello de lo que ha sido encargado de comprar, sin permiso del comitente".

79 — Tanto el Código Civil italiano de 1865, como el Libro Primero del novísimo promulgado el 12 de diciembre de 1938, observan la técnica seguida por el Derecho francés. Comentando el Ministro Guardasellos los artículos 321, 375, 376 y 394, del Segundo, escribe estas palabras: "Al determinar el ámbito de los actos vedados al padre, tutor o protutor me he sujetado al criterio seguido por el Código de 1865, porque la fórmula más amplia que me fué propuesta, para incluir en la prohibición cualquier acto en el que se encuentre conflicto de intereses, me ha parecido exorbitante y además genérico. En cuanto a la sanción de la prohibición he establecido el principio de la anulabilidad". No cabe declaración más categórica en pró de la posibilidad de los actos jurídicos consigo mismo. No sólo se rechaza la prohibición general, sino que se sanciona con nulidad relativa el acto autocontractual practicado contra las prohibiciones específicas del Código de 1865, que literalmente se mantienen.

80 — La jurisprudencia francesa llegó a la extremidad de prohibir de un modo general el autocontrato del comisionista, salvo autorización expresa (*supra* 57), y el Código de Comercio español adoptó la misma solución (*supra* 78). El Código de Comercio italiano, por el contrario, es ampliamente liberal. La autorización genérica concedida al comisionista para autocontratar y la presunción de ese acto cuando no se pone en conocimiento del comitente el nombre del tercero, traducen una solución que no cautela los derechos de los representados que quedan expuestos al posible abuso de sus representantes. Superior a todas es la solución intermedia del Derecho suizo.

81 — Los juristas ingleses, dice Popesco Ramniceanno siempre han mostrado una indiferencia casi completa por lo abstracto o general; su interés recae exclusivamente sobre soluciones de especie", (206) y a ello debe atribuirse la falta de una concepción teórica sobre los actos jurídicos consigo mismo. Sin embargo, puede decirse que, en general, el autocontrato está prohibido. Los juristas no justifican esta solución en el campo de la doctrina, limitándose a indicar en su apoyo que el representante no debe poner en conflicto su deber y su interés.

(206) Popesco - Ramniceanno — Op. cit., pág. 585.

Conforme al Derecho inglés, escribe Viforeanu, "en la mayor parte de los casos, el contrato consigo mismo caerá bajo el golpe de la "indue influence". Los principios que dominan la "indue influence"—añade el autor—permiten anular el contrato que el agente efectúa consigo mismo. Entre el principal y el representante existen tales relaciones de confianza que el último no debe permitir que se crea que ha pretendido beneficiarse con su situación". (207).

A pesar de ello, aunque son hostiles en principio al acto jurídico consigo mismo, los juristas ingleses consideran que nada impide su celebración cuando el principal lo autoriza.

82 — En materia de autocontratación, el "Restatement" incide en el mismo punto de vista que la Corte Suprema española (supra 73) al considerar el acto jurídico consigo mismo como contrato propiamente dicho. En este orden de ideas, desde el momento en que se presupone la bilateralidad, vale decir, la concurrencia de dos o más personas para la formación de un contrato, lógicamente el "Restatement" se ve precisado a rechazar la autocontratación.

Sin embargo, dice Madray, los mismos autores del "Restatement", reconocen que las razones prohibitivas no responden a la realidad y que la jurisprudencia debe atenuarlas constantemente. "Estas dificultades, añade, surgen frente a los contratos celebrados por un grupo y un miembro de éste. Si el grupo es considerado como una entidad legal, no hay dificultad; el miembro del grupo contrata con esta entidad en el seno de la cual su personalidad desaparece: no hay contrato consigo mismo". "La cuestión es más delicada cuando el grupo no es considerado como una entidad legal. De un lado, estamos en presencia de los miembros del grupo considerados aisladamente y, de otro, de uno de sus miembros. Este último no trata con el ente colectivo sino con cada uno de sus miembros, es decir, en parte consigo mismo. *La lógica estricta* y la regla esencial planteada, prohíben el acto; mas esta *consecuencia rigurosa que no comprende las necesidades prácticas ha sido descartada por la mayor parte de los tribunales americanos*. A fin de responder a los requerimientos de

(207) Viforeanu — Op. cit. No. 146; pág. 518.

la vida, han tenido que reconocer la validez de tales actos y los han hecho posibles por medios expeditivos, por ejemplo, valiéndose de una cesión de derechos, y el "Restatement" ha seguido esta tendencia al permitir a los grupos contratar con sus miembros, sea que los grupos se consideren o nó como entidades legales". (208). Un ejemplo de cesión de derechos se observa en el pagaré emitido por el grupo en favor de uno o más de sus miembros, o viceversa. Aunque el beneficiario no puede cobrarlo personalmente, la jurisprudencia admite que mediante el endoso a un tercero, proceda la exigibilidad y el pagaré será considerado como válido desde el momento en que fué emitido. (209).

El sistema norteamericano está lejos de ser perfecto. Constreñido a aceptar en ciertos casos actos que teóricamente ha rechazado, como consecuencia de la naturaleza jurídica del contrato, ignora la estructura del autocontrato y se explica el acto jurídico consigo mismo únicamente cuando el autocontratante es titular de ambos patrimonios, esto es, cuando el grupo carece de personería legal. El "Restatement", omite resolver el caso del representante del grupo reconocido como entidad de derecho que contrata consigo mismo en su calidad de particular. Entre una hipótesis y otra hay sólo una diferencia: el título de dominio sobre los patrimonios que se vinculan.

Derivado el Derecho americano del inglés, prohíbe el autocontrato a toda clase de representantes.

83 — Nada dice el Código Civil argentino con referencia a los actos jurídicos consigo mismo. "Atendiendo escribe Lafaille, a la definición del artículo 1137 parecía indicar que no habría posibilidad de admitirlo; pero tampoco aparece proscrito en forma general y sabemos que el régimen de libertad que él consagra no necesita autorizar una figura jurídica pues basta para su existencia legal con que no se la repudie expresamente. De manera que, en principio, lo que se está prohibiendo, y repetidas veces, es que el mandatario pueda celebrar actos en los

(208) **Gibbert Madray** — "Des contrats d'après la recent codification privé faite aux Etats Unis. Etude compare de Droit Américain et de Droit français. (obra coronada por la Facultad de Paris). Paris 1936 No. 14; pág. 23.

(209) **Gibbert Madray** — Op. cit., pág., 24, No. 8.

cuales peligre el cumplimiento de sus obligaciones legales y morales" (210).

Sustancialmente, las prohibiciones dictadas a los representantes por los artículos 61, 297, 450, 1361 y 1918-19 del Código argentino, son semejantes a las contenidas en el Código francés, y, por consiguiente, la posición legal argentina es análoga a la de los Códigos que hemos examinado.

84 — Reviste considerable interés la evolución de la doctrina argentina. Luna, al comentar las prohibiciones del Código argentino, ignora la posibilidad de concluir actos jurídicos consigo mismo y se limita a constatar que los textos "cierran las puertas al abuso a que fácilmente se puede ver arrastrado el mandatario interesado en comprar las cosas cuya venta se le ha encargado, o vender las suyas cuando se le ha encargado comprar... ya que procuraría siempre sacar el mayor provecho posible con perjuicio de los intereses del mandante". (211) Algunos años más tarde, en 1899, Machado, sin ocuparse teóricamente de la autocontratación, establece la posibilidad de celebrar actos jurídicos consigo mismo. El autor no discute el sentido moral de la regla que prohíbe a los representantes interesarse personalmente en los negocios de sus representados (212), pero estima que "se pueden exceptuar ciertos contratos en que no sólo sería indiferente que los ejecutara el mandatario como tercero, sino aún conveniente para el mismo mandante" (213) como sucede en el caso de préstamo en que el mandatario asume la calidad de mutuante (214). Nada impide al mandante, agrega el autor citado, autorizar la compra o venta de las cosas que tienen precio fijo en el mercado o Bolsa, ya que en tal caso los peligros de abuso desaparecen. Por lo demás, concluye, si la prohibición de comprar o vender se extiende a la cesión, no es aplicable, por el contrario, a la facultad de locar y el contrato así practicado

(210) Lafaille — Op. cit. T. I. No. 157; pág. 101.

(211) Pelayo B. Luna. — Del Mandato y de las Obligaciones del mandante. Tesis presentada a la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1889; pág. 79.

(212) Artículo 1918:—"Cuando el mandato consistiera en autorizaciones para la compra o venta de alguna cosa, no podrá el mandatario por sí ni por persona interpuesta, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuera con autorización expresa".

(213) José Olegario Machado. — Exposición y Comentario del Código Civil Argentino. Buenos Aires 1899, T. V; No. 527; pág. 224.

(214) Artículo 1919. — "Si el mandatario fuere encargado de tomar dinero prestado, podrá prestarlo él mismo al interés corriente; pero facultado para dar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí, sin aprobación del mandante".

será válido, especialmente cuando se ha fijado la merced conductiva. (215)

Machado intuye la autocontratación, pero, esta figura sólo es examinada en toda su amplitud, años más tarde, por Héctor Lafaille. Para éste, el acto jurídico consigo mismo, constituye uno de los aspectos modernos del consentimiento, que enerva la teoría clásica del contrato, como discusión realizada por varias personas: "Probablemente más teórico que práctico, dice, pero que sin embargo merece atención porque demuestra cómo evoluciona el concepto tradicional del contrato". (216) El análisis de la representación directa y del contrato, llevan a Lafaille a considerar que "podrá existir incompatibilidad de orden moral y en algunos casos inconvenientes de orden ético, pero no existe imposibilidad técnica". (217) Como se observa, aunque Lafaille no se pronuncia sobre la naturaleza jurídica del autocontrato, las frases que acabamos de transcribir inducen a admitir que se inclina por la solución contractual.

No es esta ciertamente la única atingencia que puede hacerse al tratadista citado. Al ocuparse de la posibilidad autocontractual en virtud de la pluralidad de patrimonios pertenecientes a un mismo titular, incluye, entre otros, el caso del propietario de dos predios que grava a uno de ellos en favor del otro con una servidumbre y aunque dice "es evidente que mientras ambas propiedades permanezcan en poder del mismo dueño, tal resolución no producirá efecto alguno" (218), es indiscutible que el supuesto que plantea se encuentra fuera del círculo de la autocontratación, para lo que se requiere la existencia previa de dos patrimonios distintos. En realidad, ese acto no pasa de ser un acto unilateral (supra 27), puesto que cada bien de una persona no constituye un patrimonio (supra 18).

Finalmente, Fernández Gianotti, se ocupa de la autocontratación en un artículo de la Revista "La Ley". En dicho artículo, después de atacar a los partidarios del autocontrato considerado como un contrato, dice: "advertimos que no hay tal contrato consigo mismo, pues representaría una imposibilidad de hecho...." y agrega, "...concluimos entonces que en la hipótesis

(215) Machado. — Op. cit. T. V; No. 527, pág. 224.

(216) Héctor Lafaille — Op. cit. No. 147, pág. 96.

(217) Héctor Lafaille — Op. cit. No. 151, pág. 98.

(218) Héctor Lafaille — Op. cit. No. 158, pág. 101.

del llamado autocontrato existe un acto jurídico unilateral, no hay concurso de voluntades sino una declaración única destinada a producir efectos jurídicos. El caso está incluido en la llamada voluntad unilateral como fuente productora de obligaciones" (219). Este autor que no incurre en el error de atribuir al acto practicado carácter contractual, falla en cuanto identifica los actos jurídicos consigo mismo con los actos jurídicos unilaterales ordinarios, lo que parece imposible (supra 27).

85 — Chile cuenta con una de las obras monográficas más completas sobre autocontratación. El autor, don Arturo Alessandri R., a quien se ha hecho referencia varias veces en este trabajo, se ocupa de los actos jurídicos consigo mismo en el Derecho chileno y examina los que proceden de la representación y los que se presentan cuando un mismo titular posee dos o más patrimonios. Refiriéndose a los últimos, el autor expresa que tienen lugar en su país con muy rara frecuencia, porque cuando se dan las circunstancias necesarias, el Derecho proporciona otras soluciones. (220)

Salvo ciertas reglamentaciones específicas, la solución chilena, es semejante a la francesa, por lo que consideramos innecesario hacer una exposición detallada de cada hipótesis. Nos bastará indicar que en los casos en que exista alguna prohibición directa, el autocontrato estará prohibido, así como cuando exista conflicto de intereses.

TERCERA PARTE

LA AUTOCONTRATACION EN EL DERECHO PERUANO

86 — Ignorada la autocontratación en el sistema jurídico peruano, los Tribunales no han tenido oportunidad de pronunciarse sobre la validez de los actos jurídicos consigo mismo. Por lo menos, no tenemos noticia de que se haya sometido a su consideración algún caso.

(219) E. Fernández Gianotti — Op. cit., pág. 36.

(220) Alessandri — Op. cit. No. 118, pág. 175.

En esta situación, y no habiendo instalado nuestro Código de 1936—como su predecesor de 1852—un precepto de carácter genérico, análogo al del Código alemán y otros cuerpos legales que imitaron su técnica (supra 43 y sig.), es justificado afirmar que el legislador peruano, con muy buen criterio, ha creído conveniente seguir la orientación del Derecho francés y dejar a la doctrina y la jurisprudencia la función de establecer, en cada caso, la licitud o ilicitud de las diversas hipótesis autocontractuales.

El doctor Angel Gustavo Cornejo, único tratadista que en forma muy breve se ha ocupado en el Perú de la autocontratación, señala esta misma solución. (221)

Teóricamente, nuestro Derecho es aún más favorable que el francés en materia de actos jurídicos consigo mismo. Siendo el autocontrato un acto jurídico unilateral *sui generis*, su admisión depende de la medida en que se acepte la voluntad unilateral como fuente generadora de obligaciones (supra 23). Mientras en Francia no existe unanimidad en pró de la voluntad unilateral, nuestro Código dedica una sección a esta clase de obligaciones (222) y refiriéndose a ellas dice la Exposición de Motivos del Libro V: "La doctrina de la voluntad unilateral está generalmente admitida. Obedece a necesidades sociales y permite explicar soluciones que chocan con la concepción clásica del contrato..." (223).

Una es indudablemente la autocontratación.

Por otra parte, no conteniendo el Código Civil peruano de acuerdo con su técnica general una definición del patrimonio, no se descubre en ninguno de sus preceptos que se aferre innecesariamente a la clásica concepción de Aubry et Rau (supra 17).

La existencia de varios artículos en el Código Civil que consagran la pluralidad de patrimonios, revela con claridad que si bien el concepto del patrimonio se vincula a la idea de la personalidad, también depende del fin a que están afectos los bienes que lo integran. Resultado de la combinación de ambos elementos nada impide aceptar la pluralidad de patrimonios, cada uno

(221) Angel Gustavo Cornejo — Código Civil.—Exposición Sistemática y Comentario. T. II. Derecho de Obligaciones.—Vol. II. De los Contratos en General. Lima, 1939. No. 44, pág. 106.

(222) Libro II — Secc. V del Código Civil de 1936.

(223) Exposición de Motivos del Libro V del Proyecto del C. C. Lima 1936, pág. 62.

de ellos con su activo y pasivo propios, (supra 18) y, por consiguiente, para reconocer los estados de indivisión y la posibilidad de ir a la partición unilateral (supra 33 y 34).

No solamente del análisis doctrinal surge la posibilidad conceptual del autocontrato en el Perú. El sentido del inciso 2.º del artículo 1397 del Código Civil al permitir el acto jurídico consigo mismo del representante voluntario en los casos de autorización expresa (infra 89), así como muchos otros textos (Código de Comercio artículo 96 y Ley de Bancos artículo 64) definen la posibilidad legal o positiva de la figura contemplada.

En conclusión, el Derecho peruano de acuerdo con la jurisprudencia francesa, permite la celebración de actos jurídicos consigo mismo—sin que la autorización esté consignada en ningún texto expreso—siempre que dos o más patrimonios estén sujetos a una misma persona, y con independencia del título en virtud del cual se ejerce ese poder de disposición.

El criterio para aceptar o rechazar la autocontratación será la prohibición específica, o el fundado temor al conflicto de intereses. A la luz de ambos elementos, vamos a examinar las diversas posibilidades autocontractuales. Semejantes a las del Derecho francés, nos limitaremos por eso a indicar las modalidades que revestirán en nuestro Derecho para remitirnos a las conclusiones de la doctrina y jurisprudencia francesa que son aplicables por entero.

87 — En puridad de verdad, no se puede hablar en el Perú de actos jurídicos consigo mismo en materia de representación legal. El temor al conflicto de intereses ha paralizado la acción del legislador en lo que concierne a esta zona de actos jurídicos tratándose de la tutela y de la curatela. El artículo 600, inciso 4.º dispone que “habrá lugar al nombramiento de un curador siempre que los intereses de los sujetos a tutela o curatela estén en oposición con los de sus tutores o curadores . . .” eliminando así la autocontratación, en todos aquellos eventos en que exista fundado peligro de antagonismo de intereses.

No es esta la única precaución adoptada en favor de los menores e incapaces. El artículo 490, aplicable a los curadores según el número 558, establece como medida preventiva, la imposibilidad de ser tutor o curador cuando se es acreedor o deudor

de la persona sujeta a representación legal, y el artículo 502 sanciona a los infractores con la pérdida de los créditos que tuvieren contra sus futuros representados y que no hubieren declarado en el acto del discernimiento del cargo.

El Código va todavía más lejos. Dado el peligro que se devela habitualmente en las operaciones practicadas entre los representantes legales y sus pupilos se prohíbe, aún fuera de la forma autocontractual, la celebración de ciertos actos. Así, tenemos, que el artículo 528 prohíbe que se puedan comprar o tomar en locación bienes de los incapaces, o adquirir derechos contra ellos, lo que respecto de la compra-venta, se encuentra ratificado por el inciso 7.º del artículo 1397.

Comentando estas prohibiciones a propósito del Derecho francés, hemos manifestado que no pueden extenderse al punto de perjudicar al representante y, por tanto, cuando éste tiene un derecho preexistente puede ejercitarlo (supra 53). Estas consideraciones nos llevan a plantear el posible antagonismo entre las prohibiciones consignadas por los artículos 528 y 1397 del Código y la institución del retracto reglamentado por el artículo 1450. Las prerrogativas concedidas al retrayente reposan sobre un fundamento evidente de utilidad general: la consolidación de dos o más dominios o desmembraciones de dominio a fin de asegurar un mejor aprovechamiento económico. Ahora bien, contemplando el retracto de los bienes del incapaz—lo que puede ser muy frecuente—sería injusto negar al representante la facultad de ejercitarlo. No solamente el derecho es preexistente, sino que dadas las formalidades a que se sujeta, el peligro de un conflicto de intereses es imposible. En efecto, si los bienes del incapaz han sido vendidos en subasta pública con licencia judicial concedida por necesidad o utilidad manifiestas y previa audiencia del Consejo de familia, como dispone el artículo 600, la interposición del retracto,—por definición, en las mismas condiciones en que lo adquirió el tercero—no debe estar interdicta porque no existe la posibilidad de perjuicio. La prohibición de comprar por sí o por otro, no debe alcanzar a este supuesto, ni hacer cesar una representación legal que puede ser provechosa para el incapaz. Debe, pues, permitirse la compra, que se llevará a efecto con intervención del curador de que habla el artículo 600. En este orden de ideas, puede afirmarse que el autocontrato de tutores y curadores está limitado en el Perú, a aquellos actos cuyo exclusivo

objeto se traduce en beneficio del menor, con la restricción establecida en el inciso 17 del artículo 522 que exige autorización judicial, previa audiencia del consejo de familia, para que el representante pueda aceptar por su pupilo las donaciones con cargo que aquél hiciere en favor de éste.

La *autocritas in rem suam* está igualmente prohibida aunque no en forma directa. El artículo 512 se limita a manifestar que los mayores de 16 años pueden contraer obligaciones y renunciar derechos siempre que el tutor los autorice. Tratándose de actos en que el tutor esté personalmente interesado, se plantea la oposición de intereses, determinando este antagonismo el nombramiento de un curador, (artículo 600).

Según esto, nuestro derecho no difiere en forma sustancial de las conclusiones del Derecho francés (supra 53).

88 — En dos artículos (417 y 600) dispone el Código peruano que siempre que los padres tengan intereses opuestos a los de sus hijos, habrá lugar al nombramiento de curador especial. Quiere esto decir que, en materia de patria potestad, la autocontratación,—como en Francia—queda limitada a los actos a título gratuito cuyo objeto exclusivo sea el beneficio del menor (supra 54).

Conviene indicar sin embargo, que al margen de la forma autocontractual, la prohibición de comprar o vender los bienes del representado, o hacerse cesionario de un derecho, dictada a los tutores y curadores por el artículo 528 (supra 87) no rige respecto de los padres, quienes pueden practicar válidamente tales actos por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del juez.

89 — El Código de 1852 fué notable en lo que toca a la autocontratación de los representantes convencionales. El codificador de aquella época, comprendió inequívocamente el sentido de la prohibición que dictaba y no vió inconveniente para permitir su inobservancia cuando el mandante en cuyo beneficio la instituía, lo autorizara expresamente. El artículo 1348 de dicho cuerpo de leyes dice así: "No pueden comprar por sí ni por medio de otros...": "4.º El mandatario, sin permiso expreso del mandante, los que por el mandato tiene a su cargo". Dispositivo realmente extraordinario para su época, no sólo evitó el error de redacción en que incurrió el Código Napoleón, motivando la observación de Huc (supra 55) sino que establece de modo expreso la posibilidad de practicar actos jurídicos consigo mismo, si

los autoriza el mandante. Vigente este Código Civil casi por una centuria, varias generaciones de magistrados y abogados lo aplicaron, sin plantearse tan sugerente cuestión y a la que inducía el mismo texto de la ley.

El Código de 1936, reproduce casi textualmente la disposición citada, en el inciso 2.º del artículo 1397 que, dentro de la economía del Código corresponde al número 1596 del Código Civil francés (supra 52).

Nuestra legislación, demasiado severa, ha eliminado los casos de autocontratación que practica el mandatario en virtud de autorización tácita que puede surgir del contenido objetivo del negocio o de las especificaciones del mandante, y en cuyos eventos la ausencia de conflicto de intereses propugna su aceptación. Más perfecto hubiera sido el inciso si hubiera dicho: "sin permiso expreso o tácito del mandante".

La prohibición examinada no alcanza a los casos en que el mandatario tiene algún derecho preexistente, o a aquellos en que comprado el bien por un tercero, el representante ejerce el retracto, sin que en tales supuestos sea exacto afirmar que la prohibición funciona por haber comprado los bienes del mandante por interpósita persona. Abonan esta solución el interés social de que el retracto sea practicado (supra 87) y la presunción de que el mandante conocía esa posibilidad y no obstante, se expuso deliberadamente a sufrir el peligro determinante de la *ratio* de la prohibición.

De acuerdo con estas ideas, el artículo 1397 del Código Civil dispone en su último acápite que la prohibición de aucontratar no funciona respecto del administrador público, del mandatario o del albacea, cuando se trate de derechos entre comuneros o de adjudicación en pago. Como se observa, la posibilidad autocontractual en estos supuestos se fundamenta en la preexistencia del derecho.

La norma contenida en el inciso 2.º del artículo 1397, según el texto mismo de la ley y como pasa en Derecho francés, comprende únicamente las compras que el mandatario puede efectuar por sí o por intermedio de otro, de los bienes del mandante y, en forma subsidiaria, por lo dispuesto en el artículo 1465, es aplicable a la permuta. Aunque el carácter excepcional del precepto comentado es claro, creemos que no debe ser interpretado restrictamente. Al contrario, toca a la jurisprudencia con-

verificarlo en norma susceptible de aplicarse en los casos en que exista posibilidad de perjuicio para el representado.

De acuerdo con este criterio, el mandatario podrá vender o permutar con el mandante cuando las circunstancias eliminen el conflicto de intereses.

El artículo 1493 del Código Civil de 1936, prohíbe al administrador tomar en locación los bienes que administra e idéntica restricción establece para el mandatario siempre que no exista consentimiento expreso del mandante. A nuestro juicio, este precepto, fundamentalmente análogo al contenido en el inciso 2.º del artículo 1397, hubiera podido suprimirse dada la interpretación genérica de que es susceptible el último de los textos citados. Creemos también que este dispositivo es de un rigor excesivo. Nada debería oponerse a que el mandatario tome en locación los bienes de su mandante o dé a éste de los suyos, en la misma calidad, cuando no exista el peligro de perjuicio, como sucede, por ejemplo, en el caso de que la merced conductiva y demás condiciones del contrato hubiesen sido prefijadas. La objeción de Fubini a esta solución, apoyándose en la bilateralidad del contrato de arrendamiento, carece de valor y no es inútil agregar que encuentra su origen en el concepto contractual que del acto jurídico consigo mismo tiene este autor. (224)

En lo que respecta al mutuo, la cuestión es más delicada. No percibo inconveniente para que el mandatario dé su propio dinero al mandante en esta calidad, siempre que se sujete a las condiciones estipuladas en el mandato; o a las mejores existentes en la plaza; o, a las fijadas por la ley (225). Más, en el caso inverso, la situación es distinta. En esta hipótesis, creemos que debe jugar la prohibición del artículo 1397 e impedirse la concertación del contrato de préstamo, a no mediar la autorización expresa del mandante.

Tratándose del mandatario encargado de celebrar un contrato de depósito, salvo disposición contraria del mandante, no vemos dificultad para que él mismo pueda constituirse en depositario, sujetándose a lo estipulado en el mandato, o a las condiciones del lugar en lo referente a la remuneración y condiciones de la custodia. Las responsabilidades civiles y penales del depo-

(224) R. Fubini — Prof. U. Turín. El arrendamiento de cosas. Trad. Roberto Sánchez Jiménez, 1.ª edic. 1930; Madrid; pág. 242 y sig.

(225) Supongamos en el Perú el interés legal del 5 % de acuerdo con el art. 1325 del C. C. y el plazo de 30 días según el artículo 1578.

sitario infiel son garantía eficiente para proteger los intereses del mandante.

Tampoco vemos impedimento para que el mandatario tome para sí los contratos de edición, radiofusión, adaptación cinematográfica o representación teatral siempre que del texto mismo del poder resulte la imposibilidad del perjuicio y no exista prohibición expresa del mandante, o circunstancias de calidad que determinen que el mandatario, dado lo exiguo de su negocio o la falta de teatros o artistas adecuados, se encuentre inhabilitado de beneficiar a su representado como lo haría un tercero.

Salvo autorización expresa, que se identificaría con el contrato mismo, no procede la constitución de sociedades bajo la forma autocontractual. Desde el momento en que una indicación en tal sentido se introduce en el texto del poder, es indudable que la oferta de asociarse ha sido planteada y, por tanto, su aceptación revestiría simplemente la forma de un contrato de adhesión para dejar constituida la sociedad.

Sin embargo, existe a propósito del contrato de sociedad un caso interesante que podríamos denominar de autocontratación parcial y que suele presentarse en la práctica con gran frecuencia. Es el caso de las sociedades constituidas por varias personas y en las que una de ellas interviene por su propio derecho y en representación de un tercero. Es indudable que esta persona que concurre con el doble carácter de mandante y mandatario autocontrata parcial y paralelamente, pero no puede negarse que la intervención de los demás asociados es garantía suficiente de que un posible conflicto de intereses no será resuelto en forma desfavorable para el representado. Empero, no está demás advertir que, dentro de nuestro sistema jurídico positivo, ese acto jurídico consigo mismo requerirá la autorización expresa o tácita del mandante.

El juego y la apuesta son posibles como actos jurídicos consigo mismo cuando el poder especifique las circunstancias en que pueden realizarse. Nada se opone a que en un evento deportivo, en que las condiciones de juego se cotizan como la mercadería en Bolsa o mercado, el mandatario cuya opinión sea opuesta a la del mandante, salvo prohibición expresa, tome para sí la apuesta.

En cuanto al contrato de fianza, diremos que es absolutamente imposible, ya que su naturaleza requiere la intervención

de una tercera persona que asuma la caución. La garantía real sería la figura más próxima a la fianza autocontractual; pero, como se sabe, su naturaleza reposa sobre bases diversas.

En todos los casos en que la autocontratación esté permitida por no haber conflicto de intereses, el mandatario responde en los términos ordinarios del cumplimiento de su mandato, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1636 y siguientes, o sea que deberá desempeñar personalmente el encargo; sujetarse a las instrucciones recibidas; no emplear por su cuenta las utilidades que percibe; dar cuenta de su administración y responder por el exceso de poder y por los daños y perjuicios que resulten de su gestión.

90 — El Código de Comercio promulgado en 1902 es un ejemplo de recepción mecánica. Copia adaptada del español, aunque como su modelo se pronuncia contra el autocontrato del comisionista, salvo autorización expresa del comitente (supra 77), su artículo 261 difiere del 267 del español en que amplía la prohibición al cúmulo de representaciones (infra 98), solución que ni la jurisprudencia francesa, contraria en principio a la autocontratación del comisionista, acepta en lo tocante a la compensación de órdenes (supra 63). Sobre el particular nos remitimos a lo expresado anteriormente (supra 72 y 77).

91 — El artículo 1397 del Código de 1936, inciso 3.º, prohíbe al albacea comprar los bienes que administra, reproduciendo el inciso 5.º del número 1348 del Código anterior. Esta prohibición descansa sobre un fundamento análogo a la del mandatario. Según Valverde y Valverde—de acuerdo con Guichot y otros—el albacea “tiene una misión más parecida al mandatario que a otra institución jurídica; en esencia es un encargo que el testador confía a una persona; pero si en el fondo es un mandato, es preciso decir que es un mandato especial, un mandato póstumo, puesto que lejos de terminar con la muerte del mandante comienza su función a la muerte del que le dió el encargo. Es esta una opinión hoy muy admitida entre autores de reconocida autoridad como lo son, entre otros, Planiol y Planck, y si a ella puede oponerse la objeción de que no hay mandato cuando ha muerto el mandante, es de advertir, que no es esencial al mandato que viva el poderdante, como lo prueba el hecho de que ya el Derecho romano admitió el mandato *post mortem* y en cierto modo se admite hoy en alguna legislación moderna, en el

Código Civil alemán (226) y en el Código de Comercio de la misma nación " (227) y, nosotros añadimos, en el peruano, pues nuestro Código actual, al repetir en su artículo 1636, inciso 2.º, lo estipulado en el artículo 1931 de su predecesor, cuando dice que el mandatario está obligado a ejecutar el negocio o encargo que tuviere pendiente a la muerte del mandante, si la suspensión puede perjudicar los intereses de éste.

Se ha dicho en contra de la asimilación del albacea al mandatario que al albaceazgo no es mandato porque no puede ser revocado por el testador ni por los herederos. Valverde y Valverde replica: "si esta objeción es importante, visto el mandato a través de las leyes positivas, no tiene importancia alguna desde el punto de vista de la ciencia jurídica universal, que ve en el mandato una institución de hacer jurídicamente en nombre de otro, y por tanto, cabe el mandato sin representación, por cuya razón no impide considerar al albacea, no como un mandatario en el sentido que lo admiten ordinariamente los Códigos, sino dentro de la institución general del mandato, definido y permitido por la ciencia jurídica". (228)

Por designación del testador o por ministerio de la ley, puede un heredero ser executor testamentario. En este supuesto, la posibilidad autocontractual, entre el albacea y el patrimonio de la herencia se sujeta a lo que diremos más adelante a propósito del heredero beneficiario (infra 103).

En multitud de casos, el albacea es un extraño encargado por el testador de liquidar la sucesión. En esta hipótesis, le son aplicables las reglas del mandatario (supra 89) y así tendremos que el executor testamentario puede celebrar los actos permitidos a aquél sin más restricción, que la de no extralimitarse en su gestión: la liquidación. Nada impide que se entregue a si mismo los legados que le hubiera hecho el testador (art. 734-5) o se cobre la retribución que se le hubiere asignado o la legal (art. 741).

(226) Artículo 672. — "En caso de duda no se extinguirá el mandato por defunción ni por incapacidad del mandante. Si el mandato cesase en un momento en que haya peligro en la demora, deberá el mandatario continuar cuidando del asunto de que esté encargado hasta que el heredero o el representante legal del mandatario pueda proveer de otro modo al cuidado del negocio, entendiéndose que continuará hasta entonces".

(227) Calixto Valverde y Valverde — Tratado de Derecho Civil español 2.ª edic. Valladolid 1921. T. V.; pág. 344.

(228) Valverde y Valverde — Op. cit. T. V.; pág. 344.

92 — El artículo 96 del Código de Comercio, prohíbe como el Derecho mercantil francés, a los agentes de cambio y bolsa “adquirir para sí los efectos de cuya negociación estuviesen encargados; salvo en el caso en que el agente tenga que responder de faltas del comprador al vendedor”. La prohibición de celebrar actos jurídicos consigo mismo es la regla y no pueden autocontratar sino en el caso específicamente indicado por la ley.

Una particularidad a propósito de estos representantes, es lo referente a los actos practicados contra la prohibición legal. Además de estar sujetos dichos actos a la anulabilidad general (infra 104) los agentes culpables “serán privados de su oficio por el Gobierno, previa audiencia de la Junta Sindical y del interesado”.

93 — No existe en nuestro Código de Procedimientos Civiles texto alguno destinado a prohibir el autocontrato judicial del representante con su representado—lo que no sucede en el caso de cúmulo de representaciones como veremos más adelante (infra 98)—. Sobre la imposibilidad del acto jurídico consigo mismo en materia judicial nos remitimos a lo dicho anteriormente (supra 58).

94 — No existe disposición legal destinada a regular el autocontrato de las personas jurídicas con sus representantes. Sin una ley que salve los vacíos del Código de Comercio, anterior en muchos años al desarrollo de las sociedades, y en especial de las anónimas, en diversas oportunidades se ha procurado poner fin a esta situación. Varios proyectos de ley han sido presentados al Poder Legislativo, pero la proximidad de un nuevo Código Mercantil ha paralizado todos esos esfuerzos.

No existiendo en el Perú un régimen distinto para las sociedades anónimas de aquel al cual están sometidas las demás formas sociales,—como sucede en Francia (supra 59) y en Chile (229)—el problema ofrece considerable interés.

Creemos que tratándose de los representantes de las personas morales en materia de actos jurídicos consigo mismo, no existe otra regla que el inciso 2.º del artículo 1397, referente a

(229) En este país, el Reglamento de las Sociedades Anónimas prohíbe el autocontrato de los Directores o gerentes de dichas sociedades a menos que sean autorizados para ello por las tres cuartas partes de los miembros que componen el Directorio, en sesión a que no concurren los directores o gerentes con quien se ha de celebrar el contrato y que se deje testimonio especial de esta circunstancia en el acta. (Véase Alessandri — Op. cit., pág. 165; No. 110).

los mandatarios (supra 89). De acuerdo con esa ley, los gerentes y administradores de sociedades no pueden comprar los bienes de sus representados sin autorización expresa concedida en forma general por los estatutos o, en cada caso, por los asociados. Las observaciones formuladas respecto a la autorización tácita de los mandatarios de personas físicas son pertinentes, así como la posibilidad de celebrar en forma autocontractual los actos no prohibidos, sin más limitaciones que las provenientes del artículo 1707 del Código Civil, que requiere autorización expresa no sólo para vender sino para gravar los bienes de la sociedad o para tomar dinero a mutuo, lo que con mayor razón debe ser así cuando el co-estipulante es el mismo administrador o gerente.

Quedan pendientes todavía otras interrogaciones respecto de las sociedades anónimas. ¿Se requiere la autorización previa para autocontratar en todas las hipótesis de compra?; ¿Cuál es el órgano encargado de otorgar esa autorización?; ¿Tomarán parte en las votaciones los gerentes interesados?

Respondiendo a la primera interrogación, la autorización previa no es la solución recomendable. Hemos visto los defectos señalados a la ley francesa de 1863 y las limitaciones que a la autorización impuso la ley de 1867 por razones de necesidad comercial (supra 60). Requerir la autorización expresa en cada caso es adoptar una posición legislativa o jurisprudencial fracasada en la práctica. Seguir el criterio de la ley francesa de 1867 tampoco sería acertado, pues al limitar la autorización a ciertos supuestos únicamente, podría resultar que muchos de los negocios no prohibidos sean peligrosos para la sociedad o que actividades beneficiosas sean ilícitas. Más lógica parece la solución suiza de restringir la autocontratación a los actos en que el contenido objetivo del negocio—cotización en bolsa o mercado—impide toda posibilidad de menoscabo; sin otra limitación que el deber del administrador de dar cuenta del acto jurídico practicado consigo mismo y de sus circunstancias.

A nuestro juicio, el órgano encargado de autorizar la autocontratación, puede ser el directorio, porque al comprometer su responsabilidad garantiza los intereses sociales. Al fijar el directorio las condiciones del negocio, desaparece la posibilidad de peligro. La sanción ulterior de la junta general de accionistas cubre la responsabilidad de los directores.

Creemos, finalmente, que el administrador puede tomar parte en la deliberación y no en la votación.

La ley de Bancos peruana de 1931, inciso J, artículo 64, dispone que no se podrá adelantar a ningún director o empleado sumas que excedan de 5,000 soles sin previa autorización acordada por los dos tercios del Directorio, absteniéndose de votar el interesado; se dictan análogas restricciones para los casos en que el solicitante sea a la vez que director o empleado del Banco, socio de alguna sociedad colectiva o en comandita o posea la mayoría de acciones de una anónima, y se establece una multa igual a la cantidad prestada a los infractores. El precepto es susceptible de una generalización a todos los casos prohibidos que requieren autorización. (230).

95 — “Unánimemente se admite, dice la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Código Civil peruano, que el liquidador es un mandatario de la sociedad disuelta para todos los efectos de la liquidación”. Esta idea sirve para fijar la calidad jurídica del instituto y para hacer extensibles al liquidador las conclusiones antes expresadas respecto de los representantes de las personas jurídicas (supra 96). Con todo, la situación no es idéntica. En pleno proceso de disolución, la sociedad carece de órganos administrativos y por tanto la autorización ha de ser prestada en forma diversa. Puede ocurrir que al ponerse la sociedad en estado de liquidación se haya designado la comisión asesora prevista por el artículo 1747 y en ese caso, para gravar o enajenar los bienes de la sociedad disuelta, el liquidador deberá contar con el acuerdo unánime de dicha comisión, la que también podrá otorgarlo para el efecto de autocontratar. A falta de ese organismo, el liquidador necesita autorización de todos los asociados.

Al margen de los actos para los cuales se requiere autorización expresa, el liquidador puede sin duda autocontratar sin más límite que el proveniente del objeto de la liquidación. Naturalmente, está obligado a dar cuenta a la comisión asesora o, en su caso, a los asociados. Lo mismo pasa respecto de la comisión asesora.

96 — En Derecho administrativo el autocontrato está prohibido por los incisos 5.º y 6.º del artículo 1397. Sobre el particular nos remitimos a lo expresado con referencia al Derecho fran-

(230) El Artículo 17 del Reglamento del Banco Minero, promulgado por Resolución Suprema de 17 de enero de 1941, adopta el mismo criterio.

cés (supra 61), limitándonos a indicar, que la venta de los bienes públicos debe sujetarse a las formalidades prescritas por los artículos 1443 y 1444, esto es, la venta en subasta, previo avalúo por los peritos de la Junta de Almonedas; publicación de avisos conforme al Código de Procedimientos Civiles; y comunicación del remate al Gobierno para su aprobación.

97 — Tratándose de directores de compañías, socios, y en general, de miembros de cuerpos colectivos, por no ser perfecta la identidad entre los contratantes (supra 62), la autocontratación no debe ser prohibida, incluyendo en esta afirmación la compra-venta. Controlado el acto por los demás miembros del grupo, la posibilidad de perjuicio es sumamente remota.

No obstante que creemos con Demogue, que en esta materia se podría llegar al extremo de permitir a los interesados tomar parte en las deliberaciones y aún en la misma votación, nos parece, sin embargo, más prudente prohibir esta última (supra 62 y 94).

El artículo 641 del Código Civil, dispone en materia de representación legal que "ningún miembro del consejo de familia asistirá a su reunión ni emitirá su voto cuando se trate de negocios en que tenga interés él... pero podrá ser oído si el consejo lo estimare conveniente".

98 — Tanto la doctrina (supra 30-d) como la jurisprudencia francesa (supra 63), en vista del escaso peligro de los casos de autocontratación originados por el cúmulo de representaciones, se inclinan por su aceptación irrestricta; por el contrario, el Código alemán y los que imitan su técnica (supra 45, 47, 48 y 49), prohíben esta hipótesis autocontractual.

La posición peruana es ecléctica.

En efecto, el artículo 600 dispone que habrá lugar a nombramiento de curadores especiales cada vez que los intereses de las personas sujetas a tutela o curatela estén en oposición a los de otros menores o incapaces que con ellos se hallaran bajo un tutor o curador común". Disposición radical, es aplicable a los casos de cúmulo de *autoritas*, e imprime a la legislación peruana en materia de representación legal una dirección semejante a la del Código alemán.

El cúmulo de representaciones legales con intereses comunes, está igualmente prohibido en virtud del artículo 630, porque si bien autoriza a los miembros del consejo de familia para ac-

tuar por intermedio de un apoderado, estatuye, que éste, "no representará sino a un solo miembro". El contenido del precitado texto, según Demogue, se explica satisfactoriamente, porque la ley en el supuesto contemplado quiere que exista debate y por eso impone límite a la acumulación de representaciones (supra 63).

En la zona de la representación voluntaria, nuestro Derecho adopta el criterio francés. Es indiscutible que el cúmulo de mandatos no está comprendido en la prohibición del inciso 2.º del artículo 1397. El mandatario que compra los bienes de su mandante para otro representado, no compra para sí, por lo cual no rige la prohibición y puede practicar, además de los actos permitidos al mandatario que autocontrata con su representado (supra 89), la compra-venta. El artículo 1648 esboza esta posibilidad cuando dice, refiriéndose a los mandatos coincidentes: "Cuando el mandato ha sido constituido por muchas personas para un negocio común..." Aquí también conviene advertir que la acumulación de representaciones tiene un límite: la transacción.

Hemos insinuado antes (supra 90) que el artículo 261 del Código de Comercio prohíbe la compensación de órdenes. La solución es original, y hoy paradójica. Reclama pronta modificación. Si la rapidez es la nota característica del comercio, es absurdo querer que se prohíba una operación lícita según el Derecho Civil. Este artículo que en el momento de su promulgación pudo modificar como ley posterior el contenido del inciso 4.º del artículo 1348 del Código de 1852 que no prohibía el cúmulo de mandatos, es inconsistente en la actualidad por haberse ratificado el principio en el Código de 1936. En este sentido deberá pronunciarse la jurisprudencia si el caso llegara a plantearse.

El Código de Procedimientos Civiles envuelve en su artículo 13 interesante disposición sobre el cúmulo de representaciones judiciales, que traduce una sencilla aplicación de la imposibilidad moral de la autocontratación para litigar. "Si son dos o más los demandantes o demandados, dice esa ley, nombrarán apoderado común; pero se les autorizará para litigar por separado, si existe o aparece incompatibilidad de intereses entre ellos". Comentando esta regla la Exposición de Motivos de dicho Código considera que "no es justo, en estos casos, litigar, indeclinablemente, mediante una representación común, a quienes conviene litigar por separado. Esto sería sacrificar el derecho de los unos, al interés y comodidad de los otros".

Finalmente, y estando sujetos los administradores o gerentes de las personas jurídicas a idénticos requisitos que los mandatarios de las personas físicas (supra 94 y 89), no vemos inconveniente para aceptar lo mismo que se ha indicado respecto de los representantes voluntarios. En consecuencia, la prohibición del inciso 2.º del artículo 1397, no será aplicable y pueden válidamente como representantes de dos o más sociedades, vincularlas entre sí por medio de actos jurídicos consigo mismo.

99 — La afectación de los bienes dotales en beneficio de la familia, según lo establece el artículo 224 del Código Civil; los requisitos exigidos para su constitución—antecedente para substraer los bienes dotales de la prenda tácita en beneficio de los acreedores—y, por último, su inalienabilidad e inembargabilidad aseguradas por los artículos 232, 234 y 237, revelan inequívocamente que los bienes dotales son un patrimonio específico dotado de su activo y pasivo propios.

Calificada la relevancia patrimonial de la dote, puede suceder que los bienes que la integran se encuentren confundidos con los bienes propios de la mujer. En este caso, las dificultades que se presentan para la disposición de los segundos, y la posibilidad de incurrir en la nulidad prevista por los artículos 232 y 234 lógicamente invitan a poner fin a este estado por medio de una partición unilateral siempre que el acto sea posible en especie. De las objeciones formuladas a este procedimiento y de la manera de realizarlo, nos hemos ocupado al tratar del Derecho francés, cuyas soluciones nos parecen aplicables al caso que contemplamos (supra 64).

100 — De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 206 y 207, los bienes reservados que la mujer casada obtiene con su trabajo, están sujetos a régimen jurídico específico y dada su afectación forman otro patrimonio. Puede ser necesario o útil ir a una partición, y la forma de efectuarla será el acto jurídico consigo mismo (supra 65).

101—El hogar de familia instalado por el nuevo Código Civil en nuestra vida jurídica es otro ejemplo de patrimonio especial. Afectados los bienes que lo integran a fines determinados (art. 461) su constitución está sujeta a ciertos requisitos de publicidad que garantizan el derecho de terceros. Dada la finalidad social del instituto, la ley establece que la masa afectada no puede exceder de lo necesario para el sustento o morada de la familia (artículos 464 y 465). Ahora bien, cuando el ho-

gar de familia se ha constituido sobre una porción indivisa; o el valor afectado excede la proporción permitida; o, finalmente, cuando en virtud de otra causa exista interés en determinar con exactitud la porción afectada, a fin de poder precisar la parte que puede ser gravada (artículo 471), aparecen los inconvenientes de la indivisión y no queda otra senda que la partición, posible de llevarse a cabo únicamente en la forma autocontratual, supuesto que el jefe de la familia es el propietario de ambos patrimonios. La circunstancia de que el artículo 472 establezca la pluralidad de consentimientos para el efecto de revocar del hogar de la familia es inoperante si sólo se trata de delimitar su contenido y no de revocarlo.

102 — Semejante nuestra legislación a la francesa, sus aplicaciones son idénticas sobre la autocontratación del poseedor de los bienes del ausente (supra 69).

103 — El Código Civil finaliza la evolución del beneficio de inventario. Instrumento técnico en Roma para impedir las sucesiones sin herederos, hoy no tiene razón de ser. Refiriéndose a este beneficio, uno de los codificadores decía: "...dentro de un buen sistema legislativo puede prescindirse, por innecesario, del beneficio del inventario. Generalmente se distingue en los códigos la aceptación de la herencia pura y simple, de la que se opera bajo beneficio de inventario, forma esta última *en que no se confunden los patrimonios del causante y del heredero*, y se limita la responsabilidad de éste al pago de las deudas a que asciende el caudal hereditario. Si se establece que la herencia en ningún caso puede perjudicar al heredero, es inútil el beneficio de inventario y las cosas se simplifican grandemente. Se agrega: que puede prescindirse sin dificultad de una institución histórica forjada para atemperar la ficción de que el heredero continúa absolutamente la personalidad jurídica del difunto hasta el punto de fusionarse ambos patrimonios. Aceptada la iniciativa que sugiero, *cada patrimonio soportará sus propias cargas* y esta solución es justa y clara." (231)

Como consecuencia, el artículo 658 califica esta dualidad patrimonial al estatuir que "el heredero sólo responde por las deudas y cargas de la herencia hasta donde alcancen los bienes de ésta".

(231) Actas de los Debates de la Comisión Reformadora del Código Civil. — Op. cit. Fasc. IV. Sesión 107 de 6 de mayo de 1925, pág. 37.

Se deduce que el heredero puede comprar los bienes de la sucesión por medio de un acto jurídico consigo mismo (supra 67); y que puede pagar, en igual forma, a la sucesión sus propias deudas. El Código mismo, en su artículo 811, establece que "el heredero que es acreedor del heredado conserva los derechos derivados de su crédito", uno de los cuales es el de cobrar.

104 — Aparte de las sanciones específicas dictadas para los agentes mediadores (supra 92) y la multa prescrita por la ley de Bancos para los que infringen la prohibición (supra 94), nuestro Derecho inspirado en la doctrina (supra 38) y en el Derecho comparado (supra 46, 47, 48, 49, 70, 18, 78, etc.), sanciona con nulidad relativa los actos jurídicos consigo mismo que son objeto de prohibición. No puede ser de otra manera, toda vez que la nulidad se funda en la incapacidad relativa del agente y no en la imposibilidad de autocontrato.

Dos son los caminos que permiten llegar a esta conclusión en materia de representación legal. 1.º—El juego combinado de los artículos 526, 513 y 527, según los cuales los actos practicados por el tutor sin las autorizaciones requeridas podrán ser *ratificados*, y su nulidad, sólo puede ser intentada por el incapaz; y 2.º—el carácter general del inciso 7.º del artículo 1397 que comprende a los representantes legales y les hace aplicable el artículo 1398 que exponemos a continuación.

Respecto de todo representante, el artículo 1398 limita la acción de nulidad a los dueños de la cosa vendida, fijando así la nulidad relativa como sanción.

Finalmente, la nulidad del autocontrato causado por la pluralidad de patrimonios del mismo titular, es también relativa y corresponde intentarla privativamente a los interesados.

108 — Basada la nulidad en la incapacidad relativa del agente, lógicamente, la prescripción de la acción es de tres años, por la aplicación del inciso 3.º del artículo 1168, sin otra excepción, que la fundada en el aforismo romano: *contra non valentem agere non courrit praescriptio*, que se traduce en la extensión del plazo a los dos años posteriores al día en que cesó la incapacidad, conforme al artículo 527.

CONCLUSIONES

El breve examen efectuado en la doctrina, en el Derecho comparado y en la legislación peruana autoriza a formular las conclusiones siguientes:

1.º—Propiamente hablando, la llamada teoría autocontractual carece de sustantividad. Instituto dirigido a facilitar el comercio jurídico, es, en realidad, un recurso que permite adaptar el rigorismo de la ley a las exigencias de la vida;

2.º—La utilidad de la teoría justifica su aceptación, sobre todo, desde que teóricamente la autocontratación es posible y no se oponen a ella objeciones de carácter insalvable;

3.º—Su naturaleza jurídica es mixta: Unilateral en su forma, tiene efectos contractuales;

4.º—La pluralidad de patrimonios a disposición de una misma persona es su presupuesto indispensable y, consecutivamente, el elemento esencial. El título en virtud del cual una persona dispone de dos o más patrimonios—representante o propietaria—no tiene importancia en cuanto a la naturaleza misma del acto. Los diversos supuestos que pueden dar lugar a la autocontratación sirven simplemente para delimitar la zona de aplicación del acto jurídico consigo mismo;

5.º—El criterio para aceptar o rechazar el acto autocontractual reposa en el peligro del conflicto de intereses. Ausente este peligro en los casos de pluralidad de patrimonios pertenecientes a un mismo propietario, su aceptación será la regla. No sucediendo lo mismo en los casos de autocontratación causada en la representación, la posibilidad de practicar actos jurídicos consigo mismo estará permitida cuando no exista antagonismo de intereses y la ley no la prohíba, sin perjuicio de la autorización del representado que puede ser expresa o tácita, pudiendo resultar la segunda del contenido objetivo del negocio, o de las especificaciones del poder;

6.º—Dos soluciones ofrece el Derecho comparado en materia de autocontratación: Prohibir el acto jurídico consigo mismo por regla general y admitirlo por excepción, cuando la ley lo autorice; o declarar su licitud sin más reservas que las provenientes de la ley o del peligro a la colisión de intereses;

7.º—De los dos sistemas, el segundo es preferible por su amplitud y plasticidad. Ventajosas operaciones, prohibidas en

el primero, son susceptibles de perfeccionarse, dentro del segundo;

8.º—El Derecho peruano sigue el segundo de los sistemas mencionados. Se confirma esta afirmación:

A.—Por la falta de definiciones en el Código de 1936. Esta técnica autoriza a suponer que la autocontratación no está prohibida y que la pluralidad de patrimonios es admitida;

B.—Por la aceptación de la voluntad unilateral como fuente generadora de obligaciones;

C.—Por la existencia de textos legales en que se hace expresa referencia a los actos jurídicos consigo mismo, sea para permitirlos o para prohibirlos, en algunas hipótesis; y

D.—Por la nulidad relativa con que se sanciona en todo caso al autocontrato prohibido.

TESIS

EL ACTO JURIDICO CONSIGO MISMO ES POSIBLE TEORICAMENTE — NADA SE OPONE A SU ACEPTACION POSITIVA — TODAS LAS LEGISLACIONES LO ADMITEN — TAMBIEN LO RECONOCE NUESTRO DERECHO.

MANUEL PABLO OLAECHEA DU BOIS.
