

308909
UNIVERSIDAD PANAMERICANA 13
24

FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



"LA ABSOLUTA VALIDEZ DEL AUTOCONTRATO EN
MATERIA DE REPRESENTACION VOLUNTARIA, EN EL
CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL."

T E S I S

QUE PRESENTA EL ALUMNO
RAFAEL ARTURO COELLO SANTOS
PARA OPTAR POR EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

DIRECTOR DE TESIS: LIC. FAUSTO RICO ALVAREZ.

MEXICO, D. F.

OCTUBRE DE 1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo y lo que él implica no es de ninguna manera un esfuerzo personal, sino el de mucha gente que depositó su confianza en mi y por ello con estas líneas quiero rendirles un sincero homenaje de agradecimiento.

A mis Padres; a mi familia.

Con mi más profunda admiración, respeto y cariño les agradezco todo lo que soy, les agradezco su ejemplo diario, su trabajo honrado, por el que nunca me ha faltado nada, la confianza y el constante ánimo que me brindaron para poder llegar hoy a esta meta fundamental en mi vida.

Gracias padres que junto con mis hermanos Yolanda, Claudia y Javier son los cimientos en los que me encuentro firme para enfrentar los retos de la vida diaria.

A Maricarmen Carmona Viñas.

Por su confianza, ejemplo, comprensión y trabajo. Por ser el motor que me impulso a lograr esta meta.

Al Lic. Fausto Rico Alvarez.

Por enseñarme con su ejemplo lo que significa ser abogado.

A mis Amigos Antonio, Felipe, Carlos, Gonzalo y Héctor.

Por su cooperación, consejos y ayuda para la realización de esta tesis.

Dedicatoria.

A Maricarmen.

*Hoy te dedico el esfuerzo de este trabajo,
con la ilusión de que mañana si Dios y tú
lo quieren, te pueda dedicar el esfuerzo
de una vida.*

*Con profunda admiración, respeto y
cariño.*

Rafael.

ÍNDICE.

Introducción.....	I
A) Lineamientos metodológicos.....	1
B) Formulación de la hipótesis y planteamiento del problema.--	IV
C) Delimitación del tema por materia.....	V
D) Terminología.....	VI
E) Desarrollo de la tesis.....	VII
I La representación en el derecho romano.....	X
II La representación en el derecho canónico.....	XVIII
III La representación en el derecho mercantil.....	XVIII
IV La Codificación.....	XIX
F) Justificación social y práctica del tema.....	XX
CAPÍTULO PRIMERO. El Autocontrato en la Doctrina.	
I Concepto de autocontrato.....	1
1 Autores Extranjeros.....	2
2 Autores Nacionales.....	6
II Naturaleza jurídica del fenómeno de la autocontratación.....	7
1 Doctrinas.....	8
A) Las que niegan la posibilidad de la figura.....	8
B) Las que consideran al autocontrato como un verdadero contrato.....	11
C) Las que lo consideran como un acto unilateral de voluntad.....	17
D) La que considera al Autocontrato como una modalidad de la formación del consentimiento en un contrato.....	21
2 Importancia de la naturaleza jurídica del fenómeno de la autocontratación.....	22
III Validez del Autocontrato.....	24
1 Principales objeciones.....	25
A) La imposibilidad jurídica de la figura.....	25
a) Como Contrato.....	25
b) Como acto unilateral.....	25
B) La posibilidad de la existencia del conflicto de Intereses y la lesión de los mismos por parte del autocontratante.....	26
2 Doctrinas respecto de la validez del autocontrato.....	35
A) Autores que niegan totalmente la validez del autocontrato.....	35
B) Autores que aceptan condicionadamente la figura del Autocontrato.....	36

C) Autores que aceptan ampliamente la figura del autocontrato.....	43
IV Formalidades a las que se deben de sujetar los contratos celebrados bajo la modalidad de la autocontratación.....	47
V Las diversas sanciones que se le han dado a los contratos celebrados bajo la modalidad de la autocontratación cuando ésta no es permitida.....	51
1 Teoría de la nulidad.....	53
2 Teoría de la anulabilidad.....	54
3 Teoría de la nulidad relativa.....	54
4 Teoría de la eficacia sometida a condición.....	55
VI Dos casos debatidos de autocontratación.....	55
1 El caso del apoderado con poder especial que autocontrata.....	55
2 El caso del apoderado que autocontrata con un subapoderado nombrado por él mismo.....	59

CAPÍTULO SEGUNDO.

EL AUTOCONTRATO EN EL DERECHO COMPARADO.

I Alemania.....	62
II Italia.....	65
III Francia.....	67
IV España.....	68
V Argentina.....	70

CAPÍTULO TERCERO.

EL CONTRATO CONSIGO MISMO EN EL DERECHO MEXICANO.

I Antecedentes. Los Códigos de 1870 y de 1884.....	73
II La regulación del autocontrato en el Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal.....	74
III Concepto de autocontrato en el código civil vigente.....	93
IV Naturaleza jurídica del autocontrato en el Código Civil vigente.....	94
V Validez del autocontrato en nuestro ordenamiento civil.....	99
I Objeciones.....	100
A) Imposibilidad jurídica de la figura.....	100
B) Conflicto de intereses.....	100
2 Teoría que sigue nuestro Código.....	102
VI La obligación de rendir cuentas con pago y la responsabilidad del mandatario.....	103
VII Formalidades a las que se deben de sujetar los contratos celebrados bajo la modalidad de la autocontratación.....	110

VIII Sanciones que se deben dar a los actos celebrados bajo la modalidad de la autocontratación cuando ésta se encuentra prohibida.....	112
IX Casos especiales de contratos respecto de la modalidad de la autocontratación.....	115
1 El contrato de Mandato.....	115
2 El contrato de Donación.....	115
3 Convenio de Transacción.....	116
CONCLUSIONES.....	117
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	118

INTRODUCCIÓN.

La figura del autocontrato constituye el objeto de estudio del presente trabajo. Es de advertir que esta institución se encuentra muy poco estudiada en la literatura jurídica mexicana a diferencia de lo que se encuentra en la doctrina extranjera, por lo cual al comenzar a realizar esta obra nos planteamos dos objetivos principales, el primero es hacer una exposición monográfica de la institución abarcando tanto el ámbito de la doctrina extranjera como el de la nacional y la influencia que ésta ha tenido en el derecho positivo de diversos estados; el segundo es el propio de una tesis de carácter crítico, pues -pretendiendo utilizar el método científico- hemos elaborado hipótesis las cuales tratamos de demostrar en el cuerpo de la presente tesis, enfocadas a aportar los elementos necesarios para la regulación de la institución en el Código Civil vigente en el Distrito Federal.

A) Lineamientos metodológicos.

Al realizar la presente tesis no hemos pretendido que sea una de las llamadas tesis de compilación en las que el autor trata de reunir y analizar la totalidad de las opiniones o criterios que la doctrina ha formulado, solamente exponemos las que hemos considerado de mayor relevancia para el estudio y conocimiento de la institución que tratamos.

El estudio que realizamos parte del análisis crítico de los principales argumentos dados por los diversos autores extranjeros y nacionales, y su influencia en las diversas legislaciones de sus países, con el fin de tratar de confirmar las hipótesis

que nos hemos formulado respecto del derecho civil vigente en el Distrito Federal. En este sentido afirmamos que la presente tesis es de carácter crítico.

El presente trabajo comienza haciendo una exposición doctrinal de la institución que estudiamos, durante dicho exposición tratamos de evidenciar la multitud de opiniones contrarias existentes. Dentro del mismo texto hemos expresado nuestras críticas o adhesiones a dichas opiniones y hemos vertido la nuestra.

También podemos afirmar que la presente tesis es de carácter teórico, en el sentido de que para su elaboración no se utilizaron factores estadísticos, sociológicos o de investigación archivológica especializada, sino que se realizó con base en el análisis de textos tanto doctrinales como legales.

Fuentes.

Para la elaboración del presente trabajo hemos utilizado fuentes de primera mano, mismas que se pueden conseguir en las bibliotecas de las facultades de Derecho de las siguientes instituciones: Escuela Libre de Derecho, Universidad Panamericana, Universidad Iberoamericana, Universidad Nacional Autónoma de México (central y de la facultad de Ciudad Universitaria) y finalmente la del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, principalmente.

Consideramos que nuestro trabajo reúne las obras que sobre esta materia se pueden encontrar en las bibliotecas de esta ciudad, dentro de ellas se encuentran, en nuestra opinión, los principales trabajos que sobre este tema se han escrito, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera. En la medida que nos fue posible consultamos las fuentes directas citadas por los autores más modernos, sin embargo,

por lo poco conocido del tema y por la escasa bibliografía existente en las bibliotecas sobre él, nos fue imposible consultar directamente algunas obras para el estudio de este tema, las cuales solo referimos en el cuerpo del presente trabajo para el conocimiento del lector.

Este trabajo se elaboró basándonos principalmente en las obras de: J. Hupka, García-Revilla, Castan Tobeñas, Diez Picazo, Eneccerus, Kip y Wolf y Borja Soriano. Nos basamos en estos autores porque consideramos que ellos son los que con mayor profundidad (principalmente los dos primeros enunciados) han tratado este tema; en sus textos encontramos citados y comentados los criterios de algunos autores cuyas obras no nos es posible consultar por las causas arriba expresadas.

Otra fuente consultada para la elaboración del presente trabajo fue la Jurisprudencia de tribunales mexicanos. Es de destacar que no encontramos ninguna tesis que haga referencia a la institución que nos ocupa, para ello se consultó el sistema de computo del Semanario Judicial de la Federación (S.C.J.N.) por lo que se refiere a la Sala Civil. Así mismo, es de destacar que ningún autor nacional cita alguna tesis jurisprudencial sobre este tema, a diferencia de los autores españoles, alemanes, e italianos quienes refieren sentencias que versan sobre esta materia.

Las leyes que se utilizaron en el presente trabajo son principalmente el Código Civil para el Distrito Federal publicado en 1928, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal publicado en 1932, el Código Penal para el Distrito Federal publicado en 1931, el Código de Comercio publicado en 1889, una edición del Código Civil para el Distrito Federal publicado en 1884 el cual contiene la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal de 1870. También se consultaron los Códigos Civiles de Alemania, Italia, España, Portugal y Argentina

como referencia y para su comparación con el nuestro, con el fin de aportar elementos para sustentar nuestras hipótesis.

Se consultaron otras fuentes como lo son el Proyecto de Código Español de Florencio García Goyena y el Código de Derecho Canónico.

Método utilizado.

El método utilizado para la elaboración de esta tesis fue el denominado Exegético-Voluntarista, al ser realizado partiendo del estudio crítico de los textos con el fin de probar las hipótesis que nos hemos planteado.

La presente tesis no pretende ser de ninguna manera una tesis histórica, la finalidad que buscamos al hacer referencia a los antecedentes de la institución que estudiamos es la de exponer al lector únicamente cuáles son las diversas instituciones que los autores han citado como antecedentes y el debate que existe en torno a los mismos, para con ello lograr un conocimiento completo de la institución.

B) Formulación de la hipótesis y planteamiento del problema.

Con la presente tesis pretendemos resolver los siguientes cuestionamientos:

¿Es posible la figura del autocontrato, contrato consigo mismo o autoentrada?

En caso de ser posible, ¿cuál es su naturaleza jurídica?

¿Cómo lo regula el Código Civil vigente en el Distrito Federal?

¿Tiene razón de ser la prohibición contenida en la fracción II del artículo 2280 del Código Civil vigente en el Distrito Federal?

¿De conformidad con el derecho civil vigente en el Distrito Federal es posible la realización de un autocontrato?

Nuestras respuestas a las anteriores preguntas a manera de hipótesis son las siguientes:

1) Sí es posible la existencia del llamado autocontrato.

2) Su naturaleza jurídica es la de ser una modalidad en la forma de integrarse el consentimiento en un acto bilateral.

3) El Código Civil vigente en el Distrito Federal no regula de ninguna manera a la institución del autocontrato, por lo tanto existe una laguna legal.

4) No tiene ninguna razón de ser la prohibición contenida en la fracción II del artículo 2280 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

5) Afirmamos que, de conformidad con el Código Civil vigente en el Distrito Federal, siempre es posible la realización de contratos celebrados bajo la modalidad de la autocontratación.

C) Delimitación del tema por materia.

Esta tesis trata únicamente respecto del autocontrato en materia civil y, exclusivamente, por lo que se refiere a su regulación en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal,

publicado en 1928, vigente actualmente, por lo tanto en esta tesis no se considera ninguna otra materia como la mercantil, o el derecho internacional privado, tampoco se refiere a la regulación de esta institución en los códigos civiles de las demás entidades federativas de la República Mexicana.

La argumentación que realizamos está principalmente orientada a la figura de la autocontratación en materia de representación voluntaria; sin embargo, se trata de manera incidental a la autocontratación en materia de representación legal por ser necesario para lograr un estudio completo del autocontrato.

La elaboración de esta tesis parte del conocimiento de la institución de la representación que constituye un elemento esencial para la realización de la modalidad que estudiamos; no tratamos este tema en el trabajo porque rebasa los límites del mismo.

No constituye la finalidad del presente trabajo recepcional el proponer el texto de una reforma al Código Civil. Pretendemos evidenciar la necesidad de reformar el Código para solucionar la problemática que se plantea en el tráfico jurídico y que es la misma que se expresa a lo largo del cuerpo del presente trabajo.

D) Terminología.

En el presente trabajo nos referimos indistintamente a la institución que estudiamos con los nombres de autocontrato, contrato consigo mismo, autoentrada, autocontratación, autoacto, debido a que con ellos se le conoce comúnmente y son utilizados como sinónimos en la doctrina.

En el primer capítulo aclaramos el porqué de esta denominación que induce al error y hacemos las aclaraciones pertinentes.

E) Desarrollo de la Tesis-

Para lograr los fines que nos planteamos en este trabajo lo dividimos en tres capítulos.

En el primer capítulo exponemos las diversas posturas existentes respecto del autocontrato en la doctrina, tanto nacional como extranjera; primeramente estudiamos el concepto de autocontrato citando las diversas definiciones que de él se han dado, posteriormente tratamos de fijar su naturaleza jurídica englobando las diversas posturas que al respecto existen en cuatro corrientes a saber: doctrinas que niegan la posibilidad de la figura, doctrinas que lo consideran como un contrato, doctrinas que lo consideran como un acto unilateral de voluntad y, por último, doctrinas que lo consideran como una modalidad de la formación del consentimiento en un contrato (acto bilateral), nosotros sostenemos que ésta es su naturaleza jurídica.

Dentro del mismo capítulo estudiamos el ámbito de validez de esta institución, entendiéndolo por ello aquellos supuestos o circunstancias en las que los autores admiten como válida a la autocontratación. Para ello primero exponemos las dos principales objeciones que se argumentan para no aceptarla como tal, las cuales son: su imposibilidad jurídica -ya sea como contrato, ya sea como acto unilateral- y el conflicto de intereses entre representante y representado. Nosotros sostenemos que ninguna de las objeciones argumentadas es válida para desechar la institución, por lo cual afirmamos que su admisibilidad debe de ser absoluta en la ley, dejando su

limitación a la voluntad del principal que es a quien corresponde e importa más la protección de sus intereses.

Así mismo, estudiamos la problemática que plantea esta figura en cuanto a la forma con que debe de realizarse para evitar una revocación secreta u oculta por parte del autocontratante. Estudiamos las diversas sanciones que se han planteado por la doctrina para sancionar a los actos celebrados bajo la modalidad de la autocontratación cuando ésta se considera como no permitida.

Por último tratamos, dentro del mismo capítulo, dos casos debatidos de autocontratación por existir respecto de ellos disparidad de opiniones en cuanto a si constituyen o no casos de autocontratación, los cuales son: el caso del apoderado especial que autocontrata, al cual algunos autores consideran como una aceptación de oferta y no como un caso de autocontratación, y el caso del apoderado que contrata con un subapoderado nombrado por él mismo para burlar la prohibición legal, del cual algunos autores afirman que sigue constituyendo un caso de autocontratación aun cuando existen en él dos autores materiales.

En el segundo capítulo exponemos la regulación que se le ha dado a la institución que estudiamos en las legislaciones de otros países, así como los principales comentarios que los autores de cada país realizan a dicha regulación. Exponemos la regulación que se le ha dado en Alemania e Italia que son los países más adelantados en esta materia. Así mismo, exponemos la regulación del autocontrato en España y Francia por la íntima relación que tienen con nuestro derecho. También citamos la regulación de Argentina por los esbozos, tendientes a la regulación de la institución que estudiamos, que citan los comentaristas del mismo.

La intención de este capítulo es la de proporcionar al lector elementos de comparación respecto de la legislación vigente para el Distrito Federal y con ello lograr una mejor regulación en nuestro derecho.

En el tercer capítulo vertimos todos los conceptos antes estudiados pero referidos única y exclusivamente al derecho civil vigente en el Distrito Federal. Primeramente estudiamos la regulación que tuvo el autocontrato en los Códigos Civiles del Distrito Federal publicados en 1870 y 1884, posteriormente hacemos un estudio de aquellos artículos que se citan como regulatorios del autocontrato en el Código vigente, tanto los que se mencionan en materia de representación legal como los que se mencionan en materia de representación voluntaria.

Con base en la exposición realizada analizamos cuál es el concepto de autocontrato existente en el Código de conformidad con el mismo, cual es su naturaleza jurídica, cuál es su ámbito de validez, que tipo de sanción recae sobre los casos de autocontrato cuando éste no está permitido de conformidad con la teoría de las nulidades que sigue nuestro ordenamiento en estudio. Así mismo, estudiamos cuáles son los medios de protección con los que cuenta el representado respecto del actuar del representante, y las formalidades a las que deben sujetarse los contratos celebrados bajo la modalidad de la autocontratación. Por último, apuntamos algunos casos que juzgamos como especiales en cuanto a la admisibilidad del autocontrato.

Consideramos a manera de introducción hacer en este apartado una exposición sucinta de los antecedentes de la institución que estudiamos.

El estudio del autocontrato supone necesariamente la valoración de la figura de la representación, pues ésta es un requisito indispensable para que se dé aquél, así

pues comenzaremos estudiando los antecedentes históricos de la figura de la representación en el derecho y con ella los de la figura objeto de este trabajo.

I La representación en el derecho romano.

Existe la discusión doctrinal en torno a si los romanos conocieron o no la figura de la representación, entendida como la declaración de voluntad que realiza una persona encaminada a producir los efectos jurídicos que de ella se derivan en un patrimonio ajeno y no en el propio; que es como la entendemos hoy.

Álvaro D'ors dice al respecto: "el derecho romano no admite de manera general que la gestión de una persona en lugar y a nombre de otra produzca efectos en aquella persona que no interviene: la representación tiene en él efectos tan sólo mediatos, que recaen en la persona del representante, la cual debe luego transferirlos, por los modos idóneos, a la persona del representado (representación indirecta)".¹ Así mismo menciona que en el derecho romano había lugar a la representación directa en aquellos casos en que los hijos o los esclavos, ya sea por las acciones adyecticias (de sustitución de personas) o por lo que se refiere a la adquisición de derechos, modificaban el patrimonio de su *pater familias*; posteriormente la representación directa se extendió al caso de que el encargado de un negocio fuera una persona extraña a la potestad del representado.

Papiniano mediante la *actio ad exemplum institoriae actionis* hizo extensivos los efectos de la representación a toda gestión realizada por persona distinta a la familia del representado cuando aquella contraía una deuda por encargo

de éste. Por la misma razón se llegó en Roma a admitir la adquisición de la posesión y de la propiedad a través de representantes no sujetos a potestad.

Martha Morineau, en contrario, afirma que, la representación jurídica fue un concepto perfectamente conocido por los romanos y al hablarnos sobre el *cognitor* y el *procurator* admite que estas dos figuras procesales podían tener la forma de representación directa o indirecta.²

Alberto Pacheco nos dice que en el derecho primitivo romano era inadmisibles la figura de la representación³ debido al extremo formalismo y al concepto que de la obligación se tenía. Pues sólo las personas que concurrían a la celebración del acto quedaban vinculadas por él.

Distingue entre derecho civil (tradicional e invariable) y derecho pretoriano. Por lo que se refiere al derecho civil apunta: "... fue siempre sostenido por el derecho tradicional, que nadie podía obrar mas que a su propio nombre, y sólo los que intervenían personalmente en un negocio jurídico quedaban vinculados".⁴

Menciona que en algunas instituciones jurídicas del derecho civil se ha querido encontrar los antecedentes de la figura de la representación en los actos celebrados por personas sujetas a potestad (como son los casos que menciona Álvaro D'ors), la actuación del tutor o la *adjectus solutionis gratia*, sin embargo ninguna de estas figuras constituyen antecedente de la representación directa por lo siguiente:

¹D'ors, Álvaro. Derecho Privado Romano. Pamplona. Edit. EUNSA. . 7ª ed. 1986. pág. 524

²Morineau Iduarte, Martha; Iglesias González, Román. Derecho Romano. México. Edit. Harla. 1986 págs. 166 y 167

³Pacheco Escobedo, Alberto. La representación voluntaria directa. (tesis), México. Escuela Libre de Derecho. 1952

⁴*ibidem*

- Personas sujetas a potestad.

Entratándose de los casos de supuesta representación realizados por personas sujetas a potestad establece que no es en virtud de la representación que sus actos benefician o perjudican al *pater familias*, sino que es en virtud de la potestad, "...por lo que el derecho civil consideraba a la familia romana con una sola personalidad jurídica, la del *pater*...".⁵

- Actuación del tutor.

Por lo que se refiere a la actuación del tutor ésta se realizaba de dos formas, ya sea obrando por la *gestio* o prestando su *auctoritas* a los actos realizados por el pupilo, "En ninguno de los dos casos el tutor es representante del pupilo; en el primero, obra a nombre propio, y como tal se obliga; en el segundo, sólo asiste al pupilo salvaguardando sus intereses y dándole validez jurídica al acto con su presencia, pero sin intervenir él en la celebración del mismo".⁶

- De la *adjectus solutionis gratia*.

Esta es una modalidad que podía pactarse en cualquier estipulación, la cual consistía en designar a una persona distinta del acreedor para recibir el pago. "No puede considerarse como un representante, pues si bien es cierto que recibe el pago por cuenta y en nombre del estipulante, no tiene en su actuación esa facultad

⁵ *idem* pág. 8
⁶ *idem*

discrecional de todo representante, con respecto al negocio jurídico que va a realizar; su actuación se asemeja a la que en la doctrina moderna se denomina el "testaferro".⁷

Por lo que se refiere al derecho pretoriano Pacheco afirma que es aquí y en la jurisprudencia clásica donde puede encontrarse el primer paso hacia la representación, aunque aclara que "...los más profundos pensadores jurídicos de Roma no llegaron nunca a concebir la figura del representante como en la actualidad".⁸

Fue en el edicto del pretor que por razones de equidad se concedió la fórmula de peculio para que un tercero que había contratado con un *alieni iuris* pudiera exigir al *pater* el cumplimiento de la obligación contraída por el *alieni iuris* o, en su caso, exigirle a la persona sujeta a potestad responsabilidad hasta por el monto de su peculio (*actio peculio*). Otras acciones fueron la *institoria*, *quod jussu*, *tributoria*, *de in rem verso*.⁹

Es de advertir que el dueño del negocio no tenía ninguna acción contra el tercero que contrataba con el *alieni iuris*.

Respecto a las instituciones del mandatario y la del procurador, estos dos siempre obraban en nombre propio y se obligaban personalmente.

Existe una innovación de especial importancia en tiempos de Trajano en la que el jurisconsulto Neratio admitió que el *corpore* en la posesión se podía adquirir por un *alieni iuris* para que aprovechara a otro como si éste hubiere poseído personalmente.

⁷*idem*
⁸*ibidem* pág 9.

Pacheco concluye afirmando lo siguiente:

Fuera de estos textos particulares, y otros de jurisconsultos menos renombrados, la doctrina jurídica no reconoció ni trató nunca como tal la teoría de la representación por lo que puede decirse que tanto en el derecho positivo como en la doctrina, aún bajo Justiniano “la representación no fue admitida en el derecho romano, mas (sic) que a título excepcional y por procedimientos indirectos”.¹⁰

Castan Tobeñas señala: “El Derecho romano no reconoció la representación propia y verdadera y si sólo la representación indirecta. La jurisprudencia clásica afirmó con insistencia la máxima *per extraneam personam nihil adquiri potest* y ni aún en la fase bizantina se llegó a un reconocimiento pleno del principio de la representación perfecta o directa”.¹¹

J. Hupka¹² admite que Roma sólo excepcionalmente admitió la representación directa, afirma que en realidad no se encuentra en las fuentes ni un solo párrafo que atestigüe la posibilidad de la doble representación, ni siquiera indirectamente.

Diez Picazo afirma también que Roma no conoció la figura de la representación, entendiéndolo por ello que Roma no reconoció un efecto jurídico entre

⁹ cfr D'ors, Álvaro. *Op. cit.* págs. 295 y 296 (& 232 y 233)

¹⁰ Pacheco, Alberto. *Op. cit.* pág. 13, citando a Bonet Ramón, Francisco

¹¹ Castan Tobeñas, José. *Derecho civil español común y foral*. Tomo I. Madrid. Edit. REUS, 6ª ed., 1943 pág. 194, citando a Aras Ramos.

¹² Hupka, Josef. *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, (trad. del alemán y notas Luis Sancho Serral). Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1930. pág. 273.

el *dominus negotii* y el tercero. "El que actúa por o para otro realiza un acto cuya eficacia se produce solamente en su propio patrimonio y en su esfera jurídica".¹³

Por lo que se refiere a la figura materia de nuestro trabajo algunos autores, admitiendo la postura que sostiene que los romanos conocieron y aceptaron excepcionalmente la figura de la representación, han tratado de encontrar en los textos romanos los antecedentes del autocontrato.

Arno¹⁴ menciona como claros casos de autocontratación en Roma el *sibi solvere*, el *sibi mutuum pecunia prescribere* y el *sibi addicere*.

Hupka en su obra¹⁵ analiza casuísticamente diversos párrafos de las fuentes en los que se han tratado de encontrar los antecedentes del autocontrato; citando los siguientes:

1) *El stip. servorum (I.1.4 D)*.

Según el cual el *communis servus duorum personas sustinet*; se refiere al caso de que un siervo, de la pertenencia exclusiva de Ticio, se hace prometer una prestación en favor de otro esclavo que es copropiedad de Ticio y Mevio.¹⁶ Refiere Hupka que en este caso se ha querido encontrar un ejemplo de autocontratación porque se ha interpretado que la promesa de prestación que se hace prometer el

¹³ Diez Picazo, Luis. *La representación en el Derecho Privado*. Madrid, Edit. Civitas, 1974. págs 106 a 122.

¹⁴ *Cit. por* García-Revilla y García, Francisco. *El llamado autocontrato*. (Tesis doctoral), Salamanca, Edit. Universidad Central (Curso 1931-32), 1934. pág. 6.

¹⁵ Hupka *op. cit.* pág. 273 ss

¹⁶ Hupka también refiere diversos actos que requieren de celebrarse ante magistrado el cual actúa como parte y a la vez como funcionario autorizante (adoptar, emancipar, manumitar).

esclavo de la pertenencia exclusiva de Ticio es doble, porque beneficia a Ticio y porque beneficia a Mevio, en virtud de que el esclavo en favor de quien se estipuló la prestación está en copropiedad. Un texto de Juliano aclara que la primera estipulación en favor de Ticio sería válida y la segunda hecha en favor de Mevio no, por lo que no constituye un antecedente de doble representación.

2) El *sibi solvere* del representante.

El derecho romano admitía expresamente y de un modo general que una misma persona representara a dos partes. Figura en primer lugar la ejecución de la obligación de pago. Lo mismo se admite que el administrador de un patrimonio ajeno se pague a sí propio como representante, las deudas que tenga pendientes con el dueño del patrimonio o el caso inverso de que el representante, en concepto de acreedor, haga efectivo del patrimonio del representado un crédito que tenga contra este último.

García-Revilla a este respecto argumenta que no se puede hablar de autocontrato pues la *soloutio* no puede equipararse a un contrato ya que es la forma de cumplir con una obligación, razón por la cual desecha esta tesis¹⁷.

3) El préstamo que el representante se hace a sí mismo.

El derecho romano permitió también a los tutores la constitución a su favor, por acto unilateral de un préstamo con dinero tomado del patrimonio del pupilo. Hupka admite este caso como un ejemplo de autocontratación en Roma, pues considera que en él existe un caso excepcional de representación.

4) Ventas que el representante se hace a si mismo.

Este tipo de compra por el peligro que suponía para los intereses del representado estaba por regla general prohibida, y se ha afirmado con base en ello que los romanos conocían la figura de la autocontratación y por ello la prohibieron. Hupka al estudiar esta cuestión¹⁸ precisa que la prohibición va más allá de la posible autocontratación.

Para García-Revilla¹⁹ el derecho romano ignoró la cuestión del autocontrato “ En realidad de verdad, no encontramos en las fuentes una expresión que haga referencia al autocontrato, o para admitir su existencia o para negársela”. Römer²⁰ afirma que los romanos no admitían el autocontrato, porque desconocían la representación directa.

Nosotros consideramos que al igual que la figura de la representación directa, la del autocontrato no fue conocida por los romanos como hoy en día la entendemos, sin embargo, al sucederse ésta en la vida jurídica, los juristas romanos tuvieron que darle solución a las consecuencias que de ella se derivan. De lo anterior no podemos afirmar que hayan conocido el concepto de autocontrato o de doble representación; ni siquiera el concepto de representación directa al que aludimos hoy.

¹⁷ García-Revilla *Op. cit.* pág. 4.

¹⁸ Hupka. *Op. cit.* pág. 274.

¹⁹ García-Revilla. *Op. cit.* pág. 4.

²⁰ *cit. pos* García-Revilla *Op. cit.* 7.

II La representación en el derecho canónico.

Señala Pacheco que es en el derecho canónico donde parte la verdadera historia de la institución de la representación. En especial con la figura del Nuncio (el enviado del Romano Pontífice a las provincias cristianas para que haga lo que él no puede hacer personalmente)²¹ prueba de ello es el canon 1089 que en realidad procede de los primeros siglos de la edad media y que establece que es válido el matrimonio contraído por procurador, con poder especial.

Castan Tobeñas al respecto afirma “El Derecho común y el Derecho canónico acogieron el principio de la representación, estableciendo el segundo de ellos la máxima general *potest quis per alium quod potest facere per se ipsum*. No obstante, no se formuló una teoría general de la representación...”²²

III La representación en el derecho mercantil.

Durante la Edad Media conforme fueron haciéndose más imperiosas las necesidades del comercio, principalmente en las ciudades estado italianas, y con ello la simplificación propia de los mercaderes al verse en la necesidad de atender negocios en una diversidad de lugares, fueron los propios comerciantes quienes establecieron las premisas básicas de la institución de la representación al admitir de manera general la realización de los efectos jurídicos en el patrimonio del representado y no en el del representante. Dichas circunstancias si bien es cierto propiciaron la figura de la representación, también dieron lugar a la figura de la

²¹Pacheco *Op. cit.* pág. 15, citando a Juan Morales y Alonso.

²²Castan Tobeñas. *Op. cit.* pág. 193.

comisión, distinta a la ya conocida figura del mandato civil, pues el comisionista tenía facultades más amplias que un mandatario ya que incluso contaban con la facultad para actuar en propio nombre o en nombre de su representado según convinieran las circunstancias para la mejor consecución del negocio.

Federico de Castro menciona que la figura del autocontrato tiene su origen a la práctica del los mercaderes. En las antiguas ciudades italianas y alemanas de más activo tránsito mercantil, fue uso de los banqueros y comisionistas considerarse autorizados por sus clientes para contratar (comprar y vender, cambiar) a nombre de los clientes, o en el de uno de ellos y consigo mismo; cuando se trataba de mercancías con precio fijado en mercado o en bolsa.²³

García-Revilla²⁴ refiere a finales del siglo XVI y principios del XVII, una costumbre comercial por virtud de la cual el comisionista, encargado por el comitente de adquirir mercancías, se las podía suministrar el propio comitente de las de su propiedad, siendo así parte contratante en las relaciones con el comitente. Así mismo nos refiere que Antonio de Lucca, Cardenal de Lucca y Cassaregis, fue quien primero uso la expresión *contractum cum se ipso*.

IV La Codificación.

La época de la codificación ya reguló la institución de la representación, sin embargo también ignoró el problema de la autocontratación y fue, como indica Stolfi,²⁵

²³De Castro y Bravo, Federico Tratado práctico y crítico de derecho civil. Tomo X El negocio jurídico. Madrid, Edit Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. 1971 pag 114.

²⁴García-Revilla *Op. cit.* pag 3

²⁵*Cit. pos* Castán Tobeñas *Op. cit.*

preciso llegar a la mitad del siglo pasado para que los juristas alemanes elaborasen la construcción dogmática de esta institución.

Por lo anterior consideramos que en el derecho romano la institución de la representación directa no fue conceptualizada y, por lo mismo, tampoco lo fue la del autocontrato. Fue hasta la Edad Media con el derecho canónico y con el derecho mercantil donde se desarrolla la noción de la representación directa y como una consecuencia lógica de la misma, la noción del autocontrato.

Las diversas concepciones que de la institución en estudio se han dado, las desarrollaremos y analizaremos a lo largo del presente trabajo.

F) Justificación social y práctica del tema.

La institución que estudiamos, aún cuando es prácticamente desconocida en la literatura jurídica mexicana, tiene aplicación forense.

Su utilidad práctica es indudable; sin embargo, al no existir en el Código Civil vigente una regulación clara del mismo, los notarios públicos, corredores, jueces, registradores, etc., que son a quienes corresponde autenticar los actos celebrados bajo esta modalidad, se ven obligados a formarse en lo personal una opinión respecto de la institución que estudiamos, lo que deriva en una multitud de opiniones contrarias entre sí en cuanto a su validez, produciéndose con ello la proscripción práctica de la figura por la incertidumbre que implica dejar la aceptación de la misma al arbitrio de cada autorizante o juez.

Por las razones arriba expresadas consideramos que es necesario estudiar el autocontrato y su problemática, y así obtener los elementos necesarios para regularlo en el Código Civil vigente en el Distrito Federal para con ello terminar con la referida multitud de opiniones contrarias, brindando un criterio objetivo en cuanto a su validez. Esto se traduce en seguridad jurídica, que no es otra cosa que bienestar social.

Capítulo Primero.

El Autocontrato en la Doctrina

I. Concepto de autocontrato.

Generalmente con los nombres de autocontrato o contrato consigo mismo, se conoce a la figura jurídica objeto de nuestro estudio.¹

Si atendemos al significado literal de las palabras nos encontramos inmediatamente con una imposibilidad jurídica, pues de ellas se interpreta que una persona está creando obligaciones contractuales para con ella misma, esto es, que una persona por medio de su declaración de voluntad está creando derechos reales o personales en contra de ella misma y a su vez a favor de ella, reuniendo al mismo tiempo y por la misma obligación el carácter de deudor y acreedor, lo cual es a simple vista ilógico, pues va precisamente en contra del axioma del derecho que nadie puede crear derechos y obligaciones para consigo mismo, pues un elemento esencial del derecho es la alteridad.

Las palabras contrato consigo mismo o autocontrato no debemos de entenderlas en su significado literal, sino que debemos hacerlo a la luz de la figura de

¹ Sánchez Urte, Ernesto. Mandato y Representación. Buenos Aires. Edit. Abeledo-Perrot, 1969, pág. 68, citando a Masnatta Héctor en su trabajo La Autocontratación. Refiere: " Se habla de autocontrato, contrato consigo mismo, autoacto. En el derecho francés se emplea la expresión *contrat avec soi meme* que se sigue en el derecho italiano (*contratto con se medesimo*). La doctrina alemana habla de *Selbstkontrat* o *Selbskontrahieren*. La denominación es cómoda pero sin duda es viciosa. Tomada a la letra sería un absurdo. Pero en el fondo, no está realizando un contrato consigo mismo sino con la persona con quien representa, titular de otro interés..."

la representación, pues ésta es un supuesto esencial para poder hablar de la institución jurídica que nos ocupa ya que sin ella nos encontramos ante un imposible jurídico por las razones expresadas en el párrafo anterior.

Es cierto que las palabras autocontrato o contrato consigo mismo inducen al error y aunque se han sugerido otros nombres para esta figura jurídica, como lo es el de contrato de uno por sí y por otros o contrato de uno por otros² o el de autoentrada, que son más claros y que no son en sí mismos un contrasentido y también sirven para denominar otros actos jurídicos diversos al contrato en los que se dan los elementos que estudiamos sin constituir contratos, es con los nombres de contrato consigo mismo y autocontrato con los que generalmente se les conoce en la doctrina, por ello aunque conscientes de que no son los más adecuados nos seguiremos refiriendo a ellos indistintamente hecha ya la aclaración pertinente.

De autocontrato, contrato consigo mismo o autoentrada en la doctrina extranjera como en la nacional, se han dado diversas definiciones atendiendo a los conceptos que de él han adoptado los diversos autores. A continuación exponemos algunas de ellas con el fin de encontrar los elementos que nos proporcionen un concepto completo de la institución en estudio.

1. Autores Extranjeros.

Para Castan Tobeñas "Tiene lugar la llamada autocontratación o contratación consigo mismo cuando una sola persona, que concentra la representación o poder de

²García-Revilla *Op. cit.* pág. 30

disposición de dos patrimonios, pone a éstos, en virtud de su sola declaración de voluntad, en una relación de obligación.”³

En otra parte de su obra al referirse al contrato consigo mismo menciona: “...o lo que es igual, si el representante de una persona física o jurídica, puede cerrar consigo mismo, en nombre propio o en representación también de otras personas, físicas o jurídicas un convenio que tenga por objeto obligar a uno o a varios respecto de otro u otros.”⁴

De los anteriores textos debemos destacar que para Castan Tobeñas la figura del autocontrato supone necesariamente la figura de la representación, y en virtud de ella es que el representante puede vincular en una relación de obligación a dos patrimonios ya sean éstos de dos personas a las que el autocontratante representa (representación doble), o representa a una persona y él otorga el acto también por su propio derecho. Siendo estos dos los casos típicos de la autocontratación, algunos autores señalan un tercer caso el cual trataremos más adelante en este trabajo.

Nos parece adecuado el concepto que nos da este autor, excepto cuando dice: “...poner a éstos (los patrimonios)...en una relación de obligación.” pues es claro que no se ponen en relación a los patrimonios sino a las personas, a los sujetos titulares de dichos patrimonios. Así mismo Castan Tobeñas no menciona cuál es la naturaleza del fenómeno de la autocontratación (contrato, declaración unilateral de voluntad, modalidad del consentimiento etc.).

³Castan Tobeñas. *Op. cit.* T. II Derecho de las obligaciones. pág. 595

⁴*Ibidem.* T. I Parte general. pág. 201.

Diez Picazo define al autocontrato de la siguiente manera: "El Autocontrato o contrato consigo mismo es la figura jurídica que surge cuando una persona, que puede afectar con su actuación a más de un patrimonio, crea por su sola voluntad relaciones jurídicas entre ellos obrando dentro del círculo de facultades que tiene".⁵

A esta definición podemos hacer la misma observación que hicimos a Castan Tobeñas; la relación no se da entre patrimonios, sino entre personas ya sean físicas o jurídicas. Es de destacar la última parte de la definición al mencionar que debe ser "...obrando dentro del círculo de facultades que tiene" pues ello supone que previamente ya ha sido facultado, pues si no de qué otra manera puede obrar dentro de ellas, ésto trae como consecuencia el plantearse si es posible la figura de la autocontratación cuando el representante no ha sido facultado (como lo es en la mayoría de los casos en nuestro derecho) o si el hecho de haber sido facultado constituye una oferta por parte del representado para con el representante y éste al aceptar no autocontrata, sino que sólo acepta dicha oferta.

Dichos planteamientos los trataremos más adelante al estudiar las diversas soluciones que la doctrina ha dado para resolver los problemas que supone la autocontratación.

Sraffa citado por Minervini respecto de la autoentrada del comisionista señala: "la autoentrada del comisionista es una modalidad, permitida por la ley, de cumplimiento, por él mismo, del encargo recibido"⁶

⁵Diez Picazo, Luis Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Madrid, Edit. Tecnos, 1980, pág. 41

De la anterior definición se destaca primeramente, la autoentrada como una modalidad de la contratación lo cual reviste un especial interés, pues con ello nos indica cual es la naturaleza de la institución que estudiamos. Más adelante analizaremos con detalle si en verdad constituye una modalidad del consentimiento. En segundo lugar es de destacar que el autor se refiere a que la modalidad de la autocontratación debe de ser permitida por la ley, esto es, que el legislador mediante un acto positivo le dé validez, reconoce que la autoentrada encuentra su validez por un efecto *ex lege* lo cual resulta de especial interés al estudiar la autocontratación como una declaración unilateral de voluntad.

García-Revilla en su tesis doctoral sobre el autocontrato establece al igual que Sraffa, que el autocontrato es una modalidad contractual.

Messineo en su obra señala: "...del llamado autocontrato...en que la actividad y la declaración de una sola parte, en dos distintas calidades...basta -en los casos en que está admitido para realizar el contrato."⁷

Para este autor al igual que para Sraffa el contrato consigo mismo sólo es posible en los casos en que lo admita la ley constituyendo una excepción y, por lo tanto, sólo si está expresamente admitido es válido.

Bonaccase por su parte señala que: "...el acto jurídico consigo mismo y en particular el contrato consigo mismo se refiere principalmente al caso en el que una

⁶Minervini, Gustavo El mandato, la comisión -el contrato de comisión de transporte, Barcelona, Edit. José Ma. Bosch, 1959, pág 283

⁷Messineo, Francesco Doctrina general del contrato, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, pág 273.

persona pretende contratar o celebrar un convenio por sí sola, por él en su propio nombre y en el de un tercero a quien representa o cuando representa a dos personas... o por que la persona que actúe tenga una parte de su patrimonio sometida a un régimen especial...".⁸

En la definición que nos da Bonnecase, podemos distinguir claramente los tres supuestos que en la doctrina se han planteado como casos de autocontratación. A los dos primeros se han referido la autores citados por eso aquí sólo destacamos el tercer caso, cuando una sola persona que tiene bienes afectados a una finalidad especial pone en relación contractual sus diversas masas de bienes.

Es claro que para las legislaciones que aceptan la existencia de patrimonios de afectación si es posible la realización del tercer supuesto, en cambio en las legislaciones como la nuestra -que sigue la teoría clásica del patrimonio y de la cual uno de sus postulados es que cada persona solamente tiene un patrimonio y no existen universalidades de bienes con personalidad jurídica- es imposible que se dé éste.⁹

2. Autores nacionales.

Rojina Villegas señala que existe autocontrato: "...cuando una persona representa a ambos contratantes, de tal manera que celebra el contrato haciendo la policitación en nombre de uno y la aceptación en nombre del otro. La segunda variante

⁸Bonnecase Elementos de Derecho Civil, T II. Puebla, Edit. Cajica, 1946

⁹Lo anterior lo afirmamos aún cuando por diversas instituciones existentes en nuestro derecho (como podrían ser la herencia yacente, la masa de la quiebra, etc.) algunos autores afirman que existen patrimonios de afectación, nada más alejado de la realidad pues en ningún caso la ley les ha otorgado personalidad jurídica.

se presenta cuando el representante contrata en nombre propio y en nombre del representado.”¹⁰

Para Jorge Barrera Graf¹¹ al igual que para otros autores, la institución de la autocontratación constituye una declaración unilateral de voluntad reconocida por el derecho.

Carlos de Pablo lo define de la siguiente manera: “Con los nombres de contrato consigo mismo y autocontrato se conoce a la afectación que realiza una sola voluntad en dos o más esferas jurídicas, por la posibilidad que tiene el titular de esa única voluntad, en virtud de la representación, de alterar, además de la suya, otras esferas jurídicas al crear, transmitir, modificar o extinguir entre ellas relaciones obligatorias.”¹²

Nosotros nos reservamos dar una definición de autocontrato hasta después de estudiar su naturaleza jurídica, elemento esencial que toda definición debe de comprender.

II Naturaleza jurídica del fenómeno de la autocontratación.

¹⁰Rojna Villegas, Rafael. Derecho civil mexicano, T. V, Vol. I. México. Edit. Porrúa, 5ª ed., 1985, pág. 400

¹¹Barrera Graf, Jorge. La representación voluntaria en el derecho privado, representación de sociedades. Revista del Instituto de derecho comparado, México. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1962, pág. 117.

¹²Carlos de Pablo. Actos y negocios consigo mismo, hacia una reelaboración. Conmemoración del cincuentenario del examen de oposición como único medio de acceso al notariado en el Distrito Federal. Colegio de Notarios del Distrito Federal. Mayo de 1996, México D.F., pág. 59.

En la doctrina podemos distinguir de manera general cuatro posturas para explicar la naturaleza jurídica de la autocontratación:

- A) Las que niegan la posibilidad de la figura.
- B) Las que la consideran como un verdadero contrato.
- C) Las que la consideran como un acto unilateral de voluntad.
- D) Las que la consideran como una modalidad de la formación del consentimiento en un contrato.

I. Doctrinas.

- A) Las que niegan la posibilidad de la figura.

Para los autores que han adoptado esta postura, la figura de la autocontratación es imposible por considerarla ilógica por no contener el acuerdo de voluntades necesario para la existencia del contrato, porque éste supone para ellos necesariamente la participación de dos o más personas que concurren a manifestar su voluntad dando con ello lugar a la formación del consentimiento. Estudiemos en lo particular estos razonamientos.

Para Leonhard¹³, la figura del autocontrato es imposible pues el consentimiento, elemento esencial del contrato, es un hecho exterior y por lo mismo no puede ser producido por una sola persona en su interior.

Así para este autor lo que impide la existencia de la autocontratación es la falta de consentimiento que haga nacer al contrato al no poder formarlo el autocontratante en su interior por ser éste un hecho necesariamente exterior; cabría preguntarnos si para este autor habría autocontrato en el caso de que el autocontratante exteriorizara su voluntad de una manera clara y terminante de forma tal que la misma conste fehacientemente. Nosotros pensamos que con ello el impedimento aludido quedaría refutado.

Bechmann al considerar la figura del autocontrato dice: "...Todo contrato es el acuerdo de dos voluntades, las cuales se avecinan la una a la otra desde dos puntos diversos y convergentes en el mismo punto. El acuerdo no se funda sobre una íntima transacción entre dos aspiraciones opuestas, como si alguno está de acuerdo consigo mismo, pues esto es puramente interno. A causa de esto, este proceso de unión no puede concluirse en el ánimo de uno solo ya que atendiendo a la situación del contrato se tendrá una decisión. También para el que contrae como representante la actividad psicológica no es diversa de aquélla de la parte misma; ninguno puede en negocio propio, ni en ajeno, dividir su alma en dos partes y hacer contratar la una con la otra; es inconcebible cómo el representante puede concluir esta obra de magia".¹⁴

A este respecto García-Revilla contesta: "No se divide el alma del autocontratante en dos partes, como dice Bechmann, para contratar la una con la otra, sino que en el tiempo se exteriorizan acuerdos de voluntad alternativamente, y en tal forma, que concluyen un contrato".¹⁵

¹³Cit. pos Hupka *Op. cit.* pág. 252

¹⁴Cit. pos García-Revilla. *Op. cit.* pág. 11. y por Hupka *Op. cit.* pág. 252.

Para Lepa,¹⁶ no se puede hablar de autocontrato pues éste supone la exteriorización de voluntades y si la del representado está siendo sustituida por la del representante solamente hay una sola voluntad la cual no puede crear consentimiento y añade que en todo contrato debe existir colisión de intereses, y es imposible que alguien pueda reunir en sí mismo el interés de dos contratantes.

Muskat¹⁷ se une a la opinión de Lepa teniendo por imposible conceptualmente el autocontrato del representante ya que el consentimiento contractual no sólo requiere de la existencia de dos voluntades, sino de la intervención de por lo menos dos personas que emitan dichas declaraciones de voluntad coincidentes.

Refuerza al anterior criterio de García-Revilla lo referido por Luis Díez Picazo: "...para que haya contrato no son necesarias dos voluntades, sino dos actos volitivos. Otros dirán no dos voluntades, sino dos declaraciones de voluntad. En el autocontrato, aunque es verdad que la voluntad que lo mueve es única, se pueden encontrar dos actos volitivos o dos actos de declaración. Buscando apoyo en la idea de la representación como ficción, algunos dirán que, aunque el representante no tiene dos voluntades, en la esfera del derecho su voluntad vale como voluntad del representado..."¹⁸ (Díez Picazo no acepta lo anterior sólo lo refiere).

Nosotros pensamos que en el acto de negociar cualquier contrato las partes pueden adoptar la postura de la parte contraria a fin de obtener una mejor visión de sus pretensiones en la negociación, lo cual es muy común. No vemos entonces porqué el

¹⁵*Ibidem* pág. 32.

¹⁶*Ibidem* pág. 10.

¹⁷Hupka. *Op cit* pág. 253.

¹⁸Díez Picazo, Luis La representación en el derecho privado. *Op cit*. pág. 204.

autocontratante no pueda hacer el mismo ejercicio mental y encontrar un punto de contacto entre los intereses que representa, logrando que éstos converjan sin perjuicio para ninguna de las partes, y en consecuencia formar el consentimiento necesario para la creación del contrato, el cual debe de ser exteriorizado para que pueda ser conocido por terceros y por el o los dueños del negocio sin que tenga que existir necesariamente lesión de intereses para alguna de las partes como más adelante lo desarrollamos.

B) Las que consideran al autocontrato como un verdadero contrato.

Los autores que adoptan esta posición encuentran en la figura del autocontrato un verdadero contrato por hallar en él todos los elementos necesarios para su existencia, en especial el consentimiento, el acuerdo de voluntades que hace nacer o transmitir derechos y obligaciones entre las partes. Estudiemos los diversos argumentos dados para sustentar esta teoría.

Para Römer: "...el único obstáculo que, en el terreno de los principios, se opone al negocio jurídico de una persona consigo mismo, (sic) es el axioma de que nadie puede crear derechos ni obligaciones para consigo mismo, pero precisamente este obstáculo -dice- no existe en el autocontrato del representante directo, puesto que afecta a dos esferas patrimoniales distintas, una de las cuales crece mientras la otra disminuye. Y la circunstancia de que sea una voluntad única, la del representante, la que tienda a lograr ese efecto, no constituye ningún obstáculo para su nacimiento, porque tal voluntad no pretende una cosa contradictoria en el fondo e imposible en cuanto al objeto, sino algo intrínsecamente explicable y objetivamente posible. Añádase a esto todavía que, con arreglo a la esencia de la representación directa, la

voluntad del representante se considera como voluntad del representado, de donde se sigue necesariamente de allí donde el representante como tal celebre consigo mismo como particular un negocio jurídico, cabe imaginar que son dos voluntades las que entran en acción y celebran el negocio jurídico. Por consiguiente, la posibilidad de la autocontratación llega hasta donde llega la admisibilidad de la representación directa".¹⁹

Nosotros consideramos que la afirmación de Römer es cierta, aún aceptando la teoría de la representación llamada de la sustitución real de voluntad, pensamos que el hecho de que el representante sustituya la voluntad del representado de ninguna manera implica que pierda la suya propia, lo cual es evidente.

Para Leone²⁰ la figura del contrato consigo mismo, es un contrato directo entre el representante y el representado y es en el mandato en el que se debe de buscar si es posible o no la facultad de autocontratar.

Nos parece de capital importancia la afirmación que realiza este autor en especial por lo que se refiere a que es en el mandato donde debemos de buscar la facultad de autocontratar, pues siendo la voluntad de las partes la suprema ley de los contratos, en el caso del mandato es el mandante quien legitima al mandatario para actuar únicamente dentro del cúmulo de facultades que le otorga y de conformidad con lo que le instruye.

¹⁹Cit. pos Hupka *Op. cit.* págs 247 y 248

²⁰Cit. pos. García-Revilla *Op. cit.* pág. 12

Para Giorgi el contrato consigo mismo: "...no choca con ninguna imposibilidad jurídica natural, por que el representante puede manifestar una voluntad suya o una voluntad del representado -por lo cual- concebir el acuerdo de estas dos voluntades, no es en manera alguna imposible".²¹

Aunque Hupka considera al autocontrato como un acto unilateral, en una parte de su obra argumenta en contrario al afirmar lo siguiente: "Mientras el ordenamiento jurídico acepte la representación directa será también posible la representación simultánea de las dos partes por la misma persona, posibilidad a la que tampoco se opone, por lo que se refiere especialmente a la autocontratación, el concepto de contrato".²²

Eneccerus, Kipp y Wolf al respecto dicen: "La esencia del negocio jurídico, del contrato y de la representación no se opone a la validez de semejantes negocios. No se advierte porqué el representante, que emite una declaración en nombre de otro, no ha de poder a la vez recibirla en nombre de otro representado o en nombre propio, o emitir dos declaraciones de voluntad recíprocas, si el acto no se ejecuta de un modo oculto en su persona, sino en forma que pueda ser conocido por terceros, por ejemplo, ante un juez o notario, ante testigos, mediante contabilización, colocación de dinero en una caja, en un sobre o envoltura especial, mediante comunicación a los representados, etc."²³

²¹Cit. por: Borja Soriano, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, México, Edit. Porrúa, 13ªed., 1994, pág. 254

²²Hupka. *Op cit.* pág. 273

²³Eneccerus, Kip y Wolf. Tratado de Derecho Civil, (traducción al español por Blas Pérez, Gonzalez y Jose Alguer) tomo II, págs. 474 y 475.

Pérez González y Alguer en su nota a la obra de Eneccerus, por ellos traducida comentan lo siguiente: "Entendemos, como dice el texto, que la esencia del negocio jurídico, del contrato y de la representación no se opone a la validez del auto-contrato. Es más, a nuestro entender, la posibilidad de esa figura fluye espontáneamente de la combinación de los principios que rigen el contrato con los que preside la institución de la representación. En efecto, si la voluntad del representante vale como voluntad del representado y a la vez aquél conserva la propia personalidad y la disposición de su propio patrimonio puede muy bien simultanear la actuación en nombre propio con la que despliega en nombre ajeno. Frente a esto no cabe decir que el contrato sea el concurso de dos voluntades, porque lo exacto es decir que el negocio bilateral se caracteriza, más que por el número de personas que intervienen, por el número de partes y más que por el número de voluntades individuales, por el número de declaraciones de voluntad o mejor, por el número de direcciones de voluntades.

Como ya vimos al examinar el concepto de contrato ...ni las personas coinciden con las partes, ni las voluntades individuales con las direcciones de voluntad. No se trata, pues, para que haya contrato de que concurran dos personas sino dos partes, ni de que haya dos voluntades, sino de que la voluntad expresada valga como voluntad del representado, en una dirección, y como voluntad del representante o del otro representado, en dirección distinta. Con estas razones queda confirmada, a nuestro parecer, la tesis antes sustentada: que la eficacia del auto-contrato no es más que el resultado normal del concepto del contrato combinado con el de representación".²⁴

Planiol, Ripert y Esmein nos dicen lo siguiente "En cuanto a la explicación doctrinal de esta institución no ha de hacerse, en nuestra opinión, en la teoría que

estima la obligación como una simple relación entre dos patrimonios, ni en la del acto unilateral con efectos contractuales. La idea del contrato consigo mismo es una prolongación, extremada es cierto, pero lógica de la noción de representación, implica ésta una derogación al principio de la personalidad de las obligaciones contractuales, substituyendo, en cuanto a su formación, la voluntad del representante a la del representado. En el contrato consigo mismo es fácil hallar, jurídicamente separados, no obstante su entrelazamiento, los dos elementos simples, oferta y aceptación, cuya reunión constituye el acto bilateral.”²⁵

Castan Tobeñas apunta: “Dentro de la esfera contractual en que es necesario el consentimiento del representado, el acto del representante puede tener eficacia, cuando pueda ser considerado como acto de adhesión a la voluntad del representado, en cuyo caso no habrá de verse en él un contrato consigo mismo, sino un verdadero contrato entre representante y representado. Si en el mandato manifiesta el mandante su intención, que puede ser revelada tácitamente, de concluir un contrato con tercera persona o con el mismo representante, y éste en efecto entra en la relación contractual como contratante, no se podrá decir que contrata consigo mismo, sino que acepta la oferta contractual que hizo el mandante”.²⁶

Resulta de especial interés la última parte del comentario de Castan ya que se nos presenta a la aceptación del mandatario, no como un caso de autocontratación, sino como la aceptación de una oferta realizada en el otorgamiento del poder o del encargo por el mandante.

²⁵*Ibidem* págs. 482 y 483

²⁶Citados por Borja Soriano. *Op. cit.* pág. 255 y por Bonnescase *Op. cit.* págs 291 y 292

Por lo que se refiere a la opinión de autores nacionales Borja Soriano concluye: "...De acuerdo con las opiniones precedentes hay que concluir que en el contrato consigo mismo se encuentran los caracteres propios del contrato. Además esta conclusión es la que concuerda con el punto de vista que hemos adoptado sobre la naturaleza de la representación..."²⁷

Es de advertir que Borja después de estudiar las diferentes teorías de la representación concluye que nuestro código de 1928 se apega a la teoría de la ficción y que es conforme a la cual debemos interpretarlo.

Por su parte Rojina Villegas dice: " En el caso del contrato consigo mismo, cuando una persona representa a las dos partes contratantes, se discute si hay contrato o acto jurídico unilateral. La tesis que sostiene que hay un acto jurídico unilateral se funda en que sólo hay una voluntad: la del representante, que desde el punto de vista psicológico es una sola voluntad. Esta tesis está definitivamente rechazada, porque no se trata de analizar la voluntad psicológica del representante, sino su voluntad jurídica. Por esto se ha considerado que en este contrato, que se ha denominado consigo mismo, hay dos voluntades desde el punto de vista jurídico: el representante formula la oferta en nombre de una de las partes y la acepta en nombre de la otra".²⁸

Para nosotros la figura de la autocontratación no cambia la naturaleza del acto en el que se da, por lo tanto el producto de ella es un verdadero contrato, pues en él encontramos todos los elementos de validez y existencia que requiere. Nos parecen claros y terminantes los argumentos arriba vertidos en los que se encuentra la

²⁶Cit. por García-Revilla *Op. cit.* pág. 13

²⁷Borja Soriano. *Op. cit.* pág. 255

existencia del consentimiento en virtud de la institución de la representación, pues con base en ella hay un acuerdo de voluntades entre los representados o el representado y el representante por su propio derecho (con independencia de la doctrina que se acepte para explicar a la representación).

Consideramos que existe un real y verdadero contrato, con la salvaguarda de que el consentimiento formado por el autocontratante sea serio, conste de manera fehaciente para que pueda ser conocido por las partes y por los terceros que pudieran llegar a estar interesados, con lo que se evita la posibilidad de una revocación oculta por parte del autocontratante.

Lo anterior sin perjuicio de las limitantes que el derecho positivo imponga a esta figura, en atención a la tutela que quiera dar, principalmente a la posible, pero no necesaria, lesión de intereses. Por lo que a nuestro derecho positivo respecta, lo analizaremos en un capítulo por separado.

C) Las que lo consideran como un acto unilateral de voluntad.

Para estos autores en el autocontrato no existe acuerdo de voluntades porque éste no puede ser emitido por una sola persona, en virtud de lo cual lo consideran como un acto unilateral de voluntad; al respecto señalan:

²⁸Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano, Tomo V, vol. I Op. cit. pag. 401

Rümelin²⁹ encuentra en el contrato consigo mismo un acto unilateral con efectos contractuales, requiere para la existencia de esta figura un consentimiento por parte del representado expresa, tácita o presuntivamente manifestado, admitiéndolo cuando éste es comprobable o cuando responde al interés del representado.

Hupka afirma: "No se debe intentar -con Römer- encerrar a la autocontratación, por medio de ficciones, en el concepto del contrato, ni tampoco destruir -con Meissels- el concepto jurídico-formal de la contratación, perfectamente fijado desde antiguo. Por el contrario, tenemos que reconocer, con Rümelin, la pura verdad de que el autocontrato, por actuar en el una sola voluntad, es un acto jurídico unilateral."³⁰ Continúa diciendo que no es necesario que el derecho positivo sancione ese acto de un modo especial, porque su validez se deduce de que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de la representación de una o más personas por el mismo sujeto.

Tartufari³¹ sigue a Rümelin al entender al autocontrato como acto unilateral, con la diferencia de que para este autor el autocontrato es ilimitadamente válido excepto cuando el mandante haya declarado su voluntad en contrario, que se trate de representación legal, que se realice en fraude o con dolo.

Para Salman y Eck³² el autocontrato no es un contrato en virtud de que en él no existe un acuerdo de voluntades y señalan que solamente una disposición legislativa

²⁹Cit pos Hupka. *Op cit* pág 254

³⁰*Ibidem* págs 262 y 263

³¹Cit pos Garcia-Revilla pág 10

³²*Ibidem* pág 11

puede atribuir efectos contractuales a un acto unilateral y esa disposición legislativa no existe.

Es de advertir que para estos autores la declaración unilateral de voluntad no es una fuente genérica de obligaciones, sino sólo una fuente específica, razón por la cual, al no existir un fundamento legal en el código alemán que considere al autocontrato como una declaración unilateral de voluntad que sea fuente de obligaciones, éste no lo es, lo anterior se refuerza al señalar el propio código alemán donde únicamente los casos de declaración unilateral que se regulan en él son fuente de obligaciones.

Para Federico de Castro ³³ la figura del autocontrato es un acto unilateral que pone en contacto o en relación dos patrimonios, en virtud del poder que el autocontrayente tiene sobre los dos patrimonios.

Demogue ³⁴ encuentra en el autocontrato, un acto unilateral con efectos contractuales; en el mismo sentido Popesco-Ramniciano.

Diez Picazo³⁵ califica al autocontrato como un negocio jurídico de carácter unilateral, diciendo que esta calificación es la más exacta desde el punto de vista de un análisis, tanto estructural como funcional del fenómeno, dada la forma en el que éste se produce y se manifiesta hacia el exterior. Sin embargo no deja de reconocer que esta concepción tropieza, como ya lo hemos señalado, con las dificultades normativas en

³³*Ibidem* pág. 13

³⁴Citados por Borja Soriano *Op. cit.* pág. 253 y por Bonnescase *Op. cit.* págs 289 y 290

³⁵Diez picazo. La Representación en el Derecho Privado. *Op. cit.* pág 204.

aquellos derechos positivos como el nuestro, en el que existe la dificultad de aceptar la declaración unilateral de voluntad como fuente general de obligaciones.

Barrera-Graf en su obra nos dice: " Contrato consigo mismo... El primer problema que este "contrato" nos plantea, es saber si efectivamente lo es. La conclusión negativa parece obvia. Si contrato es el acuerdo de dos o más personas para producir o transferir obligaciones (artículo 1793 del Código Civil), mal puede llamarse contrato aquella figura en la que sólo una persona interviene, representando a otras dos, o sólo a una. En ambos casos, ni intervienen dos personas ni menos hay acuerdo de voluntades.

Pese, pues, al término consagrado no se trata de un contrato, sino de una declaración unilateral de voluntad reconocida por el derecho; la cual, además, normalmente se aplica o surte efectos en negocios tan típicamente contractuales como lo son la compraventa, el arrendamiento, el mutuo, etcétera".³⁶

Nosotros no estamos de acuerdo con la opinión de Barrera Graf pues, como más adelante demostramos, nuestro derecho positivo nunca ha reconocido la figura del autocontrato y mucho menos la ha reconocido como declaración unilateral de voluntad productora de obligaciones.

Carlos de Pablo también conceptúa al autocontrato como un acto unilateral de voluntad y al respecto dice: "La naturaleza jurídica de la autocontratación, no es la de un contrato, tanto porque abarca un campo más extenso que el del solo contrato,

³⁶Barrera Graf La representación voluntaria en el derecho privado, *Op cit.* pág. 117.

como es cualquier acto o negocio de estructura bilateral, cuanto porque el contrato requiere del acuerdo de dos voluntades que la autoentrada excluye.

La autocontratación tiene la naturaleza jurídica de una declaración única de voluntad, de un negocio unilateral, necesariamente de estructura bilateral, que puede producir y produce también los efectos de un contrato. La anterior interpretación resulta fácilmente comprensible y correcta a la luz de lo dispuesto por el Código Civil para el Distrito Federal en cuanto a que las disposiciones sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos (Art. 1859).”³⁷

Al respecto opinamos lo mismo que dijimos de la opinión de Barrera Graf.

D) La que considera al Autocontrato como una modalidad de la formación del consentimiento en un contrato.

García-Revilla³⁸ en su multitudada obra señala al criticar el nombre de autocontrato o contrato consigo mismo o contrato del representante, que los contratos reciben su denominación dependiendo del objeto de ellos, por ejemplo compraventa, arrendamiento, etc... pero en el caso del autocontrato, éste no tiene un objeto determinado, un objeto específico, sino que su naturaleza es una modalidad jurídica a la altura del albaceazgo.

³⁷ Carlos de Pablo, Actos y Negocios consigo mismo, hacia una reglamentación. *Op. cit.* pág. 69.

³⁸ García-Revilla *Op. cit.* pág. 20.

García-Revilla no explica mayormente porqué señala que es una modalidad jurídica. Esta postura constituye otra explicación a la naturaleza jurídica del fenómeno de la autocontratación, como lo son la del contrato o la de la declaración unilateral de voluntad.

En nuestra opinión ésta es la naturaleza jurídica de la institución que estudiamos. Como lo indica García-Revilla los contratos (o actos de naturaleza bilateral), celebrados bajo esta modalidad, no cambian su naturaleza, pues reúnen todos sus elementos, son verdaderos contratos.

Pensamos que este autor se refiere con “modalidad jurídica” a que, dentro del concepto de contrato, el consentimiento ordinariamente se integra por dos o más declaraciones de voluntad emitidas por el número de personas que constituyen las partes del contrato, sin embargo el propio concepto de consentimiento admite otra forma de integrarse, otra forma de ser, otra modalidad, que es la figura jurídica que nos ocupa o sea cuando se integra por dos declaraciones de voluntad claramente expresadas provenientes de cada una de las partes que integran el contrato producidas por una sola persona, la que ostenta el carácter de ambas partes.

Así pues, podemos concluir respecto a esta postura que la figura jurídica del autocontrato es una modalidad del consentimiento de cualquier contrato que por su naturaleza lo admita.

2. Importancia de la naturaleza jurídica del fenómeno de la autocontratación.

El objeto de saber cuál es la naturaleza jurídica del autocontrato radica en el ámbito de su aplicación práctica, pues si se aceptan como válidas las objeciones hechas por los autores que niegan su existencia, esta aplicación por lo mismo sería imposible, en cambio si se aceptan como válidos los argumentos vertidos por los autores que establecen al resultado del autocontrato como un verdadero contrato habrá que estudiar la problemática que esta modalidad presenta en su aplicación práctica y en virtud de ella regularla de forma tal que se le admita de manera ilimitada, o condicionada o que se prohíba totalmente.

Si admitimos como válida la postura que establece al fenómeno de la autocontratación como un acto unilateral de voluntad nos encontramos con el ya mencionado problema de admitir a ésta, a la declaración unilateral de voluntad, como fuente de obligaciones, ya que no es absolutamente aceptado que lo sea, o en su caso solamente se acepta por excepción en aquellos supuestos que la potestad de la ley la constituye como tal (como es el caso del BGB Alemán) o pudiera ser que para algún sistema de derecho ésta sea fuente general de obligaciones; y en razón de las posturas anteriores el autocontrato tendrá la posibilidad de existir para el derecho positivo y también en virtud de ello encontrará su ámbito de validez. Por lo que a nuestro derecho positivo se refiere lo estudiaremos más adelante.

Podemos concluir que cuando se produce la llamada figura del Autocontrato existe un verdadero contrato; que la autocontratación es en sí una modalidad del consentimiento en la formación del contrato y que ésta es su verdadera naturaleza jurídica.

Así para nosotros el autocontrato es la modalidad jurídica del consentimiento por la cual un representante (generalmente) crea, modifica, transmite o extingue derechos y obligaciones entre dos o más de sus representados o entre éstos y él actuando por su propio derecho.

III. Validez del Autocontrato.

Una vez expuestas las teorías establecidas por la doctrina para explicar la naturaleza jurídica del autocontrato, estudiaremos las teorías que se han elaborado para determinar y regular su admisibilidad, las principales objeciones que se plantean para ello, así como las sanciones que se les han dado a los actos realizados en contra o más allá de los límites establecidos por estas doctrinas.

Podemos clasificar las diversas posturas adoptadas por los autores de la siguiente manera:

- A) Las que niegan totalmente su validez.
- B) Las que lo aceptan limitada o condicionadamente.
- C) Las que lo aceptan ampliamente.

Antes de estudiar a cada una en lo particular, señalaremos las principales objeciones que las doctrinas antes referidas han dado para negar o condicionar la admisibilidad del autocontrato:

- A) La imposibilidad jurídica de la figura.

- a) como contrato
- b) como acto unilateral.

B) La posibilidad de la existencia de conflicto de intereses y la lesión de los mismos por parte del autocontratante.

1. Principales Objeciones.

A) La imposibilidad jurídica de la figura.

La objeción consiste en negar que el autocontrato puede existir porque:

a) Si se le considera un contrato no se encuentra en éste el elemento de existencia que es el consentimiento. Como se puede observar estas teorías no se refieren a la validez del autocontrato, sino a su existencia. Al respecto nos limitamos a decir lo antes expuesto.³⁹

b) Si se le considera como un acto unilateral de voluntad, las objeciones que se plantean consisten: la primera, en pensar que la declaración unilateral de voluntad no es una fuente general de obligaciones, que solamente es fuente especial, lo que implica que únicamente en aquellos casos en que la ley lo señala, constituye fuente de obligaciones y que en el caso de la llamada autocontratación ésta no ha sido establecida como tal. La segunda objeción consiste en que ni siquiera se le considera como fuente de obligaciones y por lo mismo la figura de la autocontratación es imposible.

En cambio, si se acepta a la declaración unilateral de voluntad como fuente general de obligaciones, esta objeción no existe y por lo tanto es posible y aceptada.

Las referencias que tenemos de esta aceptación⁴⁰ señalan en todos los casos a la declaración unilateral de voluntad como fuente especial de la misma, el caso más patente es el del código alemán que en su artículo 305 señala que solamente aquellas declaraciones unilaterales de voluntad reguladas por él constituyen fuente de obligaciones, de suerte tal que excluye a cualquier otra forma de declaración unilateral de voluntad de producir las mismas; razón por la cual si se considera al autocontrato como acto unilateral y éste no está regulado como una fuente especial de obligaciones, como es el caso en el derecho alemán, la figura que nos ocupa es imposible y en ello encontramos la objeción planteada.

B) La posibilidad de la existencia del conflicto de intereses y la lesión de los mismos por parte del autocontratante.

Es sin lugar a dudas, el temor a la lesión de intereses, producida por la contraposición de los mismos -que ocurre principalmente en los contratos de cambio (bilaterales)- la principal y más seria objeción que se argumenta en la doctrina para desechar la modalidad de la autocontratación, tanto para aquellos autores que la consideran como contrato cuanto para quienes la consideran como declaración unilateral de voluntad.

³⁹Cfr. Capítulo Segundo. II. I. A)

⁴⁰Cfr. Borja Soriano. *Op cit* pags 298 y ss

Es difícil encontrar un concepto de conflicto de intereses que abarque lo que por él han entendido todos los autores, sin embargo algunos de ellos como Barrera Graf, Messineo y Carlos de Pablo lo definen.

Para Messineo "Hay conflicto de intereses entre representante y representado, cuando el representante, en lugar de perseguir los intereses del representado, persigue mediante la estipulación del contrato con el tercero, intereses suyos propios (conflicto inmediato o directo), o bien intereses de otra persona que no sea el representado (conflicto mediato): esto, es sin el consentimiento del representado."¹¹

Continúa señalando que el conflicto de intereses adquiere relevancia ante la ley por lo que se refiere a las relaciones entre representado y tercero contratante y señala que la ley protege al representado con ciertas limitaciones, pues éste puede pedir la anulación del contrato, las cuales se basan en la buena o mala fe del tercero contratante dependiendo si éste conocía o podía haber conocido o no el conflicto de intereses existente, de lo que se concluye que en el caso de que el conflicto de intereses fuera ignorado o no fuera cognoscible para el tercero, el contrato conserva toda su validez en obsequio a la buena fe (confianza) del tercero contratante.

Resulta de especial importancia lo que nos señala Messineo en la última parte de su definición, al indicarnos que habría conflicto de intereses cuando el contrato se celebrara en interés del representante o de otra persona sin el consentimiento del representado; ya que al ser posible otorgar poderes en interés exclusivo del poderdante, del apoderado, de un tercero, de un tercero y el apoderado, o

de un tercero y el poderdante, el poderdante conoce a favor o en interés de quien lo confiere. Al otorgarlo en interés del apoderado o de un tercero no habría lugar al conflicto de intereses pues él está consintiendo con el acto y excluyendo la posibilidad del conflicto de intereses entre él y el apoderado o el tercero, por lo que ésta objeción se desecha. Como ejemplo de lo anterior encontramos los poderes irrevocables otorgados en favor del apoderado o de un tercero, generalmente por ser un medio para cumplir con una obligación contraída con anterioridad por el poderdante o por ser una condición pactada en un contrato bilateral.

Barrera Graf al respecto se expresa de la siguiente manera: "Por lo que se refiere a la ausencia de un conflicto de intereses, debemos, en primer lugar, precisar lo que deba entenderse por tal situación.

La mera existencia de intereses o situaciones jurídicas opuestas en el negocio en que intervenga el representante, no es suficiente para que haya un conflicto, porque si tal fuere se impediría absolutamente la "autoentrada" del representante en cualquier contrato de cambio, ya que lo propio y característico de éstos es precisamente la oposición de intereses entre las partes. En esto consiste el carácter sinalagmático de los contratos de cambio.

Tampoco es suficiente para que exista un conflicto de intereses que el representante que actué para sí, busque ventajas para él; es decir, que salga beneficiado y se aproveche del contrato consigo mismo...

⁴Messineo *Op cit* pág 270

Lo determinante del conflicto de intereses estriba en que la actuación del representante sea o pueda ser perjudicial al representado, ya sea en beneficio del propio representante, ya del otro representado, según que se obre en representación de una sola persona o de dos o más.

...Por último, el interés protegido en este negocio no tiene que ser, ni directa ni necesariamente de carácter económico. Puede ser de carácter personal (verbigracia que la cosa no se adquiera por una persona determinada), sentimental o meramente subjetivo, o de naturaleza económica indirecta o eventual, como el caso de que no se vendan acciones a un competidor, o a un accionista que adquiriría derechos especiales (de minoría calificada, o de mayoría) en una sociedad, o el caso de que se realicen ciertos actos (cesión o concesión del uso de marcas y patentes; divulgación de datos confidenciales...) frente a un competidor o a la contraparte de un negocio o de un juicio.⁴²

Barrera-Graf menciona que la autorización tácita o expresa por parte del representado hace desaparecer cualquier conflicto de intereses. También menciona que el apoderado general necesita de cláusula especial para contratar con cualquier persona que el apoderado sepa o deba saber que existen intereses opuestos con su poderdante aún cuando en el poder se incluya la facultad de autocontratar. Por último señala que en el caso en que el contrato consigo mismo no ocasione daño alguno al poderdante, para celebrar éste, se requiere del consentimiento expreso o tácito del o de los representados.

⁴²Barrera Graf. *Op cit* págs. 119 y 120.

Llama la atención el condicionamiento que hace Barrera Graf para la admisión del autocontrato, haciéndolo depender de que pueda o sea perjudicial al representado. Nosotros consideramos que éste no es un criterio objetivo y sólido en el cual podamos basarnos para admitir o negar la validez de los actos celebrados bajo esta modalidad.

Carlos de Pablo al tratar este tema distingue entre conflicto de intereses y situación jurídica opuesta, al respecto dice: "En los contratos sinalagmáticos, especialmente en los de cambio, pareciera ser que no puede dejar de haber conflicto de intereses, pues la ganancia de una parte es correlativa a la pérdida de la otra; sin embargo, en estos casos es evidente que no estamos en presencia de un verdadero conflicto de intereses, sino sólo y simplemente de una intención en oposición o de una situación jurídica opuesta.

Las intenciones opuestas entre las partes o las situaciones jurídicas opuestas es frecuente que se presenten en los negocios bilaterales, en los negocios unilaterales de estructura bilateral o en los actos jurídicos de esta misma estructura en momentos previos a la celebración del negocio o acto cuando se realiza la negociación del mismo, pero quedan resueltas al otorgarse, pues el deseo de ambas o todas las partes es el de celebrar el contrato aún cuando para ello tengan que reducir alguna o algunas de sus pretensiones.

No sólo cuando el acto o negocio se celebra en ejercicio de la representación, sino cuando se celebra por las propias partes, la situación jurídica opuesta no necesariamente lleva a la no celebración del acto, pues las partes que coinciden en el interés de celebrarlo zanjarán las oposiciones que entre ellos haya.

Por contra, el conflicto de intereses, por su trascendencia, constituye una causa de la no celebración del negocio o acto en el caso de que el representado pueda conocer el conflicto oportunamente.

Hay conflicto de intereses cuando lo que realiza el representante produce un perjuicio al representado, cuando la actuación del representante es perjudicial al representado, no importa en beneficio de quien, ya sea en el del propio representante o de terceros.

El conflicto de intereses supone que los del representado queden subordinados a los del representante o los de terceros y por ello que el representante haya traicionado el interés del representado al supeditarlo o posponerlo en favor del interés propio o del de otros.

Desde luego el conflicto de intereses constituye una causa de inadmisibilidad o ineficacia del acto autocontratado y no así la situación de oposición entre las partes.⁴³

Por nuestra parte hacemos notar que el conflicto de intereses no es privativo del autocontrato, sino que todo representante se puede encontrar ante una situación jurídica opuesta y sacrificar los intereses de su representado, y no por ello se concluye que la representación debe de estar prohibida.

⁴³Carlos de Pablo. *Op. cit.* págs. 70 y 71.

De los criterios anteriores podemos afirmar que cuando no exista lesión de los intereses del principal, el autocontrato debe de ser admitido. En este sentido Hupka al hablar del conflicto de intereses señala, criticando a Lepa según el cual es inconcebible la figura del autocontrato sin que exista lesión de intereses de una de las partes, que existen casos en los que por la propia naturaleza del contrato no se da ninguna lesión de los mismos y al respecto dice:

“Así sucede, no sólo con relación a las liberalidades del representante para con el representado, sino también con respecto a los negocios en que la prestación y la contraprestación se hallan determinadas en todos sus aspectos, por el poder o por otras circunstancias, con tanta precisión que haya que descartar completamente toda libertad del doble representante al ponderar los intereses recíprocos. Pero es exacto ciertamente que en la inmensa mayoría de los casos existe colisión de intereses y, con ella, el peligro de que el representante dé preferencia a su propio interés, o al interés de la parte más de cerca ligada a él, a costa de la otra parte. Este peligro existe, naturalmente, en primer lugar cuando el contenido objetivo del negocio -prestación y contraprestación, o solamente los puntos accesorios de importancia material, como el tiempo, el lugar y las modalidades de las prestaciones- se hayan dejado a la decisión del representante. Y, en ciertas circunstancias, puede haber también peligro para el representado cuando el representante ha de resolver acerca de si el negocio ha de realizarse o no, o sobre el momento en que haya de celebrarse. Esto último sucede principalmente cuando se trata de ventas que hayan de hacerse a los precios del mercado o de la bolsa, o de pagos en moneda de curso variable, como son los que han de hacerse en moneda extranjera al curso del día.”⁴¹

Respecto de este tema nos parece de capital importancia lo que dice García-Revilla en su multitudado trabajo; este autor se separa totalmente de los criterios antes expresados y asume una postura de crítica a éstos desechando la posibilidad de la lesión de intereses como una objeción válida para no aceptar la figura del autocontrato. Refutando una sentencia del Tribunal Supremo señala:

“El temor de la lesión de intereses es muy humano, así se refleja también en la dirección de la jurisprudencia...Se trata el asunto como quien trata explosivos, y los explosivos, sabiendo manejarlos, no sólo no son peligrosos, sino que son utilísimos. En España los tratadistas siguen la corriente general, *-negar la autocontratación por la posibilidad de la lesión de intereses-* están asustados. Sienten algunos viva simpatía por la nueva modalidad, pero temen declararla. ...Se preocupan hondamente de que el mandatario pueda perjudicar los intereses del mandante y lucrarse él valiéndose de su ventajosa posición, y no se dan cuenta de que con esa preocupación, llevada a la práctica, traducida en preceptos prohibitivos se limita y merma el poder de disposición que tiene cada uno de su libertad. ¿No puedo yo donar (con los límites legales consiguientes) mis bienes a mi hermano?, pues mejor podré autorizarle para que divida y adjudique la herencia en que los dos estamos interesados. ¿No es el mandato un contrato de confianza? ¿Pues si confía el mandante, por qué desconfía la ley?...

...Si se quiere proteger al ciudadano contra si mismo, legislen de forma que él se dé cuenta del peligro que puede correr si realiza determinados actos, por ejemplo; otorgando un mandato sin limitaciones y exijase un mandato expreso para autocontratar, o lo que es lo mismo, considérese prohibido si en el poder no se hace constar explícitamente la facultad de realizarlo, pero no se le ponga el veto a un figura o

⁴⁴ Hupka. Op Cit.

modalidad jurídica de la contratación, que es aceptable, aunque en algún caso, manejada malévolamente, puede ser peligrosa, porque por esa razón, si se fuera a analizar escrupulosamente el fin que se persigue con los más usados contratos, habría que proscribirlos por infames. ...El que otorga un poder, tiene capacidad, ya sabe por qué, a quién y para qué lo da. Nada se opone a que se ordene al Notario que haga una advertencia legal en el instrumento, para que, si se estima preciso, se exceptúe del mandato, concebido en términos generales, la autocontratación. La prueba de que no necesita una gran intervención policiaca del Estado para evitar o reprimir estos actos, está que entre millones y millones de negocios jurídicos terminados por representación, la autocontratación dolosa se presenta rara vez.⁴⁵

Nos parece claro el razonamiento de García-Revilla, nosotros al igual que él consideramos que no basta la posible utilización dolosa de la representación en favor del propio representante para que se deseche la figura de la autocontratación.

Si lo que se busca al prohibir el autocontrato es que el representante o el otro representado, no se beneficie en perjuicio del representado, pensamos que tampoco nada obsta para que el representante beneficie a sus familiares, cónyuge, o incluso a sus amistades mediante el ejercicio doloso, culposo o negligente del encargo recibido y, sin embargo, ésto no se encuentra prohibido, pues ello implicaría prohibir casi de manera general a la representación por el temor al mal uso que de la misma se puede hacer.

No es con la prohibición del autocontrato con lo que se protege y deja a salvo al principal, es con la obligación del representante de obrar dentro de las

⁴⁵García-Revilla. *Op. cit.* págs. 36 y 37. (El subrayado es nuestro)

facultades conferidas, de conformidad con las instrucciones recibidas, con el deber de dar oportuna noticia al mandante, con la vigilancia que ejerza éste sobre sus negocios, con la obligación del representante de actuar como si el negocio fuera propio y con el derecho que tiene el representado de exigirle el pago de daños y perjuicios, inclusive por culpa leve por ser un contrato de fiducia.

2. Doctrinas respecto de la validez del autocontrato.

Una vez estudiadas las dos objeciones que generalmente se plantea la doctrina para fijar el ámbito de validez del autocontrato estudiaremos en lo particular a los principales autores de ellas.

A) Autores que niegan totalmente la validez del autocontrato:

Para Leonhard, Bachmann y Muskat,⁴⁶ como arriba ya lo hemos mencionado, la figura del autocontrato es imposible aludiendo a la primera objeción planteada en este capítulo, pues para estos autores la institución que nos ocupa es imposible por no existir en ella, el elemento exterior de existencia que es el consentimiento, al respecto estamos a lo antes dicho.

Para Lepa⁴⁷ también la figura del autocontrato es una imposibilidad lógica por no hallar en ella el encuentro de dos voluntades coincidentes. También considera inconcebible en absoluto que se pueda servir a las dos partes contratantes sin lesionar

⁴⁶Hupka. *Op. cit.* págs 252 y 253

⁴⁷*Idem*

los intereses de la una o de la otra; la colisión de intereses le parece, no una cosa meramente posible, sino algo absolutamente necesario. Y de todo ello se deduce, según él, la imposibilidad absoluta de la llamada autocontratación

Otros autores, dentro de los cuales se hallan principalmente Eck y Salman, señalan como principal objeción a la admisibilidad del autocontrato que es un acto unilateral al que se le dan los efectos de un contrato y que para ello se necesitan claras disposiciones legales que así lo establezcan, mismas que no existen; de ahí que con arreglo al derecho vigente, haya que negar en principio la licitud del autocontrato. Añaden además que esta institución va unida ordinariamente a la lesión de intereses de alguna de las partes, criticando la postura de Rümelin que hace depender la validez del autocontrato de la utilidad que éste le reporte al o a los representados por lo que señalan que en esta materia haya que partir más bien, en principio, de la exclusión del autocontrato.

De la lectura de las anteriores posturas podemos concluir que estos autores propiamente no se oponen a la validez del autocontrato, sino que simplemente para ellos es imposible éste ya por no existir consentimiento, ya por no haber un precepto positivo que le dé validez a la declaración unilateral de voluntad que lo constituye y, en un segundo plano, por la colisión de intereses que para ellos necesariamente se produce.

B) Autores que aceptan condicionadamente la figura del Autocontrato.

Autores como Dernburg, Mitteis y Behrend⁴⁸ admiten la posibilidad jurídica de la autocontratación, pero niegan su admisibilidad general por la colisión de intereses que ordinariamente se da en ella y el peligro que ello implica para el representado.

Rümelin hace depender la eficacia de la autocontratación en particular de su utilidad para el representado o para los dos representados.

Cogliolo,⁴⁹ al igual que Rümelin, admite el autocontrato sólo en cuanto responda a la regla de su gestión, es decir cuando sea concluido útilmente o ratificado por el representado.

Así, estos autores admiten de manera general la validez del autocontrato condicionándola a que sea útil al o a los representados. Hupka critica la postura de Rümelin señalando al igual que Eck, que no es posible hacer depender la validez del acto representativo en particular de su positiva utilidad para el representado, pues este criterio le resulta, al igual que a nosotros, demasiado inseguro para que pueda proporcionar una base práctica, útil y objetiva para el tratamiento jurídico de la institución que venimos estudiando.

Nosotros pensamos lo anterior porque evaluar la "positiva utilidad" del acto es un juicio subjetivo del principal, realizado generalmente después de ejecutado el acto, una vez que ha producido sus efectos para saber si éstos le fueron positivos o no. Lo anterior no resuelve el problema que se presenta al propio autocontratante o al

⁴⁸*Ibidem* pag 248

⁴⁹García-Revilla *Op cit* pag 8

fedatario o autoridad que autentica el acto, respecto de saber si el acto ha de celebrarse siendo plenamente válido.

El hacer depender la validez del autocontrato de la "positiva utilidad" que le reporte al principal es sujetar el acto a una condición potestativa del principal, lo que se traduce en inseguridad en el tráfico comercial y, por ello, en la proscripción práctica de la institución.

Hupka se pregunta qué medios jurídicos podrá haber para combatir el peligro de la lesión de intereses y para dar solución a dicha pregunta parte de la siguiente idea: "...la defensa cuidadosa de los intereses de las partes en el momento de concluir un negocio jurídico no constituye ni un requisito positivo para la validez del negocio jurídico como tal, ni tampoco un elemento esencial de la representación. El perjuicio de los intereses de una parte en beneficio de la otra sólo afecta a la validez del negocio en el sentido de que un contenido usurario lo hace nulo o un daño doloso de otra clase lo hace susceptible de rescisión. ...la cuidadosa defensa de los intereses particulares confiados al representante no forma parte de la naturaleza conceptual de la representación que no se constituye en interés del representado, sino exclusivamente en el propio interés del representante y aún en el de terceras personas. Por consiguiente, si nos atenemos a lo esencial en el asunto, solamente cabe preguntarse si el peligro de lesión de intereses, que en la mayoría de los casos de doble representación amenaza al principal o a los dos principales, no limitará o excluirá el poder del representante en relación a tales negocios".⁵⁰

⁵⁰Hupka *Op cit* pág 268

Continúa señalando Hupka que por lo que se refiere a los casos de representación legal, como es natural, la que decide únicamente es la ley y que, mientras los inconvenientes que se derivan de la colisión de intereses no determinen al legislador a establecer limitaciones positivas, debe afirmarse la validez de la doble representación a no ser que la lesión que se produzca sea usuraria o dolosa.

Podemos concluir, que para Hupka tratándose de representación legal no basta la sola lesión de intereses para negar la validez del autocontrato, sino que ésta debe reunir la característica de ser usuraria o causada de mala fe por parte del autocontratante.

Respecto de la representación voluntaria Hupka señala que es otro el tratamiento que debe darse al problema, pues en tratándose de éste tipo de representación lo primero que tenemos que valorar es la voluntad del representado para saber la validez del acto; pues si el poderdante facultó al apoderado para autocontratar el acto es válido, ya que el ordenamiento jurídico no puede tener por misión defender los intereses de las partes contra la propia voluntad de éstas y, por lo mismo, si el o los principales o alguno de ellos, prohibió la autocontratación, el negocio ejecutado en contra de dicha prohibición será inválido.

Para los casos en que el o los principales no señalaron nada respecto de la posible autoentrada del representado parte del principio de que todos los actos de representación deben ajustarse al poder y el tercero únicamente tiene que comprobar que el acto se halle dentro del contenido objetivo del apoderamiento para que el acto sea válido, lo anterior en aras de la seguridad en el tráfico comercial, pues resulta imposible exigirle al tercero que compruebe que el acto se ajuste a las instrucciones

recibidas por el apoderado del poderdante y que el negocio se realice en beneficio de éste último; pero en el caso que nos ocupa, señala Hupka, lo anterior no sucede y por ello concluye "...partiendo de este punto de vista y, a falta de una declaración pertinente del principal, hay que negar al representante voluntario poder para representar frente a sí mismo en todos aquellos casos en que exista para el principal riesgo de perjuicio".⁵¹

De la lectura de los argumentos vertidos por Hupka, primeramente para justificar la admisibilidad en principio general del autocontrato en los casos de representación legal o necesaria y, posteriormente, de los esgrimidos al tratar el mismo tema en el caso de la representación voluntaria cuando no ha habido instrucción alguna del poderdante al apoderado respecto de la posibilidad de que autocontrate, nos parece que existe una contradicción en ellos, pues lo mismo que dice Hupka de los representantes legales lo podemos decir de los representantes voluntarios, ¿por qué tenemos que concluir de manera distinta en uno y otro caso? Al igual que en la representación legal, en la voluntaria la defensa cuidadosa de los intereses de las partes no constituye necesariamente un requisito positivo para la validez del negocio jurídico como tal, tampoco es un elemento esencial de la representación.

La cuidadosa defensa de los intereses particulares confiados al representante no forma parte de la naturaleza conceptual de la representación, ya que ésta se puede dar no sólo en interés del representado, sino en interés del representante o de un tercero o de manera mixta entre las partes, como ya antes lo hemos mencionado.

⁵¹*Ibidem* pág. 271.

Debemos de afirmar como consecuencia de los argumentos de Hupka, que mientras el mandante no prohíba la autocontratación se debe de admitir ésta siempre y cuando no se realice de manera dolosa o usuraria. Este argumento se ve reforzado con el planteamiento realizado por García-Revilla “¿pues si confía el mandante, por qué desconfía la ley?”

Los diversos autores que condicionan la admisibilidad del autocontrato a aquellos casos de representación voluntaria cuando se evita la lesión de intereses, ya sea por la forma en que el negocio está planteado o que por la naturaleza de éste no hay tal posibilidad (vgr.. Donación lisa y llana de padre a hijo etc...), parece que al momento de dar sus argumentos olvidan que la naturaleza propia del contrato de mandato es la de ser un contrato de fiducia, de confianza, que cuando una persona faculta a otra mediante un acto de apoderamiento lo hace en razón de sus características particulares, lo hace por la confianza que tiene respecto a ella, de ahí que sea considerado un contrato “*intuitu personae*”.

En este punto siguiendo a García-Revilla nos preguntamos ¿por qué se tiene que negar la admisibilidad del autocontrato cuando el representado no lo ha hecho? Como señala Hupka, no corresponde al derecho positivo, ni es esencial a la representación la defensa cuidadosa de los intereses de las partes; recordemos el principio general de derecho privado de la libertad contractual. Pensamos que en aras de dicho principio la función de la ley debe ser la de tutelar, cuidar, advertir en todo caso del peligro que corre el particular respetando su libertad, su capacidad de discernir, ¿a quién le puede interesar más la protección de sus intereses, que al interesado mismo?, entonces dejemos que sea él quien decida y no la ley mediante la prohibición de la figura que nos ocupa.

Recordemos que el principal se encuentra protegido con la facultad que tiene para exigirle cuentas a su mandatario y con los deberes que tiene éste último para con el principal, dentro de los que encontramos a los deberes de información, obediencia y de fidelidad, por los cuales el apoderado se encuentra obligado a informar de cualquier situación que en el ejercicio del poder pueda determinar al principal a revocar o modificar el encargo. En razón de ello el representante está obligado a notificarle al representado su intención de autocontratar si en el acto de apoderamiento el principal no manifestó su consentimiento o su prohibición, para el caso de que esto no fuera posible, por cualquier causa, el representante tiene que actuar como si el negocio fuera suyo respondiendo por culpa, de ahí que si quiere autocontratar deberá buscar el no lesionar los intereses de su o sus representados, pues si a juicio de ellos no actuó con la suficiente diligencia pueden fincarle responsabilidad por los daños o perjuicios que les haya ocasionado al pedirle la rendición de cuentas. Por el segundo de los deberes el representante se encuentra obligado a seguir las instrucciones de su mandante dentro del cúmulo de facultades que le han sido conferidas de forma que, si actúa en contravención a las instrucciones y facultades recibidas es responsable de los daños y perjuicios causados al principal.

Para el caso que nos ocupa el o los representados tienen acción en contra de su representante y es por ello que afirmamos al igual que Leone que es en virtud de la relación interna entre mandante y mandatario que los intereses del primero siempre se encuentran protegidos, salvo cuando el mandante ha liberado al mandatario de la obligación de rendir cuentas, pues el resultado de la representación que éste ejerza no le es de interés porque el negocio para el que otorgó la representación tampoco lo es y por lo mismo, no hay interés que proteger. Éste es el caso claro de un mandato

otorgado en favor del apoderado o de un tercero con el cual va a contratar, en cuyo caso y para su seguridad dicha circunstancia se debe de hacer constar en el acto de apoderamiento.

Para los casos en los que el acto de apoderamiento no se realiza en beneficio del poderdante, sino en beneficio de otra persona debemos de advertir que generalmente éstos se realizan como medio para cumplir con una obligación contraída con anterioridad por el poderdante; lo único que hace el poderdante es legitimar al apoderado para que éste ocurra a otorgar el acto con el cual ya manifestó su consentimiento o el cual ya no afecta su esfera jurídica, porque le es irrelevante, y es en virtud de ello que, el condicionar la admisibilidad del autocontrato a que no exista contraposición de intereses, resulta ocioso.

C) Autores que aceptan ampliamente la figura del autocontrato.

A diferencia de los autores antes citados hay otros que admiten de manera general la figura de la autocontratación por no encontrar en ella objeción que sea válida para prohibirla, pues señalan que la institución que nos ocupa es una consecuencia lógica de la admisibilidad de la representación directa.

Ya desde los primeros trabajos sobre este tema algunos autores como Römer (seguido por Windsheid y Kohler) admitían de manera general al autocontrato. Hupka al exponer el pensamiento de este autor dice: "...con arreglo a la esencia de la representación directa, la voluntad del representante se considera como voluntad del representado, de donde se sigue necesariamente que allí donde el representante como tal celebre consigo mismo como particular un negocio jurídico, cabe imaginar que son

dos voluntades las que entran en acción y celebran el negocio jurídico. Por consiguiente, la posibilidad de la autocontratación llega hasta donde llega la admisibilidad de la representación directa. En el derecho romano, el reconocimiento del autocontrato constituye la excepción, por la sencilla razón de que el derecho romano sólo excepcionalmente admite la representación directa. Actualmente por el contrario, rige el principio de la representación directa, y de ahí que también el autocontrato del representante sea admisible en general”.⁵²

Tartufari,⁵³ sigue a Rümelin en cuanto que sostiene que el autocontrato es un acto unilateral, pero en cuanto a su extensión lo reputa ilimitadamente válido a menos que: a) El mandante haya declarado su voluntad en contrario. b) Que se trate de representaciones derivadas de la patria potestad, tutela. c) Que intervenga fraude o dolo.

Analicemos las tres limitantes mencionadas por Tartufari las dos primeras obedecen al mismo razonamiento. En la primera es lógico que si el principal ha prohibido a su representante la posibilidad de que autocontrate el representante debe obedecer y ajustarse a la voluntad de su mandante.

En el segundo caso pasa exactamente lo mismo, también hay una voluntad que prohíbe o admite la posibilidad del autocontrato, la cual el representante está obligado a cumplir, nada más hay que hacer la distinción de que en la representación legal la voluntad que se opone, que prohíbe la posibilidad de la autocontratación, lógicamente no es la del representado por obvio, sino que como señala García-Revilla

⁵²*Ibidem* págs. 247 y 248

⁵³*Cit. pos.* García-Revilla. *Op. cit.* pág. 10

es la ley quien suple a la voluntad de éste, pero no con la voluntad del representante de forma tal que él sea quien determine la admisión o prohibición del caso particular de autocontratación -lo que a simple vista resulta ilógico- sino que la suple con ella misma, con lo que determina a priori su extensión y se vale del representante para que la actúe, para que ejercite los actos que el representado no señala, pero que ella autoriza como posibles. "No es el tutor quien tiene la voluntad del pupilo, es la ley la que se pone en su lugar, y se sirve del tutor para operar..." lo mismo podemos decir al respecto de la patria potestad.

Por lo que se refiere a la tercera limitante ésta no es una objeción propia de los casos de autocontratación, sino lo es de todo negocio jurídico, por lo que nada obsta para que se le dé el mismo tratamiento que a los demás actos jurídicos.

Así pues las tres limitantes que señala Tartufari no constituyen excepciones propias de la modalidad del autocontrato, sino que, según nuestro entender, sólo son especificaciones que se derivan de la propia naturaleza de la representación en general.

García-Revilla en su tesis doctoral adopta y sustenta, desde nuestro punto de vista, de manera brillante, clara y ordenada la admisibilidad general de lo que él llama la modalidad contractual del que contrata por sí y por otros o por otros. En su multicitado trabajo concluye lo siguiente:

"Teme el código alemán que el representante valiéndose de la posición preferente que ocupa, pueda perjudicar el interés del representado. No parece sino que las legislaciones se hacen para favorecer a determinadas personas, dándoles con ello el carácter de privilegiadas.

Yo no veo, como he demostrado, que exista el peligro de oposición de intereses, pues no siendo posible que se dé esta modalidad jurídica sin representación y consistiendo ésta -la voluntaria- en la confianza depositada por el representado en el representante, este peligro no existe.

Aparte de esto, el Código Civil alemán, como todos los códigos, contemplan esta figura del llamado autocontrato como un aborto jurídico y la aíslan, y lo que es peor, la repelen.

No hay tal aborto, no debe de haber tal repulsión; el llamado autocontrato es una modalidad contractual, es una especie de cubierta jurídica que encubre actos o contratos. Así ¿no es cierto que puede darse el autocontrato en el mutuo, depósito, compraventa, donación, etc.?

He demostrado claramente también, la existencia de dos voluntades, porque el auto-contrato supone otro contrato. No se puede decir sólo auto-contrato, sino contrato afecto por la modalidad contractual del que contrata por sí y por otros, o por otros.

Estoy de acuerdo con Grünhut en admitirlo, no sólo en el campo de la representación directa, sino también en el de la indirecta, no puedo estarlo con Römer que lo admite siempre que no haya una disposición legal que lo prohíba, porque en mi opinión la legislación no debe prohibirlo sino reglamentarlo.

Aparte de las opiniones que he exteriorizado en el transcurso del texto, motivadas por la necesidad de esclarecer criterios de autores o decisiones de la jurisprudencia, declaro: *Que sin limites de ninguna clase salvo, claro es, los que el derecho positivo imponga en su reglamentación, en cuanto a la necesidad de declaración de voluntad y su forma en el art. 1280 del Código Civil, causas de incapacidad, etc. -debe de ser admitida la modalidad contractual del que contrata por sí y por otros o por otros.*"⁵⁴

Nosotros nos unimos al pensamiento de este autor con excepción de la admisibilidad del autocontrato en la representación indirecta ya que no habría forma de saber que el acto se realiza en representación de otra persona, por lo que se exteriorizaría como un absurdo jurídico.

IV Formalidades a las que se deben de sujetar los contratos celebrados bajo la modalidad de la autocontratación.

Al estudiar la naturaleza jurídica del autocontrato, concluimos que no se trata de un contrato propio, sino que -como señala García-Revilla- es una modalidad a la que se sujetan, en cuanto a la forma de integrar el elemento de existencia que es el consentimiento, los contratos o actos jurídicos que la aceptan. Un ejemplo sería el contrato de compraventa sujeto a la modalidad de autocontratación, etc.

En los contratos celebrados bajo esta modalidad, al no existir -como en los ordinarios- dos o más personas que reciban de la parte contraria la manifestación

⁵⁴*Ibidem.* págs. 73 y 74.

exterior y sería de contratar por ser los destinatarios de la misma, carecen de un distintivo general, material que haga constar y ampare el carácter dispositivo de la declaración hecha por el que autocontrata y que por lo mismo le dé el carácter de obligatoria. El puro monólogo del autocontratante no basta para hacer nacer el contrato, pues si éste se constituyó de forma secreta, de la misma manera secreta se puede revocar, dejando al arbitrio del autocontratante la validez y el cumplimiento del contrato.

Bonnecase al respecto señala "En el contrato consigo mismo es fácil hallar, jurídicamente separados, no obstante su entrelazamiento, los dos elementos simples, oferta y aceptación cuya reunión constituye el acto bilateral, pero se presenta una peculiaridad técnica: por virtud de que una misma persona lleva a cabo la transacción entre los intereses opuestos, el contrato consigo mismo no se reputará formado ni su fecha fijada interpartes sino desde que un acto positivo le haya dado materialidad. El silencio en este caso, no puede equivaler a la aceptación".⁵⁵

Hupka al respecto dice: "sólo es admisible la validez jurídica de la doble representación cuando la voluntad del doble representante se ha manifestado en tal forma que, no sólo deja fuera de duda que existe un serio *animus disponendi*, sino que excluye también la posibilidad de una revocación secreta, y no susceptible de control, de la declaración emitida; con otras palabras, ha de darse un acto de voluntad tal que, en virtud de sus caracteres externos, sea adecuado para producir un vínculo jurídico. nada de eso existe, naturalmente, si el doble representante expresa su voluntad en forma de monólogo emitido ante él solo. Nadie se considera obligado por semejante declaración. Otro tanto puede decirse de una declaración escrita que el representante se

dirija <así mismo>. Contra lo que Rümelin opina, nosotros no vemos una declaración de voluntad suficiente en el hecho de que el autocontratante suscriba a nombre de las dos partes un documento contractual que él redacte, y después lo guarde por ellas. Una declaración que en cualquier momento puede ser anulada, sin que el representado o los dos representados hayan tenido siquiera noticia de su existencia, no puede considerarse, a nuestro juicio, como obligatoria en derecho. Tampoco puede bastar la emisión de la declaración en presencia de terceras personas no interesadas, pues por lo general ello no constituye garantía alguna de que exista realmente la voluntad de adquirir obligaciones jurídicas inmediatas. Tanto para esto como para la intangibilidad de la declaración una vez emitida, la garantía la dará solamente la declaración hecha ante un funcionario público (juez, registrador, notario) o la declaración formulada ante la misma parte o partes representadas”.⁵⁶

Eneccerus⁵⁷ condiciona la admisibilidad del autocontrato a que el acto no se realice de modo oculto en la persona del que autocontrata, sino en forma que pueda ser conocido por terceros, y da como ejemplo que se realice ante juez o notario, ante testigos, mediante contabilización, colocación de dinero en una caja, en un sobre o envoltura especial o mediante comunicación a los representados.

Pérez y Alguer en su comentario a lo dicho por Eneccerus dice: “En cuanto a la forma de manifestarse el auto-contrato, aparte de exigirse la que corresponda al negocio de que se trate, debe pronunciarse respecto a todos la necesidad, que se afirma en el texto, de un acto exterior bastante para ser conocido por terceros. Tal necesidad puede apoyarse en la ratio que inspira el art. 1256, (del código civil español) según el

⁵⁶Bonnocasci: *Elementos de derecho civil*. Op. cit. pág. 291.

⁵⁷Hupka Op. cit. pág. 263.

cual la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, a lo que equivaldría prácticamente el auto-contrato cuya exterioridad pudiera desvanecerse en todo momento por el autocontratante”.⁵⁸

Las formalidades sugeridas por los autores, a las que se debe sujetar el contrato celebrado bajo la modalidad de la autocontratación, no implican una variación a las formalidades que por ley le corresponde a cada contrato. Al ser la regla general que los contratos se perfeccionen por el mero consentimiento es necesario que los contratos celebrados bajo la modalidad en estudio se formalicen con dos fines el primero es evitar una revocación secreta en perjuicio de terceros o de alguna de las partes a quienes les beneficiare el acto y el segundo para que tengan fecha cierta y exista prueba de que el consentimiento existió; de lo contrario, al no existir medio de prueba alguno, se reputa que no hay consentimiento y, por lo mismo, no hay contrato.

Lo mismo podemos decir de aquellos contratos cuya formalidad es que sean por escrito privado y los cuales, por su naturaleza, no requieren de registro alguno o de la intervención de alguna autoridad, fedatario o de un tercero cuya actuación requiera o presuponga la existencia del contrato, dándoles con ello el acto material, exterior objetivo, cognoscible por el que se repunte como formado y con fecha cierta al autocontrato, impidiendo que el autocontratante pueda borrar todo rastro del acto que celebró en caso de querer hacerlo. Lógicamente y por las mismas razones no puede darse el caso de un autocontrato en el que el consentimiento sea tácito.

⁵⁷Enocccrus, Kipp y Wolf. *Op. cit.* págs. 475.

⁵⁸*Ibidem.* pág. 483.

La declaración hecha al o a los principales, en nuestro concepto, no constituye una forma de exteriorizar el autocontrato, sino que constituye en sí un contrato entre presentes.

Con base en lo anteriormente expuesto afirmamos que para la existencia de cualquier contrato celebrado bajo la modalidad de la autocontratación, independientemente de la forma que para su validez exija la ley, el consentimiento debe constar de manera fehaciente, mediante la intervención de un fedatario público, de una autoridad que sancione el contrato, o la presentación del mismo en algún registro, por la realización de asientos contables, electrónicos o de cualquier tipo que el autocontratante no pueda desaparecer. La falta de dicha constancia fehaciente (forma) producirá lógicamente la inexistencia del contrato.

V Las diversas sanciones que se le han dado a los contratos celebrados bajo la modalidad de la autocontratación cuando ésta no es permitida.

En aquellos casos en que la autocontratación se considera prohibida por alguna de las objeciones que hemos estudiado anteriormente, la doctrina ha dado diversas sanciones como lo son la nulidad absoluta o la nulidad relativa entre otras.

Consideramos que la exposición que realiza Luis Diez Picazo respecto de este tema resume de manera concisa y acertada las posturas adoptadas por los diversos tratadistas cuyas opiniones hemos vertido en el cuerpo de este trabajo.

Este autor comienza estudiando el ejercicio anormal del poder de representación y señala como formas típicas de que éste se produzca cuando el apoderado traspasa los límites del poder o cuando el apoderado abusa del poder que le fue conferido. La autoentrada constituye un caso atípico del ejercicio anormal del poder; se pregunta: "¿se trata de un acto nulo, anulable, o afectado de cualquiera otra suerte de ineficacia? La regla de la nulidad absoluta parece rechazable por impedir la eventual posibilidad de ratificación. En cambio, los criterios de la anulabilidad y de la ineficacia relativa obligan al representado a poner en movimiento el ejercicio de una acción, lo que no parece adecuado frente a un acto que no ha debido en modo alguno afectar a su esfera jurídica.

En términos generales, podemos establecer que el autocontratante que lleva a cabo el acto jurídico fuera de los supuestos permitidos actúa como un falso procurador o como un procurador que se excede respecto de los límites de su poder..."⁵⁹

Las anteriores consideraciones respecto del falso procurador o el exceso respecto de los límites del poder, a que se refiere Díez Picazo, exceden los límites del tema en estudio, pero resulta importante hacer mención de la asimilación que hace este autor para poder estudiar las sanciones que se la han dado a la institución que estudiamos.

Continúa diciendo al estudiar la naturaleza y situación del negocio del falso procurador y, por ende, de la autoentrada: "Se trata de un tema que ha preocupado tradicionalmente a la doctrina, para la cual ha sido y continúa siendo sumamente difícil explicar el grado de ineficacia que alcanza el negocio en cuestión. Como apuntamos en

páginas anteriores, es pacífico que el negocio puede ser ratificado por el *dominus* y, por consiguiente, que, pendiente de tal ratificación, teóricamente parece que alguna eficacia hay que reconocerle. Desde el punto de vista de una jurisprudencia de intereses, el problema se centra en la necesidad de articular una serie de medidas de protección del *dominus*, a quien no se protege de manera especial obligándole a ejercitar una acción de nulidad.

Además de ello, hay toda otra serie de cuestiones implicadas en el tema. Como dice Rivero, del modo como se explique o se construya el negocio del *falsus procurator* -entiéndase autocontrato- y de cual sea su naturaleza o situación jurídica dependerán cuestiones tan importantes como las de la posibilidad de revocación o modificación del contrato, bien unilateralmente por obra del tercero, o bien por acuerdo de éste con el falso representante, así como los relativos a la construcción de la ratificación de que tendremos que ocuparnos en el apartado siguiente”.⁶⁰

Diez Picazo citando a Rivero Hernández refiere las siguientes teorías mantenidas respecto del tema que nos ocupa:

I. Teoría de la nulidad.

La cual nosotros también podríamos llamar de la inexistencia debido a que ésta sostiene que los actos realizados por el falso procurador o, en su caso, el autocontrato realizado por el apoderado sin estar facultado, antes de que sea ratificado por el *dominus*, es inexistente por falta de consentimiento. Esto no deja lugar a la posterior ratificación del principal -¿cómo se puede ratificar algo que no existe?- de lo

⁵⁹Diez Picazo. *La Representación en el Derecho Privado*. Op. cit. págs. 213 y 214.

⁶⁰*Ibidem.* 214 y ss.

que se desprende que algún valor jurídico debe tener el acto realizado para que sea susceptible de ratificación y con ello sea plenamente válido.

2. Teoría de la anulabilidad.

Según esta teoría el negocio realizado es anulable, es claudicante mientras que la acción de anulación no se ejercite pero, como todos estos actos, es sanable (equiparándose en este sentido la confirmación y la ratificación).

Como argumento en contra se hace notar la diferencia existente entre ratificación y confirmación, que es la misma que existe entre negocio anulable -el cual es un negocio que se encuentra completo desde su celebración, aunque con algún vicio o defecto subsanable con la confirmación, que es la renuncia a la acción de anulación- y negocio ratificable donde la ratificación es el llenado *a posteriori* de un elemento esencial que faltaba: la voluntad del *dominus*.

Con el argumento anterior podemos concluir que a esta teoría se le puede hacer la misma objeción que a la anterior: al faltar consentimiento el acto es inexistente y, por lo tanto, no sería susceptible de ser ratificado.

3. Teoría de la nulidad relativa.

Esta teoría trata de evitar que el *dominus*, cuyo patrimonio ha sido modificado por el acto del falso representante o en el caso que nos ocupa del autocontratante- tenga que ejercitar una acción de nulidad. Lo trata de evitar estableciendo que el acto es nulo y no anulable en cuanto que es inmediatamente

ineficaz, sin embargo ésta nulidad es relativa ya que el *dominus* puede consentir posteriormente con el acto.

Se argumenta en contra que lo nulo siempre lo es, se puede celebrar un nuevo negocio, pero nada más; lo que contrasta con el concepto de ratificación y del efecto retroactivo de la convalidación.

4. Teoría de la eficacia sometida a condición.

Los autores que sostienen esta teoría tratan de salvar la problemática que presenta la nulidad y la anulabilidad diciendo que el acto realizado es válido, pero ineficaz, sin eficacia actual, sin la eficacia propia del tipo negocial correspondiente, la cual queda suspendida o condicionada, al otorgamiento de la ratificación.

La crítica que se argumenta es que la ratificación no es una condición en sentido riguroso ya que no se trata de un evento futuro e incierto al que las partes voluntariamente someten la eficacia del acto. Recordemos que no se puede sujetar a condición el consentimiento aún cuando éste se dé como ratificación.

Las teorías aquí expuestas se refieren a las sanciones existentes en el derecho español, por lo que se refiere a las posibles sanciones que se le pueden dar en el derecho positivo mexicano las desarrollamos mas adelante en el presente trabajo.

VI Dos casos debatidos de autocontratación.

1. El caso del apoderado con poder especial que autocontrata.

Estudiemos ahora el caso del representante a quien le fue conferido un poder especial en el que el poderdante definió los elementos esenciales del negocio jurídico para el que fue conferido, facultando incluso al apoderado para autocontratar en caso de que así quisiera hacerlo. Pongamos de ejemplo el caso de un apoderado a quien se le encarga la venta de un inmueble en un valor determinado, se le instruye para que el pago sea en una sola exhibición, etc., e incluso el poderdante le faculta para autocontratar.

El caso planteado no parece necesitar de un estudio especial por no constituir una excepción a lo antes estudiado. Incluso para aquéllos que objetan esta figura, por la manera en que se estructuró el negocio se evita tanto la posibilidad del conflicto de intereses y la lesión de los mismos como la prohibición de ley al ser el propio poderdante -el principal en el negocio a celebrarse- cuyos intereses "tutela" la ley- quien libera al apoderado de dicha prohibición. Sin embargo algunos autores consideran que en este caso no estamos frente a la figura de la autocontratación, sino frente a la de una aceptación de oferta. El acto de apoderamiento para estos autores no es un medio de conferir la representación, sino que constituye una oferta. En consecuencia cuando el apoderado "autocontrata" no está haciendo tal acto, sino que sólo está aceptando la oferta hecha por el principal, por lo que el acto se debe de analizar desde la perspectiva, de una aceptación de oferta y no desde la de un caso de autocontratación.

Castán citado por García-Revilla al respecto dice: "Dentro de la esfera contractual en la que es necesario el consentimiento del representado, el acto del representante puede tener eficacia, cuando pueda ser considerado como acto de

adhesión a la voluntad del representado, en cuyo caso no habrá de verse en él un contrato *consigo mismo*, sino un verdadero contrato entre representante y representado. Si en el mandato manifiesta el mandante su intención, que puede ser revelada tácitamente de concluir un contrato con tercera persona o con el mismo representante, y éste en efecto entra en la relación contractual como contratante, no se podrá decir que contrata consigo mismo, sino que acepta la oferta contractual que hizo el mandante”.⁶¹

Rümelin concluye “...Si un apoderado con poder especial toma parte en el negocio que constituye el objeto de su poder, no hay en esto un autocontrato, sino más bien la aceptación de una oferta (real o fingida) que el principal hace, con el apoderamiento al mismo apoderado. Por consiguiente, esta especie de autoentrada se sujeta solamente a los principios relativos a la oferta y aceptación, y no a los límites trazados especialmente al autocontrato”.⁶²

Hupka difiere de las anteriores opiniones y al respecto señala: “En los negocios de autocontratación del apoderado especial, como en los del representante legal o en los de un apoderado para la administración, no vemos la aceptación de una oferta ficticia existente al lado del apoderamiento, sino un acto jurídico independiente, que por sí solo reemplaza a un contrato completo (oferta y aceptación),”⁶³ recordemos que para este autor la autocontratación es una declaración unilateral de voluntad.

Diez Picazo al hablar de los requisitos de la voluntad del representado o *Dominus Negotii* dice: “Resulta claro que la autocontratación es válida cuando el

⁶¹*Ibidem* pág. 13.

⁶²*Cit. pos.* Hupka. pág. 256.

representado le presta su asentimiento. Este asentimiento, licencia o voluntad puede ser anterior al acto de autocontratación o posterior a él (v. gr., ratificación).

Es dudoso determinar si la voluntad del representado constituye una particular forma del poder de representación (poder para autocontratar), si es una modalización del genérico poder de representación, del cual forma parte como un elemento de su contenido, o si es una pura autorización o licencia. A nuestro juicio la línea más probable es la segunda. No se puede hablar en puridad de un poder para autocontratar, ni tampoco de una autorización que sea constitutiva de un negocio jurídico distinto del de apoderamiento. Se trata de una modalización o de un particular contenido que al poder se asigna⁶⁴

Nos parece acertada la afirmación de Díez Picazo, pues al igual que él consideramos que la facultad de autocontratar otorgada por el poderdante no desnaturaliza al acto propio de apoderamiento. No encontramos argumentos para pensar que el otorgamiento de esta facultad cambia la naturaleza del acto de apoderamiento de conferir la representación, facultar, legitimar al apoderado a realizar uno o varios actos por el poderdante para convertirlo en una oferta de contrato.

Las consecuencias de una y otra figuras son muy diversas, ya que si consideramos al acto de apoderamiento como una oferta y el apoderado autocontrata estando facultado para recibir incluso su aceptación de forma tal que no sea oculta lo que permitiría su revocación de la misma forma el contrato se perfecciona y en caso de que el principal muera el contrato puede llegar a obligar a los herederos de éste (si el

⁶³*Ibidem*, pág. 262.

⁶⁴Díez Picazo. *Op.cit.*

contrato no se extingue por la muerte). En cambio, si negamos que el acto de apoderamiento sea una oferta de contrato y sólo constituye lo que es -una forma de conferir la representación- ubicados en el mismo supuesto que el anterior, el apoderado no podría autocontratar debido a que su mandato ya se ha extinguido por la muerte del mandante por lo que en caso de autocontratar después de haber fallecido el principal el acto realizado no obliga a los sucesores del mandante.

2. El caso del apoderado que contrata con un subapoderado nombrado por él mismo.

Este caso consiste en que un apoderado con facultades amplísimas, inclusive con facultades de sustitución, que se encuentra impedido por una prohibición de ley para comprar los bienes de su mandante, de cuya administración está encargado, substituye el poder reservándose su ejercicio y celebra con el nuevo apoderado la compra de los referidos bienes. En otras palabras, cuando un representante celebra en propio nombre un negocio jurídico con un subapoderado que él mismo nombró para representar al dueño del negocio.

Existen al respecto dos posturas opuestas, una de ellas considera que es un caso de autocontratación, la otra niega que lo sea afirmando que hay un simple contrato.

Eneccerus,⁶⁵ al comentar el artículo 181 del Código Alemán, el cual prohíbe la autocontratación, estima que dicha prohibición es aplicable al caso por darse ésta de un modo mediato.

El Tribunal Supremo Español en una sentencia del 21 de febrero de 1968⁶⁶ siguió el criterio expresado por Eneccerus al decir en el considerando segundo que, como las facultades del sustituto derivaban de la voluntad del sustituido, en el caso de autos se había producido un fenómeno de autocontratación.

Diez Picazo señala que a él no le parece que en el caso del que habla la sentencia referida exista un autocontrato; afirma que hay un contrato todo lo inválido que se quiera, pero contrato al fin y al cabo. "La autocontratación requiere de un autor y en la hipótesis debatida hay dos. El hecho de que el sustituto derive sus facultades del sustituyente no cambia la cuestión. Habrá si se quiere, un medio fraudulento de burlar la prohibición legal, o tal vez, la utilización de un mecanismo simulado para encubrir mediante un contrato lo que en la realidad era autocontratación; mas al superponerse un contrato, la genuina autocontratación queda excluida. La raíz del fenómeno parece estar más en el fraude de la ley que en la simulación".⁶⁷

Nosotros, de conformidad con el concepto de autocontrato, nos adherimos a la opinión de Diez Picazo al considerar el caso planteado como un simple contrato afectado de nulidad por ser realizado en fraude a la ley y no como un caso de

⁶⁵Eneccerus, Kipp y Wolf. *Op. cit.* págs. 479 y 480.

⁶⁶*Cit. pos.* Diez Picazo, La Representación en el Derecho Privado, *Op. cit.* págs. 209 y 210.

El caso planteado al tribunal fue el de un señor que era apoderado de la entidad demandante con amplias facultades, sustituyó los poderes que él ostentaba en favor de otra persona. Desocupados unos locales en la planta principal de un inmueble propiedad de la sociedad actora, en nombre de ésta el sustituto arrendó los locales al sustituyente.

⁶⁷*Idem.*

autocontratación por existir en él dos autores materiales del acto, lo que excluye la posibilidad del autocontrato.

Capítulo Segundo.

El autocontrato en el derecho comparado.

En el presente capítulo estudiamos las diversas regulaciones que se la ha dado al contrato consigo mismo en otros países, así como los comentarios que los tratadistas de esos países hacen a dicha regulación.

I Alemania.

El Código Civil Alemán (BGB) regula en su artículo 181 la autocontratación, dicho precepto es del tenor literal siguiente:⁶⁸

Artículo 181.- Salvo autorización en contrario, el representante no podrá celebrar en nombre del representado negocio jurídico ninguno consigo mismo, ya obre en nombre propio o como representante de un tercero, a no ser que el negocio jurídico de que se trate consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación.

De la redacción de este precepto se concluye que el código alemán excluye la posibilidad de la doble representación de manera general, ya sea representación voluntaria, ya sea representación legal, alcanzando la prohibición no sólo a los contratos, sino a toda clase de negocios jurídicos. Esta prohibición de carácter general tiene previstas sus excepciones; una es la siguiente:

⁶⁸Hupka. La representación voluntaria en los negocios jurídicos. *Op. cit.* pág. 318.

“Artículo 181: ... a no ser que el negocio jurídico de que se trate consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación”.

J. Hupka menciona que los redactores del primer proyecto del código civil alemán dieron por supuesto que la posibilidad de una doble representación era una consecuencia de los principios generales sobre representación directa, y que tampoco se oponía a la autocontratación el concepto de contrato, el cual exige únicamente que la voluntad del autocontratante, que es la decisiva para ambas partes, se exteriorice en una forma cognoscible para los terceros.

El inconveniente de la colisión de intereses que se opone a la admisión positiva de la doble representación no fue considerado suficientemente grave para prohibir la representación doble en general, más aceptado era que con esa prohibición se dificultaría mucho el tráfico y se impediría que se fomentara el interés del representado, razón por la cual se declaraba a favor de la licitud fundamental de la doble representación y la excluía solamente tratándose de la representación legal de los padres, tutores y curadores, así como en relación a los órganos de personas jurídicas.

Los redactores del segundo proyecto del código se separaron por completo de las ideas de la primera comisión; considerando como decisivos los argumentos de la colisión de intereses y el peligro que esto representaba para el representado, optaron por la prohibición general de ella excepto cuando se trate de negocios que consistan exclusivamente en un acto de cumplimiento, como el pago (*solutio*) y la compensación (Hupka aclara que no queda comprendida la dación en pago).

Eneccerus al respecto menciona que el código, al referirse al cumplimiento de una obligación, se refiere al cumplimiento real, no a la dación en pago y señala que también debe de excluirse el cumplimiento de una obligación no vencida, no accionable o desvirtuada por excepción, a no ser que el representante en su calidad de tal no pague, sino que se limite a recibir. No acepta que sea posible la compensación.

La otra excepción la constituye la posibilidad de que la autocontratación sea permitida cuando el representante ha sido facultado para ello. Expone al respecto Eneccerus que:

“El consentimiento puede basarse en una disposición legal o estatutaria, en un poder o en un acto administrativo de derecho público.⁶⁹ La facultad debe también suponerse, por lo regular, cuando es habitual en el tráfico. La facultación puede también concederse en virtud de la llamada declaración tácita de voluntad; el único competente para ello es el representado”.⁷⁰

Los doctrinarios alemanes han discutido si el artículo 181 del código puede ser ampliado y aplicado a otros casos distintos a los previstos en él o debe ser interpretado de forma restrictiva, en el sentido de excluir de la prohibición a aquellos casos en los que no exista conflicto o contraposición de intereses, resolviendo en el sentido de que se trata de un precepto que establece una prohibición dispositiva, razón por la cual no puede pasarse por alto. Así mismo discuten acerca de qué sanción se aplica a aquellos actos ejecutados en contra del tenor del precepto en comento, concluyendo algunos autores (Planck, citado por Hupka) que la sanción consiste en la

⁶⁹Eneccerus señala, en nota al pie de página, que aquí quedan comprendidas las donaciones manuales de los padres a los hijos incapaces, las donaciones que hacen los padres a sus hijos en un deber legal de alimentos.

nulidad del acto. Hupka señala que no se trata de un acto nulo, sino que es susceptible de ratificación (anulable o viciado de nulidad relativa) y a este respecto argumenta: "...de modo que un acto contrario a la prohibición solamente representa una extralimitación del poder de representación voluntaria, puede ser subsanada mediante ratificación posterior del principal... si la previa autorización del principal da eficacia al acto de autocontratación, no se comprende que razón puede haber para que la ratificación posterior no tenga esta misma virtualidad".⁷¹

Por último, Eneccerus señala que el artículo 181 tiene aplicación aún en aquellos casos en los que un representante con facultades de sustitución substituye el poder y contrata con el substituto.

II Italia.

La regulación de la institución del autocontrato en el derecho italiano ha evolucionado del código de 1865 basado en el código civil francés al vigente código de 1942. En el primero únicamente se regulaban algunos casos de representación legal ignorando la representación voluntaria.

El código civil italiano de 1942, a diferencia del anterior, ya regula de manera específica la institución del autocontrato en los artículos 1394 y 1395, los cuales son del siguiente tenor:

⁷⁰Eneccerus, Kipp y Wolf. *Op. cit.* pág. 476.

⁷¹Hupka. *Op. cit.* pág. 323.

Artículo 1394. Conflicto de intereses: El contrato concluido por el representante en conflicto de intereses con el representado podrá ser anulado a instancias del representado, si el conflicto era conocido o cognoscible por el tercero.

Artículo 1395. Contrato consigo mismo: Es anulable el contrato que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de la otra parte, a menos que el representado lo hubiese autorizado específicamente o que el contenido del contrato hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses. La impugnación podrá ser propuesta solamente por el representado.

De estos artículos se desprende que la figura del autocontrato está permitida cuando medie la autorización del representado o en aquellos casos en los que, aún faltando la autorización por parte del representado, no exista conflicto de intereses por la forma como se ha instrumentado el negocio; diferencia, ésta, importante en relación con el código alemán, pues como hemos visto la doctrina se ha inclinado en aplicar el artículo 181 aún en aquellos supuestos en los que no existe conflicto de intereses.

Menciona Minervini⁷² que estos artículos se han ubicado dentro de la materia de representación con la finalidad inmediata de resolver el problema de la autocontratación (situación que fue muy debatida en el anterior código, del cual nos señala Hupka que repetía con alguna variante mínima la regulación del código de Napoleón).⁷³ Nos hace notar que no basta una simple y llana autorización por parte del

⁷²Minervini Gustavo. *El Mandato*. *Op. cit.* págs. 290 y 291.

⁷³Hupka. *Op. cit.*

representado para autocontratar, sino que ésta debe de estar referida a actos singularmente determinados de tal manera que se puedan identificar. Empero la Suprema Corte ha establecido que, aún existiendo autorización del mandante, el juez debe de indagar si la misma es específica, es decir, si el mandante se protegió adecuadamente contra eventuales abusos del mandatario y si éste dio fiel cumplimiento al mandato, pues de no ser así el contrato es anulable. Al respecto consideramos que el criterio de la Suprema Corte en lugar de brindar mayor seguridad jurídica con su interpretación deviene en inseguridad para el tráfico comercial por la posible revisión y, en su caso anulación, de un acto que de manera general, perfecta o imperfecta ya había sido autorizado por el mandante con la consecuente aceptación del beneficio o perjuicio que le pudiere causar, sin olvidar desde luego la rendición de cuentas que deberá realizar el mandatario por el ejercicio del poder que le fue conferido.

III Francia.

El código civil francés de 1804 no regula de manera específica la institución que estudiamos, sino que sólo en algunos casos de representación legal ha establecido prohibiciones. Para evitar la lesión de los intereses de los representados en materia de representación legal ha recurrido al nombramiento de otro representante que tutele frente al tutor etc.. los intereses del pupilo, para evitar la autoentrada, bajo la pena de nulidad. Así pues, en sus artículos 420 y 1596 el tutor deberá hacerse sustituir en la representación del pupilo por el pro-tutor o por un tutor *ad hoc*. El padre deberá contratar con sus menores hijos por medio de un mandatario especial nombrado por los tribunales (art 389).

En materia de representación voluntaria, en su artículo 1596, establece la prohibición para los mandatarios de adquirir los bienes de cuya venta hayan sido encargados. Los actos ejecutados en contra esta prohibición están viciados de nulidad relativa susceptible de ser convalidada por autorización o por ratificación del mandante.

IV España.

Al igual que el código napoleónico -del que abrevó- el Código Civil español no regula de manera específica la figura de la autocontratación, sino que sólo la supone en la redacción de algunos de sus artículos en los cuales no se encuentra una prohibición general, pero sí varias prohibiciones especiales como es el caso de los artículos 165 que regula el conflicto de intereses entre el padre y el hijo, el 236 que refiere la figura del protutor para el caso de conflicto de intereses entre el pupilo y su tutor y el artículo 275 en sus números tres y cuatro que regula la prohibición impuesta al tutor de hacerse pago de sus créditos y comprar los bienes del pupilo.

El que resulta de especial importancia para nosotros es el artículo 1459 que tiene su antecedente en el artículo 1382 del Proyecto de Código Civil Español de García Goyena⁷⁴ del cual copio en su parte conducente:

Artículo 1381. Se prohíbe adquirir por compra, aunque sea en subasta pública y judicial (sic) , por sí, ni por interpuesta persona:

⁷⁴García Goyena, Florencio Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español. Tomo III. Madrid, 1852, págs. 370-372.

**...2 A los mandatarios, los bienes cuya administración o venta se les
hubiere encargado... ⁷⁵**

Luis Díez Picazo a este respecto señala lo siguiente:

“Nuestro derecho positivo no regula el autocontrato. Sólo se detectan en el código civil y en el de comercio preceptos cuyos supuestos de hecho coinciden con algunos que son propios de autocontratos. De ello puede inferirse lógicamente y justamente una prohibición, en principio, de la autocontratación, dado que tienden a evitar el conflicto de intereses que se produce entre los propios y personales del afectado por la prohibición y los de los otros por los que ha de velar por la posición jurídica que ostenta. Existiendo en el autocontrato análoga conflictividad, la prohibición debe regir”.⁷⁶

Pérez y Alguer en su comentario a la obra de Eneccerus en una nota de relación menciona lo siguiente respecto de la posición de la ley española frente a la figura de la autocontratación:

“Ahora bien, precisamente porque la ley ha puesto un límite a la eficacia de ciertos actos de auto-contratación, está indicando bien a las claras que no juzga como imposibilidad conceptual la figura del contrato consigo mismo, porque si tal lo

⁷⁵Díez Picazo señala que García Goyena fundamenta este artículo en el código francés, holandés, y el de Cantón de Vadu así como en textos del derecho romano Dig. 18, 1, 34, 37 y en Nov. Rec. 10, 12, 1.

Díez Picazo *La Representación en el Derecho Privado*, Op. cit. pág. 111.

⁷⁶Díez Picazo. *Sistema de Derecho Civil*, Vol II, Op. cit. pág. 41.

entendiera, vendrían a ser innecesarias las reglas que las limitan para ciertos supuestos. Pero el que la ley no la juzgue imposible, tampoco puede traducirse en una rotunda afirmación de posibilidad y por tanto el expositor del derecho vigente no puede excusarse de justificar esa posibilidad ...”⁷⁷

Castan Tobeñas señala:

“En el derecho español no hay una prohibición general, pero sí varias prohibiciones especiales contenidas en el código civil y en el de comercio; y la doctrina científica --que en los últimos tiempos ha tratado ya este tema con alguna amplitud --se muestra abiertamente inclinada a reconocer la posibilidad del autocontrato en los casos no comprendidos en las prohibiciones del legislador, y en que no pueda ser aplicable por analogía el criterio de las mismas, fundado en el supuesto de incompatibilidad de intereses y consiguiente peligro de que una sola voluntad aproveche en beneficio propio la coyuntura que la posibilidad de la autocontratación le ofrece”.⁷⁸

V Argentina.

El código civil argentino tampoco regula de manera específica la modalidad de la autocontratación, sino que solamente la prohíbe en los artículos 1918 y 1919 que a la letra dicen:⁷⁹

⁷⁷Enococcus, Kipp y Wolf, *Op cit.* pág. 482.

⁷⁸Castan Tobeñas, Tomo I, *Op. cit.* pág. 201.

⁷⁹Obtenidos de: Sánchez Urite, Ernesto. *Mandato y representación.* *Op. cit.* págs. 72 y 73.

Artículo 1918.- 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 fuese con su aprobación expresa.

Artículo 1919.- Si fuese encargado de tomar dinero prestado, podrá prestarlo él mismo al interés corriente; pero facultado a dar dinero en interés no podrá tomarlo prestado para sí, sin aprobación del mandante.

De la redacción de los artículos anteriores se desprende que la legislación argentina se ha inclinado por la prohibición del autocontrato en aquellos casos en los que de manera casuista juzga que existe la posibilidad de que los intereses del representado se puedan ver lesionados y, en consecuencia, acepta la autocontratación en aquellos casos en los cuales, por la forma en que éstos se han estructurado, no ha lugar a contraposición de intereses (aprobación expresa o préstamo al interés corriente), o en su defecto hay autorización del representado. Así mismo, es de hacer notar que considera como un caso de autocontrato el realizado entre dos representantes del mismo representado, caso que ya analizamos.

Cabe señalar que en los diversos proyectos que se realizaron para la elaboración de un nuevo código civil argentino, según nos refiere Sánchez Urite,⁸⁰ han existido intentos por regular de manera directa y general al autocontrato, como lo es el caso de las dos redacciones de Babiloni en sus artículos 370 y 371 los cuales reproducimos a continuación:

Artículo 370.- Nadie en representación de otro, puede efectuar consigo mismo un acto jurídico, sea por su propia cuenta, sea por la de un tercero, sin la autorización o ratificación del representado, salvo el caso de que ese acto sea exclusivamente relativo a la ejecución de una obligación. Si el representante hubiese sido encargado de tomar dinero prestado, podrá prestarlo él al interés corriente, pero facultado a dar dinero en interés, no podrá tomarlo prestado para sí, o para otro representado por él, sin autorización de su mandante.

Artículo 371.- Tampoco puede el representante usar de sus poderes en beneficio propio, dando en pago o afectando en garantía bienes de su representado, por obligaciones propias, o de cualquier otra manera. Serán nulos los actos en relación de los terceros que sabían de estas circunstancias.⁸¹

⁸⁰*Idem*.

⁸¹Estos artículos pasaron a la segunda redacción de Bibiloni con los numerales 320 y 321 sólo con un añadido al artículo 370.

Cfr. Sánchez Uric. *Op. cit.* pág. 74.

Capítulo Tercero.

El contrato consigo mismo en el derecho mexicano.

En los capítulos anteriores hemos estudiado la situación que guarda la institución que nos ocupa, su antecedentes, su concepto, establecido su naturaleza jurídica, las doctrinas existentes en cuanto a su admisibilidad, las diversas sanciones que en la doctrina se plantean, así como su regulación en el derecho de otros países. En el presente capítulo con base en los argumentos vertidos estudiamos al autocontrato a la luz del derecho positivo mexicano siguiendo el mismo orden de estudio.

I Antecedentes. Los Códigos de 1870 y de 1884.

Los códigos civiles mexicanos de 1870 y de 1884 al igual que las principales fuentes de las que abrevaron (código francés de 1804 y proyecto del código español de Florencio García Goyena de 1852) no regularon de manera específica al autocontrato, solamente se encuentran algunas prohibiciones en las cuales se ha interpretado que se ubican algunos supuestos de autocontratación.

El texto de los artículos que han regulado y regulan algunos casos en los que se puede dar la figura de la autocontratación es idéntico o muy similar en los tres códigos mexicanos por lo cual, con el fin de evitar repeticiones innecesarias al citar el texto del artículo del código vigente, haremos referencia a sus antecedentes.

II La regulación del autocontrato en el Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal.

El código civil vigente³² no regula de manera clara y directa a la figura del contrato consigo mismo, no existe en él una prohibición general, solamente algunas prohibiciones o medidas precautorias tendientes a evitar la lesión de intereses entre representante y representado, mismas que la doctrina ha interpretado como prohibitivas de la modalidad que estudiamos, y que trataremos en lo particular.

En materia de representación legal es en donde encontramos un mayor número de supuestos en los que se ha interpretado que el legislador ha querido evitar la modalidad de la autocontratación por el temor a la lesión de intereses del representado, dichos supuestos son los siguientes:

Art. 440. En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos serán éstos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso. (Código de 70 art. 414, Código de 84 art.387).

La intención del legislador en éste artículo fue evitar el conflicto de intereses entre el menor y el o los que ejerzan la patria potestad sobre él; tal y como se lee de la exposición de motivos del código de 1870 "...En el resto del capítulo se procuró

³²**Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal.** Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de 1928 y en vigor a partir del 10 de octubre de 1932, según decreto publicado en el mismo diario el 1 de septiembre de 1932. Reformado por última vez el 24 de diciembre de 1996.

combinar los intereses de los padres y de los hijos, de manera que ni éstos se perjudiquen, ni se disminuya la respetabilidad de aquellos⁸³.

Es el temor a la lesión de intereses del menor lo que teme el legislador, pues es claro al señalar que el nombramiento del tutor es necesario cuando hay interés opuesto, lo cual se puede producir, de manera general aunque no necesaria, en los contratos de cambio, pero no en las liberalidades cuando éstas beneficien al menor. Por lo anterior sin lugar a dudas, el padre sí puede representar a su hijo en un contrato de donación pura y simple en el que aquél le dona a su hijo algún bien, pues es claro que no hay ningún interés opuesto para que se haga necesario el nombramiento de un tutor. Sin embargo queda la duda si lo puede representar en un contrato de cambio, pensemos en una compraventa la cual se realiza de manera tal que evidentemente reporta un beneficio al menor. En nuestra opinión sí lo podría representar ya que el padre sigue siendo responsable del beneficio del menor hasta que le entregue todos los bienes y rinda cuentas por la administración de los mismos cuando éste llegue a la mayoría de edad.

Art. 457. Cuando el interés de alguno o algunos de lo incapaces, sujetos a la misma tutela, fueren opuestos, el tutor lo pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces, que él mismo designe, mientras se decide el punto de oposición. (Código de 70 art. 535, Código de 84 art. 436)

⁸³Código Civil de 1884 concordado y con la exposición de motivos del Código Civil de 1870. Editorial y Edición desconocidos.

El legislador con éste artículo limita el poder de representación del tutor por la misma razón que en el artículo anterior. La exposición de motivos del Código de 70 al referirse a éste artículo así lo demuestra: "... Se previene también que cuando los intereses de unos menores fueren opuestos á (sic) los de otros, el juez nombre un tutor especial para este caso; porque el tutor principal se encontrará muy embarazado en sus operaciones, perjudicando, acaso sin intención, á (sic) algunos ó (sic) beneficiando sin justicia á (sic) otros".⁶⁴ Es claro que el temor a la lesión de intereses es el motivo determinante del actuar del legislador, de lo que se desprende que, si no existe tal lesión, bien puede el tutor actuar en representación de los dos pupilos.

Art. 550. El tutor está obligado a inscribir en el inventario el crédito que tenga contra el incapacitado; si no lo hace, pierde el derecho de cobrarlo. (Código de 70 art. 605, Código de 84 art. 508).

Este artículo tiene sus reminiscencias en el derecho romano, recordemos que conforme a él el acreedor del menor no podía ser su tutor; conforme al artículo 503 fracción VII del código vigente no puede ser tutor, aunque esté anuente en serio, el que tenga pleito pendiente con el incapacitado, cabe aclarar que el crédito debe de ser anterior a que el tutor entre en el ejercicio de la tutela. Lo que el legislador busca con éste artículo es evitar de nuevo la posible lesión de intereses del menor.

Este artículo no se refiere precisamente a un caso de autocontratación, pero sí indica el interés del legislador por evitar el conflicto de intereses entre representante y representado aún cuando el acto que da origen al mismo es anterior a la representación.

⁶⁴Idem.

Art. 569. Ni con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella puede el tutor comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para sí, sus ascendientes, su mujer o marido, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad. Si lo hiciere, además de la nulidad del contrato, el acto será suficiente para que se le remueva. (Código de 70 art. 616, Código de 84 art. 520, el último enunciado es nuevo).

Art. 570. Cesa la prohibición del artículo anterior, respecto de la venta de bienes, en el caso de que el tutor o sus parientes allí mencionados sean coherederos, partícipes o socios del incapacitado. (Código de 70 art. 617, Código de 84 art. 521).

Art. 571. El tutor no podrá hacerse pago de sus créditos contra el incapacitado sin la conformidad del curador y la aprobación judicial. (Código de 70 art. 618, Código de 84 art. 522).

Art. 572. El tutor no puede aceptar para sí, a título gratuito u oneroso, la cesión de algún derecho o crédito contra el incapacitado. Sólo puede adquirir esos derechos por herencia. (Código de 70 art. 619, Código de 84 art. 523).

Art. 1718. Lo dispuesto en los artículos 569 y 570 respecto de los tutores se observará también respecto de los albaceas. (Código de 70 art.3721, Código de 84 art. 3742).

Barrera Graf⁶⁵ señala que el propio código civil admite las ventas consigo mismo en el caso de que el tutor sea coheredero, participe o socio del incapacitado vendedor (art 570), como también admite que el tutor se pague a sí mismo los créditos que tenga contra el pupilo en términos de lo dispuesto por el art. 571; sin embargo prohíbe que el tutor adquiera para sí en contra del pupilo algún derecho o crédito por el título que sea, salvo por herencia, con lo que el legislador trata de evitar que un posible conflicto de intereses se suscite por un acto voluntario del tutor; lógico resulta que admita el caso de herencia, pues ello se produce no por la voluntad el tutor, sino por la de un tercero.

La excepción contenida en el artículo 570 resulta lógica, pues el legislador solamente está siendo coherente con el derecho del tanto del que goza el tutor o sus parientes o cónyuge por ser coheredero del pupilo respecto del bien objeto de la venta, cabe resaltar que únicamente se refiere al contrato de compraventa el cual se debe realizar en los términos de los artículos del 561 al 564 del citado ordenamiento con lo que se reduce, en teoría, la lesión de los intereses del menor.

Art. 575. Sin autorización judicial no puede el tutor recibir dinero prestado en nombre del incapacitado, ya sea que constituya o no hipoteca en el contrato. (Código de 70 art. 623, Código de 84 art. 527).

Este artículo constituye otra excepción a la prohibición general contenida en el citado artículo 569 ya que el tutor, previa autorización judicial, puede representar al menor en un contrato de mutuo como parte mutuante y ocurrir por su propio derecho como parte mutuataria, con lo cual nos ubicamos en uno de los supuestos de la

⁶⁵Barrera Graf. La representación voluntaria en derecho privado. Op.Cit. pág. 118.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

autocontratación. La autorización del juez no evita que se dé el fenómeno de la representación, sólo es una formalidad habilitante que legitima al tutor para realizar el acto.

Art. 2276. Los magistrados, los jueces, el Ministerio Público, los defensores oficiales, los abogados, los procuradores y los peritos no pueden comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan. Tampoco podrán ser cesionarios de los derechos que se tengan sobre los citados bienes. (Código de 70 art. 2969, Código de 84 art. 2841)

Aunque este artículo no se refiere a una prohibición del autocontrato lo citamos debido a que en el mismo, el legislador refleja su interés por la protección de los intereses de la colectividad, quebrantando con su intervención el principio de la libre voluntad de las partes tal y como lo expresa en la exposición de motivos.

Lo anterior da pie para poder argumentar que en el caso del autocontrato el legislador no lo ha considerado, de manera general, lesivo para los intereses de la colectividad, por lo cual no lo ha prohibido -como lo hizo en el artículo que comentamos- pudiendo llegar a afirmar, en consecuencia, que el legislador en materia de autocontrato respeta el principio de la autonomía de la voluntad, lo cual es debatido.

Existen algunas otras prohibiciones en materia de representación legal, que mencionamos mas adelante.

En materia de representación voluntaria encontramos los siguientes supuestos regulados:

Art. 2280. No pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados:

I. Los tutores y curadores;

II. Los mandatarios;

III. Los ejecutores testamentarios y los que fueren nombrados en caso de intestado;

IV. Los interventores nombrados por el testador o por los herederos;

V. Los representantes, administradores e interventores en caso de ausencia;

VI. Los empleados públicos. (Código de 70 art.2975, Código de 84 art. 2845).

Art. 2281. Los peritos y los corredores no pueden comprar los bienes en cuya venta han intervenido. (Código de 70 art. 2976, Código de 84 art. 2846)

Art. 2282. Las compras hechas en contravención a lo dispuesto en este capítulo serán nulas, ya se hayan hecho directamente o por interpósita persona. (Código de 70 art. 2977, Código de 84 art. 2847)

La prohibición contenida en el artículo 2280 en su fracción primera corresponde a un prohibición en materia de representación legal; la fracción segunda es el fundamento que en la doctrina se cita como prohibitivo del autocontrato, por lo que a la representación voluntaria respecta, y por tanto su estudio resulta fundamental.

En principio la prohibición en comento parece ser clara, pero si se analiza con mayor profundidad se suscitan diversas dudas sobre las cuales no existe en la doctrina una solución uniforme que satisfaga a los distintos autores.

La lectura del artículo deja claro en su fracción segunda que los mandatarios no pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hayan encargados. Hacemos la aclaración que el texto del artículo nunca se refiere directamente al autocontrato y que, si la doctrina señala a este fundamento como prohibitivo de la institución que estudiamos, es mediante una interpretación que de él se hace.

La redacción del artículo deja abierta la posibilidad de que el mandatario le pueda vender sus bienes al mandante, de igual manera deja abierta la duda de que, aún cuando el mandante dé su consentimiento para que su mandatario pueda adquirir los bienes de cuya venta o administración se encuentra encargado, opera la referida prohibición, incluso si es el propio principal quien celebra el acto. También existe la duda en cuanto a si dicha prohibición se puede aplicar extensivamente a otros contratos o si solamente es aplicable a la compraventa; tampoco queda claro a que se refiere la ley cuando menciona en su artículo 2282 "...por interpósita persona". No señala que tipo de sanción (nulidad absoluta o relativa) recae sobre los actos realizados en contravención de dicha prohibición.

Con el fin de tratar de resolver las dudas arriba expresadas, buscamos conocer cuál fue el motivo que argumentó el legislador al redactar este artículo y con ello hacer una interpretación auténtica del mismo.

La exposición de motivos del Código de 70 dice: "...En el artículo 2975 se enumeran seis clases de personas á (sic) las que está prohibida la compra de los bienes que administran, por el temor fundado de que, abusando de su posición y del conocimiento que tienen de los bienes, los adquieran á (sic) bajo precio, valiéndose de artificios para separar a los demás postores, ó (sic) fingiendo compras para evadir la rendición de cuentas.

Por razones semejantes se excluye en el artículo siguiente á (sic) los peritos y corredores".⁸⁶

Los motivos que señalan los redactores del Código de 1970 no dan mayor luz para poder resolver de fondo las dudas planteadas respecto del artículo 2280 y siguientes de nuestro ordenamiento civil pues, si bien es cierto que el motivo determinante que señalan es evitar la lesión de intereses de los representados etc... por la posición "privilegiada" que tienen, ésto no es suficiente para resolver las dudas apuntadas.

En la exposición de motivos se argumenta como tal que los mandatarios, valiéndose de su posición privilegiada, puedan separar a los demás postores, nosotros no preguntamos ¿cuáles? Los orígenes de este artículo, como más adelante lo estudiamos, refieren directamente a los casos de subasta, el legislador parece que con el motivo antes expresado también se refiere a los casos en que las personas

mencionadas en el artículo adquieran por subasta pública, sin embargo en el texto de la ley dicho supuesto no se mencionó, el legislador lo suprimió.

Diez Picazo al estudiar el artículo 1459 del Código Español que es el equivalente a nuestro artículo 2280 -con la diferencia de que en el primero sí se menciona la prohibición de adquirir mediante subasta- realiza un profundo análisis del mismo señalando que en los comentaristas españoles han existido principalmente dos corrientes de pensamiento en orden a la interpretación y alcance del referido artículo. La primera corriente señala que la razón de la prohibición es por una razón de moralidad, la segunda señala como razón de la misma lo que puede calificarse como una prohibición de autocontratar. Al respecto dice:

“...En los primeros comentaristas de nuestro Código Civil, estos divergentes puntos de vista (las diversas soluciones dadas por los autores y tribunales españoles a las dudas arriba planteadas) comienzan a dibujarse con nitidez. Manresa entendía que la razón de este precepto, así como lo que está en la base de los demás apartados del artículo 1495 CC, es una -razón de moralidad-. La ley ha querido -decía el autor citado- evitar en cuanto sea posible toda ocasión de fraude, de engaño o de perjuicio. Se sigue de ello que -siendo una razón de moralidad- la que inspira el artículo, la materia sobre la que recae afecta al orden público y por tanto, sus preceptos no son renunciables”.⁸⁷

Continúa señalando que para Manresa aún cuando el mandante venda al mandatario la venta continúa siendo nula porque “la voluntad del mandante no tiene

⁸⁶Código Civil de 1884 *Op. cit.*
⁸⁷Diez Picazo *Op. cit.* pág. 108.

eficacia bastante para convertir en capaz a aquél a quien el Código declara incapaz”. Para Mucius Scaevola el verdadero motivo legal consiste en que, por virtud de la representación, el mandante y mandatario forman una sola persona jurídica siendo ésta la razón de la prohibición; no pueden comprar porque lo que no pueden es venderse.

Pensamos que la razón de moralidad no tiene sustento pues, ella implica que la ley con dicha prohibición establece una presunción *iure et de iure* de mala fe del mandatario, siendo que un principio general del derecho es que la buena fe se presume y la mala fe, dolo, culpa, etc..., se debe probar.

Nos parece absurdo que la ley desconfie de tal manera de las instituciones que ella misma ha procurado para la guarda y protección de los incapacitados, en el caso de la representación legal, y que desconfie de tal manera en el caso de los representantes voluntarios cuando el mandante no lo ha hecho; recordemos el cuestionamiento que realiza García-Revilla ¿Porqué si no desconfía el mandante, desconfía la ley?.

Por lo que se refiere al motivo que menciona Mucios Scaevola basta con tener clara la idea de la representación para ver que su afirmación es falsa: el mandante y el mandatario por motivo de la representación no forman una sola persona, cada una mantiene su propia personalidad y, en consecuencia, su propia capacidad para poder contratar, razón por la cual, como ya lo hemos demostrado antes, el mandatario puede autocontratar con su mandante sin que sea un imposible jurídico como este autor piensa. Aunado a lo anterior en caso de que así lo hubiera estimado el legislador la prohibición sería innecesaria “Nadie puede venderse a sí mismo”.

Continúa exponiendo Díez Picazo: “Con arreglo a la segunda de las mencionadas direcciones doctrinales, en cambio, el precepto contiene una prohibición que puede calificarse como -prohibición de autocontratar-; alcanza sólo al mandatario que tiene facultad para enajenar los bienes; no entra en el juego de cuando vende el propio mandante o cuando el mandante autoriza expresamente la autocontratación; la sanción que el precepto conlleva, cuando es infringido, no es una nulidad radical y absoluta, porque el mandante puede ratificar *a posteriori*, expresa o tácitamente, lo hecho por el mandatario; se trata por ende de una nulidad relativa o de una mera impugnabilidad.

...La tesis que considera la prohibición del artículo 1459, 2º CC como un caso de aplicación de la prohibición de autocontratar y entiende que es precisamente este peligro de autocontratación lo que el Código ha tratado de evitar, resulta demasiado estrecha. En primer lugar, es obvio que no concuerda con la letra del precepto, que tiene por esto que ser sometida a una arbitraria corrección. Es claro que el precepto no exige, para que la prohibición entre en juego, que sea una misma persona quien al mismo tiempo actúe como vendedor en concepto de mandatario y como comprador en su propio nombre. Con ello tampoco se habrían prohibido todos los casos de autocontratación, pues quedaría el contrario, que es vender en propio nombre y comprar como mandatario o actuar en el autocontrato en una doble representación. Además, no se contiene como excepción la posibilidad, que nadie discute, de que el *dominus negotii* autorice expresamente la autocontratación”.⁸⁸

Díez Picazo refiere la opinión de García Valdecasas quien ha argumentado que la razón de la prohibición es la incompatibilidad de intereses, que no existe cuando

el mismo dueño es el que dispone de los bienes. Para este autor el fin de la prohibición es que en ningún caso la compra puede resultar hecha sin una directa y expresa participación de la voluntad del propietario.

Después de referir lo anterior Diez Picazo, señala que para poder resolver las cuestiones planteadas es necesario contar con más elementos, por lo que estudia los antecedentes del artículo 1459 fracción II en el proyecto de García Goyena quien señala como antecedentes de este artículo a los códigos francés, holandés, al de Cantón de Vadú, al Digesto y a la Novísima Recopilación. En el Digesto⁸⁹ un texto de Paulo señala que el tutor no puede comprar las cosas del pupilo, regla que se extendía a los curadores, procuradores y personas que gestionaban asuntos ajenos, prohibición que no tuvo efectos absolutos admitiéndose la compra cuando se realizaba de buena fe, criterio que adoptaron las Partidas. Sin embargo la Novísima Recopilación modificó el sistema romano y dispuso que: "todo hombre que es cabezalero, guarda de huérfanos a otro hombre o mujer no pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquél que administrare, y si la comprare pública o secretamente, la compra que así fue hecha no valga y sea deshecha y tome el cuatro tanto de lo que valía y sea para nuestra Cámara".⁹⁰ Señala que no quedó muy clara la extensión de la anterior ley en cuanto a las personas que se les aplicaba.

El Tribunal Supremo Español, antes de la codificación, estimó que la prohibición sólo se refería a representantes legales y que por ello podía el administrador voluntario comprar las cosas que administrara cuando el vendedor es dueño de ellas, y el gerente de una sociedad los bienes propiedad de su representada.

⁸⁹Idem.

⁹⁰Dig. I. 1. 34. 37.

Posteriormente hace un estudio de derecho comparado del que resalta el realizado con el Código francés (antecedente del español y de los mexicanos) en el cual lo que se prohíbe es resultar adjudicatario, es decir limita la prohibición a las ventas por subasta. Al derecho mexicano no pasó dicha prohibición (adquirir por subasta).

Con los anteriores elementos comienza estudiando, en primer término, la venta directa que hace el dueño de los bienes al mandatario, al respecto argumenta: "... Si en la base de la prohibición del artículo 1459, 2º está un designio de evitar el engaño y el fraude de los administradores, tendremos que convenir que se le concede al dueño que voluntariamente vende a su administrador una protección privilegiada, muy superior a la de los demás contratantes que sufren al contratar dolo o fraude, sin que se vea claramente esta razón de esta especial y privilegiada protección fuera y más allá de las reglas generales de impugnación de los negocios jurídicos. Por último convendrá señalar que prevenir y evitar una gestión dolosa o negligente del administrador en orden a una desvalorización de los bienes es algo que compete también al principal o *dominus negotii*, sobre quien pesa una carga de vigilancia de la actuación del gestor, de manera que si aquélla se produce habrá sido en parte porque el principal la ha hecho posible merced a su omisión o a su descuido".⁹¹

Del anterior argumento concluye que la prohibición del artículo 1459 fracc. II no es una prohibición de autocontratar porque en él no se prevén todos los casos en los que el autocontrato se puede dar y porque el legislador no reguló las diversas

⁹⁰Cit. por: Díez Picazo. *Op. cit.* pág. 112.

⁹¹*Idem.*

consecuencias jurídicas que produce. Para Diez Picazo la razón de la prohibición no es el conflicto de intereses, sino la incompatibilidad.

Después de los antecedentes relacionados cabe hacernos las preguntas ¿qué es lo que el legislador protege con el artículo 2280 fracción II?, ¿cuál es el fin de la prohibición?

De lo anterior podemos concluir que la intención del legislador en el artículo 2280 de nuestro Código vigente nunca ha sido la de prohibir la autoentrada del mandatario en la compraventa de los bienes de cuya venta o administración está encargado.

Como se puede deducir de los antecedentes del Código, la prohibición del artículo en comento en su fracción segunda va dirigida, por sus orígenes históricos, a las ventas por subasta pública. Lo que prohíbe es que el mandatario resulte adjudicatario, pero no por el hecho de la compra en sí misma, sino por el procedimiento utilizado para celebrarla y para formar el precio -la subasta- la cual en la práctica presenta los inconvenientes por todos conocidos.

Tampoco podemos afirmar que la intención del legislador es en el sentido de prohibir también la venta de bienes del mandatario al mandante, de ningún antecedente podemos desprender que esa haya sido su intención por lo cual nosotros consideramos que el artículo 2280 permite que el mandatario venda bienes de su propiedad al mandante y que, al no estar prohibido el autocontrato, dicha venta puede celebrarla bajo esta modalidad.

Respecto a si la prohibición es susceptible de aplicarse por analogía a otros contratos, nosotros consideramos que no, con base en los antecedentes relacionados. En contra de los que afirman que se debe de hacer una aplicación extensiva de la prohibición del 2280 a otros contratos o actos jurídicos argumentando que donde hay la misma razón debe de haber la misma solución, argumentamos que de la lectura de los antecedentes se desprende que la intención del legislador siempre ha sido respecto de la compraventa, con base en ello nosotros consideramos que es aplicable el artículo 11 del Código Civil que establece: **Art. 11. Las leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.**

El legislador al referirse única y exclusivamente a la compraventa establece una excepción, al igual que lo hace en el arrendamiento, y por lo tanto podemos afirmar en consecuencia que no lo quiso hacer en los otros contratos, razón ésta para no poder aplicar analógicamente la prohibición.

Por lo que se refiere a la aclaración que realiza el artículo 2282 en cuanto a que la contravención a la prohibición se realice directamente o por interpósita persona, ésta presenta diversos planteamientos de interés para el objeto de este trabajo.

En el Código de 1870 existió el artículo 2978 el cual pasó al Código de 1884 como el artículo 2884 y en el de 1928 desapareció. Dicho artículo aclaraba lo que se debía entender por interpósita persona:

“Art. 2848 Se entenderá por interpósita persona el consorte ó (sic) cualquier otra de quien el comprador sea heredero presunto, ó (sic) socio en sociedad universal”.

Pensamos que el legislador del Código de 1928 no consideró correcto dicho concepto al suprimir el artículo referido del nuevo Código, dejando abierta la interpretación de las palabras "interpósita persona".

Pensamos que la intención del legislador con esta prohibición es evitar que se realice un acto simulado, para con él eludir la prohibición de ley. Los supuestos que marcaba el artículo 2848 del Código de 84 así lo manifiestan aunque de una manera muy limitada, pues no abarcaban todos los supuestos de los que se puede valer el mandatario para eludir la prohibición, como es contratar con otro apoderado del mandante nombrado por él mismo o por medio de un testaferro.

En el derecho español, respecto de este mismo planteamiento, se distingue entre persona intermedia y persona interpuesta. Por persona intermedia se entiende aquella primera adquirente de los bienes del mandante quien después los vende al mandatario, aunque no haya sido inmiscuida por él, o haya sido movida por su propio interés y aún cuando su intermediación no se deba a un previo acuerdo o a una previa relación con el mandatario supuesto en el que podrían entrar las personas enunciadas en el artículo 2848 del Código de 84 y por lo mismo la venta sería nula aún en el caso de que la persona intermedia desconociera la relación.

Respecto de persona interpuesta se distingue entre interposición ficticia e interposición real. En la primera las partes del negocio están conformes en que éste surta entre ellas todos sus efectos, pero interponen a un tercero con quien el negocio se simula celebrado a fin de ocultar la participación que en él ha tenido uno de los verdaderos contratantes: existe un acuerdo de las tres personas (mandante, mandatario y la persona interpuesta).

En la interposición real de persona, el intermediario es un verdadero contratante. La interposición real de persona presupone un acuerdo entre la persona interpuesta y el destinatario real, pero no es necesario que el otro contratante esté de acuerdo en la interposición. Entre el promotor de la interposición y la persona interpuesta existe una relación jurídica previa que puede ser un mandato o un pacto de fiducia, según los casos.

La interposición de personas a que se refiere el artículo en comento es la interposición real ya que, en el supuesto que manejamos, el principal no ha dado su consentimiento con la interposición, pues -como ha quedado establecido arriba- el principal puede vender directamente sus bienes a su mandatario, por lo cual no habría ninguna razón para interponer a una persona de manera ficticia y realizar un acto en fraude a la ley; supuesto que no comprendía el artículo 2848 del código de 84.

Lo anteriormente expuesto toma relevancia si consideramos que la prohibición del art. 2280 fracc. II va encaminada a prohibir la autoentrada del mandatario (afirmando lo anterior con base en una interpretación no sustentada en los motivos expresados por el legislador o en los antecedentes históricos, pero asumida y defendida por la mayoría de la doctrina tanto nacional como extranjera), debido a que éste -que quiere adquirir los bienes de cuya venta se encuentra encargado, para lo cual se encuentra imposibilitado- nombra un testafierro que los adquiera por él (supuesto que resultaría nulo en términos del artículo en comento) o, si goza de facultad para otorgar poderes reservándose su ejercicio, nombra a otro apoderado del principal para con él contratar y así burlar la prohibición de ley (supuesto que resultaría nulo por dos razones: la primera porque se estime que se trata de un caso de autocontratación, según

el criterio que se tenga respecto del contrato celebrado entre un apoderado con un subapoderado, y la segunda porque se trata de un caso de interposición real de persona).

Pero si consideramos que el texto del Art 2280 no prohíbe la autoentrada, (lo anterior fundado en una interpretación basada en los motivos expuestos por el legislador, en los antecedentes históricos y sin establecer ninguna presunción de deshonestidad de los representantes desconfiando de quién el principal confío) este artículo y por consecuencia los artículos 2281 y 2282 no tienen razón de ser en cuanto se refieren a los representantes legales o voluntarios quienes constituyen los sujetos productores de la modalidad de la autocontratación.

Existen otros dos artículos en el Código vigente que se citan como prohibitivos de la autoentrada, los cuales son:

Art. 2404. Se prohíbe a los magistrados, a los jueces y a cualesquiera otros empleados públicos tomar en arrendamiento, por sí o por interpósita persona, los bienes que deban arrendarse en los negocios que intervengan. (Código de 70 art.3074, Código de 84 art.2942).

Art. 2405. Se prohíbe a los encargados de los establecimientos públicos y a los funcionarios y empleados públicos tomar en arrendamiento los bienes que con los expresados caracteres administren. (Código de 70 art 3075, Código de 84 art. 2943).

Al igual que en el artículo 2280, el legislador en este caso estableció otra excepción al principio de la libre voluntad de las partes y, en consecuencia, a la posibilidad de la figura de la autocontratación, con lo que se refuerza el argumento fundamentado en el artículo 11 del Código vigente para desechar la teoría de la aplicación por analogía, del art. 2280 a otros contratos.

III Concepto de autocontrato en el Código Civil vigente.

En el Código Civil vigente en el Distrito Federal, como se desprende de los artículos relacionados, no existe ningún concepto de contrato consigo mismo. El legislador, en algunos artículos, parece suponer la existencia de un autocontrato y, en virtud de ello, realiza algunas prohibiciones. Nosotros pensamos que el legislador no actuó con un concepto de autocontrato, sino, como se puede ver en los comentarios realizados a los artículos del código, motivado por la posible lesión de intereses de alguna de las partes, cosa muy distinta y no necesaria del autocontrato.

Sin embargo nada impide que conforme a nuestro ordenamiento civil exista la modalidad jurídica que estudiamos, ya que, como lo hemos demostrado antes, la modalidad del autocontrato es una consecuencia extrema pero lógica de la idea de representación directa, misma que nuestro ordenamiento recoge en su "Artículo 1800. El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado" y que no prohíbe en ningún otro, con lo que no limita de ninguna manera al principio general del derecho privado de la autonomía de la voluntad, ni a la presunción *iuris tantum* de la buena fe de los contratantes.

IV Naturaleza jurídica del autocontrato en el Código Civil vigente.

En el capítulo I expusimos las diversas posturas que han adoptado los autores ahí citados para explicar la naturaleza jurídica del fenómeno de la autocontratación. En el presente apartado pretendemos hacer lo mismo a la luz de nuestro derecho vigente.

En el referido capítulo mencionamos que podíamos distinguir de manera general cuatro posturas para explicar la naturaleza jurídica de la autocontratación, las cuales son:

- A) Las que niegan la posibilidad de la figura.
- B) Las que la consideran como un contrato.
- C) Las que la consideran como un acto unilateral de voluntad.
- D) Las que la consideran como una modalidad de la formación del consentimiento en un contrato.

Por lo que se refiere a la primera postura pensamos que no hay lugar a la misma debido a que, como lo hemos manifestado en el apartado inmediato anterior, en el ordenamiento civil vigente nada impide que exista la modalidad de la autocontratación.

Respecto a la segunda -postura que considera a la autocontratación como un contrato- pensamos que, por lo que se refiere al ordenamiento vigente, no hay nada que impida que así se conceptualice.

Barrera Graf⁹², con base en los artículos 1792 y 1793 del Código, cuyo texto es el siguiente:

Art. 1792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Art. 1793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

menciona que no se le puede atribuir la naturaleza de contrato a la institución que estudiamos debido a que el artículo 1792 habla de “acuerdo de dos o más personas” lo que en el autocontrato no sucede.

Nosotros consideramos que el argumento de Barrera Graf no es sólido. Nos parecen contundentes los razonamientos que al respecto realizan Pérez González y Alguer al comentar la obra de Eneccerus y al cual nos remitimos⁹³, así como el señalado por Sánchez Medal quien afirma: “...no hay dificultad para admitir la posibilidad del contrato consigo mismo, porque en realidad se está en presencia de dos voluntades jurídicas, aunque psicológicamente se esté en presencia de una sola”.⁹⁴

En nuestra opinión cuando el artículo 1792 del Código menciona que “...convenio es el acuerdo entre dos o más personas...”, se refiere lógicamente a personas desde el punto de vista jurídico, a sujetos de derechos y obligaciones, y no

⁹²Barrera Graf, Jorge. *Op. cit.* págs. 117 y 118.

⁹³Cfr. pág. 13..

⁹⁴Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles, México, Edit. Porrúa, 13ª ed. 1994, pág. 31.

desde el físico, al que pudiera llegar a parecer que es al que alude Barrera Graf en su argumento.

En virtud de la representación en el contrato consigo mismo siempre hay dos personas, dos declaraciones de voluntad que lo integran y que, según nuestro entender, cumple con el sentido del artículo 1792.

Por lo que se refiere a la tercera postura -que sostienen en nuestro derecho algunos autores como Barrera Graf y Carlos de Pablo- que conceptúa a la autocontratación como una declaración unilateral de voluntad con efectos contractuales, consideramos que, de conformidad con nuestro Código Civil vigente resulta difícil sostener tal concepto.

Esclarecer si la declaración unilateral de voluntad es fuente o no de obligaciones y, en caso de serlo, si es una fuente general o especial de las mismas, rebasa la finalidad del presente trabajo, por tanto nos remitimos a lo expuesto en sus obras por Borja Soriano⁹⁵ y por Rojina Villegas⁹⁶ principalmente.

Nosotros pensamos que la declaración unilateral de voluntad no es fuente de obligaciones, pues siempre se requiere para que surja cualquier obligación que existan los tres elementos que la integran: un acreedor y un deudor unidos por un vínculo jurídico respecto de un objeto, lo cual en la declaración unilateral de voluntad no existe.

⁹⁵Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.* págs. 295 y ss.

⁹⁶Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.* págs. 421 y ss.

No consideramos que la anterior objeción se salve redefiniendo al concepto de obligación, como algunos autores lo han afirmado,⁹⁷ porque nos parece que la única razón para ello es la de constituir forzosamente a la declaración unilateral de voluntad como "nueva fuente de obligaciones".

Sin embargo nuestro Código en su libro IV, primera parte, título primero, capítulo segundo reconoce a la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones. Siguiendo el principio del derecho "*Dura lex sed lex*" nos encontramos ante otro problema, el saber si conforme a nuestro ordenamiento vigente es fuente general o fuente especial de las mismas.

A este respecto Borja Soriano argumenta: "...Al contrario en nuestro Código vigente, no existe un precepto general que reconozca que siempre que una persona declare que quiere obligarse dará nacimiento a una obligación; de manera que la voluntad unilateral en nuestro derecho, no es fuente general de obligaciones. En efecto, ya sabemos que para la creación de una obligación no basta la voluntad, sino que se requiere además la regla de derecho en que se funde, y esa regla de derecho es la que no existe en el caso de la declaración unilateral de voluntad.

Aparte de la peticitación, el Código vigente dedica un capítulo a la declaración unilateral de voluntad, considerando como fuentes de obligaciones de esta

⁹⁷De la Mata Pizaña afirma en su tesis, al refutar a los autores que objetan la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, lo siguiente: "En mi opinión, afirmar esto, es desconocer la "renovación del concepto mismo de obligación" que trajo consigo el Código Civil de 1928, puesto que si bien antiguamente se requería una perfecta determinación del sujeto para que naciera la obligación, hoy día, la ley sólo nos pide que el sujeto sea determinable. Podemos afirmar entonces que el concepto de "obligación" en el derecho mexicano fue revolucionado por el Código Civil en vigor..."

De la Mata Pizaña, Felipe *Subsistencia y naturaleza de los documentos civiles en el derecho común del Distrito Federal*, Tesis de Licenciatura, Escuela Libre de Derecho, México, 1995, págs. 40 y ss.

naturaleza las ofertas al público, la estipulación en favor de tercero y la obligación en documentos civiles y al portador, así pues, en nuestro Código, la declaración unilateral de voluntad es fuente especial de obligaciones, que sólo es creadora de ellas en los casos en que la Ley así lo admite. En otros términos, nuestro Código ha procedido de acuerdo con la teoría del Código Alemán.”

Ubicándonos en el pensamiento que sigue el Código de aceptar a la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones, pensamos -con base en los argumentos dados por Borja Soriano- que es una fuente especial por lo que solamente aquellos actos unilaterales que la ley reconoce como productores de obligaciones lo son.

Siguiendo las ideas de Bonnecase⁹⁸ respecto de las fuentes de las obligaciones (que son las que sigue nuestro Código) que señalan al acto jurídico y la ley o al hecho jurídico y la ley como tales, afirmamos que se requiere que el legislador sancione a determinado acto o hecho jurídico para que éste produzca consecuencias de derecho. Nuestro Código no señala a la autocontratación como el acto jurídico que ponga en movimiento la regla de derecho que hace obligatoria dicha manifestación de voluntad, por lo que consideramos que ésta no puede ser fuente de obligaciones.

Por los anteriores argumentos pensamos que a los autores que sostienen que la autocontratación es un declaración unilateral de voluntad se les pueden hacer las siguientes objeciones: primera, al no distinguir entre voluntad psicológica y voluntad jurídica en la formación del consentimiento (lo cual conforme al código es perfectamente posible), concluyen que la autocontratación es un acto unilateral.

Segundo para hacer que la declaración unilateral de voluntad sea una fuente de obligaciones requieren "redefinir el concepto de obligación" para así poder establecerla como "nueva fuente". Tercero tienen que negar los antecedentes del Código en cuanto al tema que nos ocupa y afirmar mediante una interpretación muy amplia que la declaración unilateral de voluntad es una fuente general y que las formas de la misma que regula el Código, solamente son enunciativas más no limitativas, y con ello dar cabida al autocontrato.

Por lo que se refiere a la cuarta y última postura que considera al autocontrato como una modalidad de la formación del consentimiento de un acto bilateral (contrato), pensamos que ésta es la verdadera naturaleza jurídica de la institución en estudio, como ya antes lo habíamos hecho notar, y que en nuestro Código Civil vigente nada obsta para sostener tal aseveración, pues en él se acepta la representación directa de la cual el autocontrato es una consecuencia lógica.

V Validez del autocontrato en nuestro ordenamiento civil.

En el capítulo primero estudiamos las dos objeciones que se plantean de manera general en la doctrina para admitir o no la figura de la autocontratación, las cuales son:

i) La imposibilidad jurídica de la figura.

- a) como contrato**
- b) como acto unilateral**

²⁸ *Cit. pos. Rojina Villagas. Op. cit. pág. 118.*

ii) La posibilidad de la existencia de conflicto de intereses y la lesión de los mismos por parte del autocontratante.

Con base en las anteriores objeciones señalamos las tres teorías que se han elaborado para determinar y regular al autocontrato, las cuales son:

- 1) Las que niegan totalmente su validez.
- 2) Las que lo aceptan limitada o condicionadamente
- 3) Las que lo aceptan ampliamente

I. Objeciones.

A) Imposibilidad jurídica de la figura.

Respecto de la primera objeción planteada hemos afirmado que el autocontrato es posible en nuestro derecho con fundamento en el artículo 1800 antes transcrito. Solamente es discutible su posibilidad jurídica si lo consideramos como un acto unilateral y si consideramos que la declaración unilateral de voluntad en nuestro código es una fuente especial, pues en ese caso sería imposible la figura con lo cual nos encontraríamos en el supuesto de la objeción planteada, el cual no compartimos.

B) Conflicto de intereses.

Por lo que se refiere a la segunda objeción, conforme se desprende de los comentarios que hemos realizado a los diversos artículos de nuestro Código, queda

claro que el legislador ha temido el conflicto de intereses entre el representado y el representante y la lesión de intereses por parte del autocontratante, pero en algunos casos y sólo mediante una interpretación amplia del texto de la ley se ubica al autocontrato en algunas prohibiciones.

Nosotros hemos manifestado que nos parece insuficiente la posibilidad del conflicto de intereses para la proscripción del autocontrato.

Respecto a la lesión de intereses consideramos que, en un sentido técnico del término, nunca hay lugar a la misma en nuestro derecho, por lo que establece el artículo 17 del Código Civil: **Art. 17. Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, mas el pago de los correspondientes daños y perjuicios.**

El derecho concedido en este artículo dura un año.

La razón de nuestro dicho es la siguiente:

Borja Soriano señala que el Código sigue la doctrina en la cual se considera a la lesión como un vicio de la voluntad de carácter subjetivo y objetivo. Al hablar del aspecto subjetivo dice que hay un vicio en el consentimiento que otorga el perjudicado cuando desconoce la desproporción, y la contraparte explota la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de éste. En los casos de representación el vicio

se presentaría generalmente en la voluntad del representante, que es el eficaz para la producción de los efectos jurídicos del acto.

Entrándose de actos celebrados bajo la modalidad que estudiamos nunca se dará dicho aspecto subjetivo, pues el representante, ya en nombre de otro o en el suyo propio, siempre conocerá la evidente desproporción y no se podrá valer de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de él mismo, por lo tanto no habrá vicio en el consentimiento y en consecuencia no habrá lesión, dando como resultado de la autocontratación un acto firme, el cual -en caso de que perjudique los intereses del representado- sólo tendrá el derecho de exigirle al representante el pago de daños y perjuicios al momento de la rendición de cuentas.

2. Teoría que sigue nuestro código.

Respecto a la postura que sigue nuestro Código en cuanto a la validez del autocontrato, de todo lo expuesto anteriormente en este capítulo podemos concluir que no sigue ninguna de las tres teorías mencionadas porque no la acepta en ningún artículo ni limitada, ni condicionada, ni ampliamente; tampoco lo prohíbe directamente, sino sólo en algunos casos a través de una interpretación que se hace del texto de la ley; pero, como lo hemos señalado también de conformidad con el propio Código la institución en estudio es posible. De lo que concluimos que existe una laguna legal que es necesario subsanar para evitar la multitud de criterios y opiniones contrarias -que existen en el ámbito jurídico- que repercuten en su aplicación práctica, dando como resultado inseguridad jurídica para las personas interesadas en valerse de esta institución y para los fedatarios o autoridades a quienes corresponde autenticar actos realizados bajo esta modalidad.

Hemos expuesto las diversas opiniones contrarias a que nos referimos anteriormente, hemos tratado de demostrar que no hay una razón de fondo para prohibir el autocontrato: que no basta el simple temor a la lesión de intereses, que no tiene razón alguna de ser el presumir la mala fe del autocontratante, y que -en caso de producirse un daño o un perjuicio a alguna de las partes por el autocontratante- es con la responsabilidad civil o penal por culpa, dolo o negligencia en la ejecución del negocio a la que se encuentra obligado el representante, misma que el perjudicado puede hacer valer al exigir la rendición de cuentas, con lo que se encuentra protegido ya que puede exigirle el pago de los daños y perjuicios que le haya causado.

Por todo lo anterior pensamos que es necesario regular el autocontrato, hacerlo acorde a nuestro derecho de forma tal que exista una norma que brinde el criterio general a seguir respecto de su validez y conforme al cual sepamos cual es la sanción que deben recibir los actos realizados en contra de dicho criterio, con el objeto de poner fin a la multitud de opiniones, posturas, etc.. que existen respecto de esta institución cuya utilidad práctica es indudable y que por los mismos se descarta.

VI La obligación de rendir cuentas con pago y la responsabilidad del mandatario.

Hemos señalado anteriormente que la posible lesión de intereses del representado no es una razón suficiente para prohibir la existencia y la validez del autocontrato porque ésta no se produce de manera necesaria y, aún para el caso de que se produjese, el principal se encuentra protegido debido a que todo representante está obligado a rendir cuentas y a resarcir los daños y perjuicios causados al principal

cuando éste así se lo exija, o a restituir la situación, en caso de ser posible, al estado en que se encontraba.

Así lo establecen los siguientes artículos del Código:

Por lo que se refiere a la patria potestad.

Art. 439.- Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos.

Art. 442.- Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen

Por lo que se refiere a la tutela.

Art.- 590. El tutor está obligado a rendir al juez cuenta detallada de su administración, en el mes de enero de cada año...

Art.- 602 El tutor, o en su falta quien lo represente, rendirá las cuentas generales de la tutela en el término de tres meses, contados desde el día en que fenezca la tutela. El juez podrá prorrogar este plazo hasta por tres meses más, si circunstancias extraordinarias así lo exigieren.

Art.- 604. La garantía dada por el tutor no se cancelará sino cuando las cuentas hayan sido aprobadas.

Como hemos visto anteriormente en la representación legal el legislador, a través de la ley, suple la voluntad de los incapaces, por lo que actuar en contra de las prohibiciones establecidas por la misma constituye un acto ilícito; en virtud de ello el representante legal se encuentra obligado a responder por los daños y perjuicios que ocasiona con su actuar, en términos de los arts. 1910 y 1915, mismos que se reflejarán en la rendición de cuentas que tiene obligación de realizar. Para el caso de los incapaces sujetos a tutela la garantía es aún mayor, pues la ley exige al tutor que garantice -preferentemente con hipoteca o prenda- el pago de los daños o perjuicios ocasionados por su desempeño como tal, en términos de lo dispuesto por el Capítulo IX del Título Noveno del libro Primero del Código Civil.

En tratándose de representación voluntaria también existe la obligación, de manera general, por parte del representante de rendir cuentas con pago por el ejercicio de su cargo (decimos de manera general porque esta obligación la puede dispensar el mandante, generalmente cuando el acto se efectúa en interés de otra persona). Así lo dispone el artículo 2569:

Art. 2569.- El mandatario está obligado a dar al mandante cuentas exactas de su administración, conforme al convenio, si lo hubiere; no habiéndolo, cuando el mandante lo pida, y en todo caso al fin del contrato.

Así mismo, el mandatario está obligado de conformidad con los artículos 2562, 2563 y 2566 a sujetarse a las instrucciones que le dé el principal, a actuar dentro de las facultades que le son conferidas, a darle oportuna noticia de las circunstancias que puedan determinarlo a revocar o modificar el encargo, a consultarle en lo no previsto y, en caso de no ser posible, a tratar el negocio como propio. En caso de

actuar más haya de las facultades o instrucciones recibidas o contraviniendo éstas responde de los daños y perjuicios que le ocasione al principal o está obligado a restituir la situación al estado en el que se encontraba anteriormente (si es posible), en términos de los arts. 2565 y 2568, respondiendo por culpa o negligencia en el ejercicio del mandato, con fundamento en los arts. 1910 y 1915 del Código.

El mandatario que quiera autocontratar, primeramente tiene que ver si tiene facultades suficientes para realizar ese acto (administración, dominio, etc.), en caso que no fuera así responde de los daños y perjuicios en términos de los artículos 2565 y 2568, pudiendo el principal dejarle a cargo el cumplimiento de dicho contrato.

En caso de que contara con facultades suficientes tiene que ver si el autocontrato que pretende realizar se ajusta a las instrucciones recibidas; aquí pueden existir tres supuestos:

a) Que sea contrario a las instrucciones recibidas; el mandante le prohibió autocontratar o las condiciones en las que quiere celebrar el autocontrato son contrarias a las recibidas, en este caso si autocontrata se aplica el referido artículo 2265.

b) Que sea conforme a las instrucciones recibidas; el principal lo instruyó para autocontratar, o las instrucciones recibidas son de tal manera específicas que el hecho de autocontratar sujetándose fielmente a las mismas no dañan al principal, el autocontrato es perfectamente válido.

Cabe señalar que esto sólo lo saben el poderdante y el apoderado por lo que los terceros, fedatarios o autoridades que tienen conocimiento del autocontrato, ignoran dicha circunstancia y, por lo mismo, desconfían de él, desechándolo en la práctica por temor a su posible invalidez.

c) Que el principal no haya dado suficientes instrucciones al mandatario para que éste pueda saber si celebrar el autocontrato en las condiciones que quiere le es permitido: este caso es el mas común y el que presenta mayor dificultad, recordemos que el mandatario se encuentra obligado a consultar al principal, a informarle de su interés en autocontratar y de las condiciones del mismo para que éste lo instruya al respecto, y en caso de no poder hacer lo anterior se encuentra obligado a actuar como si el negocio fuera propio, buscando proteger los intereses del principal (art. 2563), por lo que en este caso buscaría proteger los intereses de ambas partes, lo cual no nos parece imposible, ni ilógico pues, como ya lo hemos sostenido en el presente trabajo,⁹⁹ los negocios de cambio no implican necesariamente que una parte pierda y la otra gane, sino que puede existir un punto medio -justo- que satisfaga a ambas partes, en este caso a los principales.

Para el caso de que el o los representados juzguen que se les causó daño o perjuicio se encuentran facultados para exigirle el pago de éstos al mandatario o el restablecimiento de la situación anterior alegando culpa o negligencia de su parte en términos de lo dispuesto por los artículos 1910 y 1915 de nuestro ordenamiento civil.

En los casos de autocontratación consideramos que no puede existir un tercero contratante de buena fe, pues el autocontratante no puede alegar a nombre propio o de alguno de sus representados que desconocía las facultades e, incluso, las instrucciones de la otra parte, siendo aplicable por analogía el art 2584.

En virtud de la protección con la que cuenta el representado al poder exigir el pago de daños y perjuicios consideramos que la prohibición de la fracción II del artículo 2280 no tiene razón de ser, por lo que debe de ser derogada.

Sin embargo, la problemática a la que se enfrentan los fedatarios o autoridades -a quienes les corresponde autenticar algún acto celebrado bajo esta modalidad- o a los terceros -que quieren beneficiar del acto- no se resuelve con la derogación de la fracción a la que nos referimos; la laguna legal continúa existiendo, pues falta un elemento objetivo que proporcione una base sólida para que estas personas sepan que el mismo es totalmente válido y eficaz.

Pensamos que el legislador debe de regular la institución que estudiamos de forma tal que aporte ese elemento objetivo que llene la laguna legal existente, aportando el criterio que evite la multitud de opiniones contradictorias, a que hemos hecho referencia en el cuerpo del presente trabajo, que provocan la proscripción práctica del autocontrato, de forma tal que las personas que se quieran valer de esta institución, así como los fedatarios y autoridades, tengan un criterio objetivo que brinde certeza respecto de la validez de dichos actos.

¹⁰Cfr. pág. 29.

Por nuestra parte, y con el fin de ser coherentes con el sistema que sigue nuestro Código en cuanto a la regulación de las facultades implícitas y explícitas de los mandatarios, consideramos que para facilitar el tráfico jurídico mediante la utilización de la autocontratación, a ésta se le debe dar el mismo tratamiento que a la facultad de sustitución del poder. Debe ser siempre una facultad explícita, obligándose a los notarios a explicar al poderdante en qué consiste la misma, para que, en caso de que éste así lo quiera, se especifique en el texto del poder, de forma tal que constituya el criterio objetivo para que los terceros, los fedatarios y las autoridades tengan certeza de la validez del acto por lo que a la problemática de la autocontratación se refiere.

Pensamos que esta solución es la más adecuada, pues el dejarla como facultad implícita o a nivel de una instrucción no resolvería la problemática planteada, de los criterios contrarios, en cuanto a su admisibilidad y al desconocimiento que del mismo tiene el propio apoderado o los terceros, las más de las veces. Pensamos que de esta manera se soslayaría cualquier discusión respecto de si el mandatario se encuentra o no facultado para autocontratar, pues queda claro que si se realiza algún autocontrato que no goce de dicha facultad el acto es nulo (relativo) pues el apoderado no se encuentra legitimado para realizar dicho acto, por lo que estaría actuando en exceso de las facultades que le fueron conferidas.

Interpretando, a *contrario sensu*, la solución que proponemos, se puede afirmar que el autocontratante que no se encuentra facultado para ello actúa en contra de las instrucciones del poderdante, pues éste, al no facultarlo, lo que hizo fue prohibírselo.

VII Formalidades a las que se deben de sujetar los contratos celebrados bajo la modalidad de la autocontratación.

Hemos establecido que la institución de la autocontratación no es en sí un contrato sino sólo una forma en la que se puede integrar el elemento de existencia, que es el consentimiento, en la formación de un contrato.

El Código Civil en materia de forma establece lo siguiente:

Art. 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley...

Art. 1797.- La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Art. 1803.- El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Art. 1832.- En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

Al no existir, en los contratos celebrados bajo esta modalidad, el acto material, exterior objetivo, cognoscible por el que se repute integrado el acuerdo de voluntades -que es la declaración de voluntad recíproca que se hacen los contratantes- nos encontramos ante el problema de que no existe prueba alguna del acuerdo de

voluntades, por lo que no hay consentimiento y, por lo tanto, no hay contrato. Lógicamente tampoco pueden haber contratos celebrados bajo esta modalidad en los que el consentimiento sea tácito, siempre debe de ser expreso, pero no de forma tal que el autocontratante pueda revocar de manera oculta e imperceptible -para los terceros o para los principales- el autocontrato que celebró, pues no se le puede dar valor obligatorio a una manifestación de voluntad que se puede revocar de tal manera ya que, nunca aparecería la forma en que quisieron obligarse los contratantes, encontrándonos en el supuesto del artículo 1797 del citado ordenamiento.

Por tales motivos es necesario establecer las formalidades a las que se deben sujetar los contratos celebrados bajo esta modalidad para que exista una prueba del consentimiento y de la integración del contrato, de manera tal que se evite la posible revocación oculta e imperceptible, para los terceros y los principales, del autocontrato pudiéndose así considerar obligatorio al consentimiento formado de esta manera.

El artículo 1796 del Código establece como regla general el perfeccionamiento de los contratos por el mero consentimiento y, como excepción, la sujeción de los contratos a alguna formalidad, lo que en la práctica es al contrario, pues la mayoría de los contratos típicos requieren de alguna formalidad para su validez debido a la prueba -de la celebración del contrato- que constituyen éstas.

Para el caso que nos ocupa pensamos que siempre deben sujetarse a la formalidad de ser otorgados de manera tal que consten fehacientemente para que exista prueba de su celebración. Los contratos cuya celebración requiere de una formalidad que supone lo anterior, no variarán en su forma (formalidad), como lo es la compraventa de inmuebles que requiere de escritura pública, pues la intervención del

notario -con todo lo que ello implica-, constituye ese acto de materialidad objetiva que evita una revocación oculta, ya que el fedatario conserva en su protocolo el instrumento en el que se otorgó el acto, así mismo consta que el notario se aseguró de que el compareciente tuviera facultades suficientes (facultad especial) para autocontratar, etc.

Por lo que se refiere a aquellos contratos para los cuales la ley no exige una formalidad que haga constar de manera fehaciente el consentimiento, como lo son los puramente consensuales, los que deben de constar por escrito privado solo o ante dos testigos; si se quieren realizar bajo la modalidad que estudiamos, se deberán formalizar ante algún fedatario (notario, registrador, juez, etc.) para que consten de manera fehaciente, adquieran fecha cierta y quede constancia de su existencia, con lo cual pensamos se evita el riesgo de una revocación oculta que haga inexistente el acto para las partes por la dificultad de probar la existencia del consentimiento.

De todo lo anterior concluimos que los actos celebrados bajo la modalidad de la autocontratación deberán ser otorgados ante fedatario (notario, corredor, registrador) que los autorice en términos de ley, con las obligaciones inherentes a los de su clase, como lo es el constatar las facultades del representante, la licitud del negocio, la guarda del documento, su reproducción, explicar las consecuencias legales del acto, etc.

VIII Sanciones que se deben dar a los actos celebrados bajo la modalidad de la autocontratación cuando ésta se encuentra prohibida.

Nuestro Código Civil vigente adoptando las ideas de Bonnecase en cuanto a la distinción entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa, sigue la teoría clásica elaborada por los juristas franceses para explicar estas sanciones (que es la que seguían los Códigos de 1870 y de 1884), pero con algunas reservas haciéndola menos rígida. Dichas ideas establecen que la ley dispondrá, atendiendo a los intereses que se protejan, en qué casos se sancionará al acto ilícito con nulidad absoluta o con nulidad relativa (Art. 2225), lo cual siempre deberá ser declarado por el juez con lo que se eliminan las nulidades de pleno derecho en nuestro ordenamiento.

Señala Borja Soriano que algunas veces la ley establece con qué tipo de nulidad se debe sancionar al acto ilícito, sin embargo existen casos en los que la ley omite hacer dicho señalamiento, como son los que nos ocupan. En virtud de lo anterior, el juzgador se encuentra obligado a investigar con qué tipo de nulidad ha querido sancionar el legislador al acto ilícito atendiendo a los derechos que tutela la norma y a la importancia que le da a los mismos según la naturaleza de la violación, así el legislador ponderará la violación de forma tal que la sanción variará de conformidad con los bienes protegidos por la norma prohibitiva.

El artículo octavo del Código sólo nos señala que los actos ilícitos son nulos, sin indicarnos que tipo de nulidad es.

Art. 8 Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley orden lo contrario.

Por la razón anterior resulta importante saber cuál fue la intención que buscó el legislador con las prohibiciones contenidas en los artículos en comento. En la

exposición de motivos señala lo siguiente: "Tratándose de la nulidad de las obligaciones, se estableció una doctrina más clara y fundada. Como principio básico, se sostiene que sólo la ley puede establecer nulidades, y éstas se dividen en absolutas y relativas, resultando las primeras de los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público. A la segunda categoría pertenecen todas las demás..."

De lo anterior concluimos que la intención del legislador es que los actos celebrados en contra de leyes prohibitivas o de interés público sean nulos absolutos excepto cuando él lo indique.

Nosotros consideramos que en materia de derecho de familia las instituciones de patria potestad y tutela son instituciones de interés público (Art.452) y, por lo mismo, las normas relacionadas en el inciso II del presente capítulo son prohibitivas, por lo que los actos ejecutados en contra de las mismas -actos ilícitos- se deben sancionar por el juzgador con nulidad absoluta.

En materia de representación voluntaria, por lo que se refiere a los actos celebrados en contra de la prohibición contenida en el artículo 2280 fracción II, consideramos que los bienes protegidos no son de interés público, sino que son únicamente de interés particular, por lo que los actos celebrados en contravención a dicho artículo son susceptibles de confirmación. Por esta razón por la cual con base en los artículos 8 y 2226 del Código Civil ambos interpretados a *contrario sensu* del artículo 2227 y en la exposición de motivos del citado ordenamiento, afirmamos que dichos actos ilícitos son sólo sancionables con nulidad relativa.

En tratándose de actos celebrados en contra de las prohibiciones señaladas en los artículos. 2404 y 2405 consideramos que en ellos los intereses protegidos son los del Estado y, por lo mismo, son de interés público, razón por la cual dichos actos deben de ser sancionados con nulidad absoluta independientemente de la responsabilidad administrativa en que incurran los funcionarios por realizarlos.

IX Casos especiales de contratos respecto de la modalidad de la autocontratación.

1. El contrato de Mandato.

Este contrato no acepta la modalidad de la autocontratación en el supuesto de que el autocontratante participe como representante de una persona y por su propio derecho, pues evidentemente es un absurdo que él se encargue a sí mismo de la ejecución de diversos actos jurídicos.

2. El contrato de Donación.

Consideramos que este contrato, de manera general, no acepta celebrarse mediante representación, sino única y exclusivamente cuando media facultad expresa en el poder. Siguiendo el argumento de que la función del apoderado es la conservación y protección del patrimonio de su representado, nosotros consideramos que para donar se requiere siempre de cláusula especial, aunque no dejamos de manifestar que es discutible tal aseveración.

De conformidad con lo que hemos expuesto anteriormente el apoderado que quiera autodonarse requiere de facultad expresa para donar y de facultad expresa para autocontratar. Solamente así, consideramos nosotros, se encuentra facultado para celebrar el contrato de donación bajo la modalidad de la autocontratación.

3. Convenio de Transacción.

Consideramos que este convenio no se puede celebrar bajo la modalidad de la autocontratación debido a que en él no existe el conflicto de intereses como posibilidad, sino que existe realmente, por lo que el mandatario se convierte en juez y parte.

Es evidente que este convenio no admite la modalidad de la autocontratación en el caso de que el autocontratante participe en él como representante y por su propio derecho, pues no habría transacción, habría un allanamiento. Es absurdo que el principal, que tiene una controversia, faculte a la persona con la que la tiene para que ésta la resuelva: entonces no hay controversia.

Lo mismo podemos decir del caso en que el autocontratante participe como representante de las dos partes en disenso, independientemente de la responsabilidad penal en que podría incurrir en términos del artículo 232 fracción I del Código Penal para el Distrito Federal en caso de ser abogado patrono.

Conclusiones.

Con los argumentos expresados a lo largo del presente trabajo consideramos que han quedado demostradas las hipótesis que nos planteamos al principio de la presente trabajo con lo cual enunciamos a manera de conclusión del mismo las siguientes tesis.

1) Afirmamos que el autocontrato sí es posible y que su naturaleza es la de ser una modalidad de la forma de integrarse el consentimiento en los contratos (actos bilaterales).

2) Los Códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870, de 1884 y el vigente de 1928 no han regulado de manera directa al autocontrato, no existe en ellos concepto alguno de esta modalidad.

3) De conformidad con el Código Civil vigente es posible la existencia y absoluta validez de la institución en estudio por lo que proponemos se derogue la fracción II del artículo 2280 del Código Civil por no tener razón de ser.

4) Que existe en el Código Civil vigente en el Distrito Federal una laguna legal respecto del autocontrato la cual es necesario llenar para evitar su proscripción práctica. Para lo cual proponemos se establezca en él que la facultad para autocontratar debe ser expresa y los actos realizados bajo esta modalidad deben de ser, en todos los casos, celebrados ante fedatario público o autoridad que los autorice.

FUENTES DE INFORMACIÓN.

LIBROS Y REVISTAS.

Barrera Graf, Jorge. La representación voluntaria en el derecho privado: representación de sociedades. México D.F., Edit. UNAM, Revista del Instituto de Derecho Comparado, 1962.

Bonnecase, Julien. Elementos de derecho civil. Puebla, Edit. Cajica, 1946.

Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. México D.F., Edit. Harla, 3ª ed., 1987.

Borrell Soler, Antonio Ma. Cumplimiento, incumplimiento y Extinción de las obligaciones contractuales civiles. Barcelona, Edit. Bosch, 1985

Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. México D.F., Edit. Porrúa, 13ª ed., 1994.

Castan Tobeñas, José. Derecho civil español común y foral. tomo I, II, III, Madrid, Edit. REUS, 6ª ed., 1943.

De Castro y Bravo, Federico. Tratado práctico y crítico de derecho civil. (tomo X El negocio jurídico), Madrid, Edit. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971.

De Pablo, Carlos. Actos y negocios consigo mismo. hacia una reglamentación. en
Commemoración del cincuentenario del examen de oposición como único medio
de acceso al notariado en el Distrito Federal, México D.F., Edit. Colegio de
Notarios del Distrito Federal, Mayo de 1996.

Díez Picazo, Luis. La representación en el derecho privado. Madrid, Edit. Civitas,
1974.

Díez Picazo, Luis. Sistema de Derecho Civil. (vol. II), Madrid, Edit. Tecnos, 1980.

D'ors, Álvaro. Derecho Privado Romano. Pamplona, Edit. EUNSA, 7ª ed. 1986.

Eco, Umberto. Comó se hace una tesis: técnicas y procedimientos de investigación,
estudio, y escritura. México D.F., Edit. Gedisa Mexicana, 15ª reimpresión,
1992.

Enneccerus, Ludwig, Kipp Theoder y Wolf Martin. Tratado de Derecho Civil. (trad. al
español y notas por Blas Pérez González y José Alguer) Tomo II -2º, Vol I,
Barcelona, Edit. Bosh, traducción de la 35ª ed. alemana, 11ª revisión, 2ª ed.,
1954.

García Goyena, Florencio. Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil
Español. (tomo III), Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial,
1852.

- Galva Rodríguez, José Eduardo. "La Autocontratación en la compraventa en Puerto Rico." en Revista de Derecho Puertorriqueño, Ponce, Puerto Rico, Edit. Escuela de Derecho Universidad Católica de Puerto Rico, números 106, 107 y 108, Julio de 1989 a Abril de 1990, año XXIX. págs. 9 a 32.
- Garza Mercado, Ario. Normas de estilo bibliográfico para ensayos semestrales y tesis. México D.F., Edit. El Colegio de México D.F., Biblioteca Daniel Cosío Villegas, 1995.
- Gordillo, Antonio. La Representación Aparente: una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica. (Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, N.º 36), Sevilla, Edit. Universidad de Sevilla, 1978.
- Hupka, Josef. La representación voluntaria en los negocios jurídicos. (trad. del alemán y notas de Luis Sancho Serral), Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1930.
- López Ruiz, Miguel. Elementos para la investigación: metodología y redacción. México D.F., Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM., 2ª ed., 1995.
- Lozano Noriega, Francisco. Cuarto curso de derecho civil contratos. México D.F., Edit. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 5ª ed., 1990.
- Messineo, Francesco. Doctrina general del contrato. (Traducción del italiano de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra; notas de derecho Argentino por Vittorio Neppi), Buenos Aires, Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.

Morineau Iduarte, Martha. Iglesias González, Román. Derecho Romano. México D.F., Edit. Harla, 1986.

Minervini, Gustavo. El mandato, la comisión -el contrato de comisión de transporte-. Barcelona, Edit. José Ma. Bosch, 1959.

Negri Pisano, Luis E. La Representación Voluntaria: el poder y el mandato. Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1985.

Rojina Villegas, Rafael. Derecho civil mexicano. (tomo V, vol. I), México D.F., Edit. Porrúa, 5ª ed., 1985.

Sánchez Meda, Ramón. De los Contrato Civiles. México D.F., Edit. Porrúa, 13ª ed., 1994.

Sánchez Urite, Ernesto. Mandato y Representación. Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1969.

Trabucchi, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, tomo II, traducción de Luis Martínez Calcerrada, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1934.

LEGISLACIÓN.

Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca.

(Colaboradores Juan Luis Acebal, Federico Aznar y otros) Madrid, Edit. Biblioteca de Autores Cristianos, 13ª reimpresión, 1995.

México D.F., Leyes. Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la república en materia federal. colección Leyes y Códigos de México D.F., México D.F., Edit. Porrúa, 63ª ed., 1994.

México D.F., Leyes. Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la república en materia federal. (V tomos), Texto comentado. México D.F., Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y Miguel Ángel Porrúa, Grupo Editorial, 3ª ed. 1993.

México D.F., Leyes. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. colección Leyes y Códigos de México D.F., México D.F., Edit. Porrúa, 46ª ed., 1994.

México D.F., Leyes. Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal. colección Leyes y Códigos de México D.F., México D.F., Edit. Porrúa, 48ª ed., 1991.

México, Leyes. Código de Comercio y leyes complementarias. colección Leyes y Códigos de México D.F., México D.F., Edit. Porrúa, 61ª ed., 1994.

México D.F., Leyes. Código Civil para el Distrito Federal de 1884. (con la exposición de motivos y concordado con el Código Civil de 1870) Editorial, edición y fecha desconocidos.

Portugal, Leyes. Código Civil Portugués. Colección de códigos europeos. primer grupo- primera sección, (Comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América por Alberto Aguilera Velasco), Madrid, 1879.

Italia, Leyes, Código Civil italiano. Anotado por Vicente Cattaneo con la colaboración de Carlos Borda y otros, concordado por Emilio Pardo Jr., México D.F., Edit. El Foro, 1876.

TESIS.

Corzo Corral, Noe. La figura del contrato del representante consigo mismo a la luz de la teoría de la representación voluntaria. tesis, México D.F., Escuela Libre de Derecho, 1993.

De la Mata Pizaña, Felipe. Subsistencia y naturaleza de los documentos civiles en el derecho común del Distrito Federal. tesis, México D.F., Escuela Libre de Derecho, 1995.

García-Revilla y García, Francisco. El llamado autocontrato. tesis doctoral (curso 1931-1932), Salamanca, Edit. Universidad Central, 1934.

Pacheco Escobedo, Alberto. La representación voluntaria directa. tesis, México D.F., Escuela Libre de Derecho, 1952.

Villela Silva, Leobardo. El Autocontrato. tesis, México D.F., Escuela Libre de Derecho, 1993.

OTRAS FUENTES.

Sistema de Computo del Semanario Judicial de la Federación. (S.C.J.N. 1994)