

Un autocontrato muy usual en España.

¿ES CONFORME O NO ES CONFORME A LAS LEYES?

Desde los lejanos comienzos de mi carrera de Registrador he tenido siempre reparos en considerar conforme con nuestras leyes el poder que un heredero da a otro para que le represente en el acto de partir o, mejor dicho, en el contrato aprobatorio de partición de herencia en que ambos, mandante y mandatario, tienen interés; pero como en los pueblos por donde yo he peregrinado, y en todos los otros de los cuales he podido hacerme con noticias fidedignas, se repetían los casos con frecuencia, con naturalidad y sin extrañeza ni sorpresa de nadie, mi casi completa convicción de que eran ilegales se ha ido esfumando, y rindiéndome yo a la fuerza del número y calidad de los que no abrigaban mis escrúulos, si no logré sofocarlos del todo, conseguí, por lo menos, proceder como si no los tuviera, y me acostumbré a pasar como buenos esos apoderamientos, si bien aún no se me presenta ninguno, aunque eso sucede a cada lunes y cada martes, que no remueva mis antiguas zozobras y no me haga repetir, en soliloquio que no sube a la boca, lo que el gran Ovidio pone en la de Medea: *Video meliora proboque, deteriora sequor.*

Hago pública confesión de mi falta sin temor a la pena, si lleva aparejada alguna, pues entre los muchos, más que legión, que estamos incursos en ella, tocamos a poco y hasta podemos alegar la célebre circunstancia eximiente que utilizaron con éxito los asesinos del Meco del conocidísimo cuento. («¿Quén matou a Meco?» «Siñor Juez, matámuslu todus.»)

Han pasado por mis manos y por ante mis ojos innumerables poderes de la indicada clase, otorgados en todas las provincias de España y en todas las repúblicas americanas, sin excluir la de la Unión, y no recuerdo que ningún notario insinuase o dejase sospechar en el documento la menor renuencia al autorizarlo, ni hecho protesta alguna para salvar su responsabilidad o preavarse contra perjuicios en el ejercicio de su profesión, lo cual muestra bien a las claras, si no que esos apoderamientos sean conformes a la Ley, por lo menos que hay muchísimas personas que deben saber a qué atenerse en este punto que lo creen así. Tampoco he visto que los rechace ninguno de los otros interesados en el negocio, a quienes importa, e importa mucho, que sus contratos tengan la máxima firmeza de que indudablemente carecerían si el que pretende representar al heredero ausente no tiene facultades para dejarle obligado respecto a sus copartícipes en la herencia, y para aceptar las obligaciones que éstos contraigan respecto a él. Los poderes de que vamos hablando entran y salen en los Tribunales de todos los grados, en las Notarías, en los Registros de la Propiedad y en la Dirección general, sin que nadie tenga que decir nada de ellos, o por lo menos no lo dicen. Si alguna vez se ha puesto en duda su eficacia, y aun si se ha declarado su insuficiencia, ha sido siempre atendiendo a la significación de las palabras en que estaban concebidos o al alcance y comprensión de sus cláusulas, pero no sé de ningún caso en que se hayan desechado por su intrínseco contenido, y hasta podríamos citar alguna resolución recaída en recurso gubernativo, donde, lo mismo la Dirección general que el Presidente de la Audiencia que entendió del asunto en primera instancia, sólo califican de diminutos y poco expresivos los mandatos, pero ni siquiera dejan adivinar que los considerasen nulos en cuanto a su naturaleza, o porque su ejercicio implicase contrariedad de intereses poco conforme o abiertamente disconforme con las leyes vigentes.

Sin necesidad de dar gran fatiga a la memoria podría señalar detalladamente, con nombres y apellidos, gran número de divisiones hereditarias a las cuales prestaron aprobación uno o más herederos por su personal derecho y representando además a otro u otros, y hasta podría citar, tomando los datos de periódicos de fecha reciente, un caso muy digno de ser notado, por la altísima ca-

tegoría de la persona causante de la herencia y de sus sucesores, alguno de los cuales compareció en la escritura de partición en su propio nombre y en el de un hermano, cuyo derecho, aun heredando por estirpes, podría estar en oposición con el suyo.

Digo todo esto al propósito de hacer ver que la dualidad o pluralidad de personalidades en un solo individuo cuando se trata de partir una herencia en que todos, representantes y representados, tienen interés, es un hecho repetidísimo en España, en las dos Américas y probablemente en el resto del mundo, aunque no puedo asegurarlo, porque este hecho no es contrario al derecho natural (*scienti et consentienti non fit injuria*), ni contrario al bien común, ni se verifica oculta ni disimuladamente, ni repugna a las conciencias más asustadizas, sino que, por el contrario, responde a una conveniencia (puede merecer más confianza un hermano aunque tenga interés opuesto, que un extraño que no lo tenga), y a veces satisface una necesidad (un ausente desde hace mucho tiempo en lejanas tierras que ya no conoce a nadie en el pueblo, no siendo a sus hermanos, tendrá tan buena o mejor defensa apoderando a uno de éstos, como enviándoles el poder en blanco para que ellos pongan a quien les parezca, si eso se pudiera hacer en España como se puede hacer en Francia), y, en fin, concurren en esta práctica todas las circunstancias que antes de la publicación del Código civil se requerían para que la repetición de actos llegase a formar costumbre con fuerza de ley, aunque fuera para permitir los que el derecho escrito prohibía. No tenemos por qué hablar aquí de la costumbre contra ley, puesto que no hay precepto alguno de las vigentes en nuestro país, donde se prohíba clara e indudablemente a un heredero, al hacer la división de la herencia, el ejercicio simultáneo de su personal derecho en ella y el de otro u otros que también lo tengan. Si este uso, que es *una cosa que nasce de aquellas cosas que hombre dice e face e sigue continuadamente por gran tiempo e sin embargo ninguno*, ha llegado a constituir costumbre, no será ciertamente *contra*, sino *praeter legem*, que todavía, según los artículos 5.^º y 6.^º del Código civil, puede ser fuente de derecho. No pretendiendo que esta apreciación, aplicable sin violencia al autocontrato de división de bienes heredados, lo sea también a los demás autocontratos del mandatario (el de donación, el de compraventa, el de arrendamiento, el de transacción, etc., etc.), de los cuales hablare-

mos luego, porque en ellos falta el uso continuado y la certidumbre de que se practicaron *sin embargo ninguno*, como dice la ley de Partida.

En lo hasta ahora escrito dejo expuestos los motivos, por si acaso no llegan a razones, que he tenido presentes para cerrar los ojos y seguir el ejemplo de todos, sin quedar con la intranquilidad que produce la conducta no del todo conforme con la convicción. Veamos ahora si esa convicción está montada al aire o si los fundamentos en que yo pretendo apoyarla tienen algo más que apariencia de solidez. Procuraré tratar esta parte de mi trabajo con la mayor brevedad que me sea posible, y con la mira en ser claro, eludiré la forma, los razonamientos y locuciones de la alta moderna ciencia, lo cual he de conseguir seguramente, porque nadie puede dar lo que no tiene, y porque no hay nada más fácil que no escribir un drama.

No sé con qué argucias, con qué habilidades o con qué paralogismos se podrá demostrar que no es un contrato el acto de aprobar la partición de herencia cuando no la hace el testador mismo, o un comisario nombrado por él, o los tribunales de justicia; sólo sé que ha habido alguien que hizo fuegos artificiales con ese objeto. Partición en general, habla el señor Sánchez Román, «es la división, separación, distribución o reparto que se verifica de cosas, bienes, derechos, créditos, acciones, obligaciones y cargas comunes entre diversos partícipes a quienes pertenecen los unos o son imputables los otros en la misma o diferentes proporciones, por igual o distinto título».

Todo esto y más es la partición de herencia, y por muy divisibles o iguales que sean las cosas heredadas, siempre será aplicable a ella la proposición que Montaigne sienta como inconclusa refiriéndola a todas las cosas humanas: *Le profit de l'un est dommage de l'autre*. Para que sea legítimo y eficaz el provecho del uno, es preciso que medie el consentimiento del que lo recibe, y que quien lo otorga se conforme con el correlativo daño. ¿Se puede hacer todo lo que dice el señor Sánchez Román sin la coincidencia de voluntades de los interesados, esto es, sin su consentimiento? Si convención es *pactio duorum vel plurium in idem piacitum consensus*, y si la convención celebrada con ánimo de formar una obliga-

ción o transmitir un derecho es el contrato propiamente tal (Aubry et Rau), no puede dudarse que la partición de herencia hecha por los herederos es un contrato verdadero. En el acto de aprobar la partición de una herencia, sean dos o más los partícipes, cada uno, suponiendo que sean diez, contraía con todos y cada uno de los nueve restantes ; los diez adquieren algo que no tenían, y en justa o, cuando menos, convenida correspondencia, se desprenden de algo que hasta entonces era suyo ; los diez renuncian, enajenan u otorgan derechos a favor de cada uno de los otros, y cada uno hace lo mismo respecto a todos.

De esto resulta que si uno de los interesados interviene en la partición por su propio derecho y a la vez como apoderado de otros coherederos, contrata consigo mismo en cuanto a su mandante, pues a su nombre y en su representación adquiere, enajena o traspasa bienes, derechos y acciones o parte de estas cosas, que él mismo, el mandatario, en su propio nombre enajena, adquiere o acepta. Para que resalte además el fenómeno, téngase presente que casi todos, por no decir todos, los poderes en que ahora nos ocupamos no son directos o especiales para tales y cuales acuerdos, para tal o cual concesión, para tal o cual reconocimiento de aportaciones o de deudas, ni para ninguna en particular de las innumerables incidencias que puede dar de sí la complejidad de una división hereditaria, sino concebidos en términos generales, para intervenir en ella y aprobarla en nombre de su mandante sin más detalles ni advertencias, no obstante lo cual el mandatario hace y deshace, acepta y rechaza, y no procede con más libertad de acción cuando habla en su propio nombre que cuando invoca el de su poderdante. Si los poderes fueran taxativos, de pie forzado o imperativos, mal apenas se podrían llamar poderes : mejor les cuadraría el nombre de ruego de servicios o arrendamiento de ellos, si mediaba alguna paga por realizarlos.

O no he entendido bien lo que el profesor de Viena Josef Hupka, en un libro suyo traducido al español por el Sr. Sánchez Seral, dice acerca de la autocontratación, o estamos enfrente de un caso de los mejor caracterizados, y hasta la Dirección general de los Registros, en los considerandos de una resolución reciente, manifiesta con claridad que cae dentro de esa nueva figura jurídica el contrato que se verifica cuando un heredero aprueba la participación como in-

teresado personalmente en ella y en nombre de otro u otros que también lo son.

Mis dudas acerca de la licitud de tal autocontrato son de mucho antes que se escribiese o pronunciase en España esa palabra o se discurriera respecto a la idea que significa, y ni ahora, que la idea y la palabra andan por libros y revistas, en alegatos forenses y hasta en resoluciones y fallos que publica la *Gaceta*, he topado con afirmación o razonamiento alguno relacionado con este asunto, que no contribuya a afirmar más y más mi antiguo modo de entenderlo.

Lo expondré lo más brevemente posible, y repito esta promesa, ya hecha antes para más obligarme a cumplirla, dejando que el lector adivine lo que yo no sepa poner claro, y supla lo que mi temor a la prolíjidad me haga omitir.

El Código civil y el de Comercio, y no hablaremos de nuestras leyes antiguas, son opuestos a la autocontratación. Después de un concienzudo y minucioso buceo por sus sendos articulados, la Dirección de los Registros (Resolución de 29 de Diciembre de 1922) descubrió solamente jalones que pueden conducir a la figura jurídica de que estamos tratando. En campo espigado por el sabio ponente de la tal resolución, es inútil la rebusca. Por mi parte, no la intento siquiera; sólo haré notar que esos jalones o apariencias de autocontratación sólo son apariencias, pues falta en ellas lo verdaderamente esencial, que es la autonomía o libertad de movimientos y determinaciones del autocontratante, es decir, que pueda obrar como en cosa propia, sin que le precedan instrucciones imperativas y sin necesidad de que le siga controlación de nadie. El tutor puede hacerse pago de lo que le deba el pupilo, pero con intervención del protutor, y puede comprar bienes del menor o incapacitado que esté bajo su guarda, pero con autorización del consejo de familia. El comisionista puede comprar para sí lo que se le ha encargado vender, pero es indispensable la licencia del comitente. En nada, o en muy poco, se parecen estas facultades incompletas a las que generalmente ejercitan los mandatarios que aprueban particiones, donde ellos mismos tienen interés. De cien casos, en noventa y nueve obran según su buena o mala inteligencia les demuestre, y su buena o mala voluntad les aconseje. A veces, pocas, se ven poderes especialísimos, limitados a firmar la partición de antemano convenida por los herederos, en la cual se adjudican al

mandante tales o cuales bienes perfectamente identificados, y se particularizan en los poderes todos los extremos acordados ya en firme, de modo que no pueda el mandatario dar su aprobación a otros, so pena de nulidad. Este mandatario no es realmente sino un maniquí con el encargo de firmar, o si se quiere, *un homme de paille*, aunque su papel no es del todo idéntico al que en Francia representa la persona que se llama así en el lenguaje jurídico vulgar. Esos jalones o vislumbres de que habla la citada resolución, sólo tienen de común con el contrato el cuerpo y la apariencia, pero les falta el alma, o sea la voluntad libre que por definición ha de existir siempre en el contrato perfecto.

El artículo 1.459 del Código civil prohíbe al mandatario venderse a sí mismo los bienes de cuya enajenación o administración estuviere encargado. No existe precepto igual o semejante aplicable a los demás contratos. ¿Podría sostenerse, en vista de esta omisión, que al mandatario con poder expreso y bastante para donar, para prestar, para hipotecar, para transigir, etc., etc., en nombre y por cuenta del mandante, le es lícito donarse bienes del mandante, tomar dinero de éste a préstamo, constituir a dicho mandante fiador de sus propias y personales obligaciones (de las del mandatario) y transigir él sólo, el mandatario sólo, una contienda judicial que tuviera en curso con el mandante?

La contestación tiene que ser negativa; si un mandatario no puede comprar cosas que él mismo vende en nombre de su poderdante, y un heredero no puede ser mandatario *post mortem* del testador para partir la herencia, únicos casos en que la Ley española prohíbe expresamente la autocontratación, y que son, nótese bien, aquellos en que menos daño o lesión se puede ocasionar al mandante, pues al fin y al cabo, en la compraventa, aunque no proceda la rescisión por lesión, siempre tiene que mediar, como última diferencia de su definición, un precio más o menos aproximado a lo justo, y en la simple facultad de hacer la partición no va comprendido el ilimitado poder de distribuir la herencia como bien le plazca al comisario, porque tiene que respetar las legítimas, cuando las hay, y amoldarse, háyalas o no las haya, al precepto contenido en el artículo 1.061 del Código civil, guardando la posible igualdad y haciendo jotas o adjudicando a cada uno de los herederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, y, por

lo tanto, no sería mucho el perjuicio del testador o mandante, aunque su voluntad no se cumpla con rigurosa exactitud. Si la Ley prohíbe esos dos autocontratos, y ya diremos luego por qué, la Ley les hace objeto de una especial declaración en ese sentido, debe entenderse *a fortiori* que tampoco se pueden celebrar por una sola persona con doble o múltiple representación otros actos o contratos que, como la donación, el préstamo, la fianza y las transacciones, por no citar más, son de suyo ocasionados a causar al mandante, cuando se abuse de su confianza, daños y perjuicios considerables.

Todo lo que en este respecto se diga de los indicados actos y contratos es, sin duda, aplicable a la partición de herencia cuando la aprueban los herederos, y uno de ellos, además de su propio derecho, invoca el de otro u otros interesados en el negocio. Ni este autocontrato ni los otros de que hemos hablado están expresamente prohibidos por ley alguna, y, sin embargo, por ser contrarios al espíritu de las que regulan el mandato, no pueden celebrarse válidamente.

Existe el mandato cuando una persona, llamada mandante, rogando u ordenando, autoriza a otra, llamada mandatario, que acepta el encargo, para que en nombre, representación y por cuenta de la primera, compre, venda, hipoteque, done, preste aprobación a las operaciones divisorias de una herencia o realice un acto jurídico cualquiera de donde resulten obligaciones del mandante respecto a un tercero, o derechos a su favor, correlativos a obligaciones que el tercero contraiga. Aunque esta tercera persona no sea necesaria en la formación y ni en la perfección del mandato, es indispensable para que se lleve a la práctica y rinda la utilidad que los hombres se propusieron obtener al inventar este contrato. De manera que lo esencial en él, considerándolo *in actu*, y sigo en esto las huellas de Aubry et Rau, cuya gran autoridad me da probabilidades de no ir descaminado, será que el mandatario haya de obrar en representación del mandante, como si fuera el mandante mismo quien actuase; que lo que realice no sean actos meramente materiales, sino actos jurídicos (compras, arrendamientos, depósitos, sociedades, etc., etc.), de donde necesariamente se originen obligaciones del mandante a favor de ter-

ceras personas, u obligaciones de terceras personas a favor del mandante.

Dejo a los citados jurisconsultos la responsabilidad, por si acaso las ideas expuestas no estuvieran del todo conformes con el contenido del artículo 1.984 del Código civil francés, donde se intenta definir el mandato. Se atenúan mis escrúpulos viendo que civilistas del prestigio de Planiol, Baudry Lacantinerie y Wahl aceptan la teoría y consignan en sus sendas definiciones, que han de ser actos jurídicos y no de otra clase los que haya de realizar el mandatario en nombre del mandante, a pesar de que el Código no dice nada de esto, sino que más bien deja margen para creer que pueda ser cualquiera la cosa encargada, sin que por ello se desnaturalice el contrato.

Faire quelque chose, que dice el Código francés, es absolutamente lo mismo que *hacer alguna cosa*, según dice el nuestro, y, por lo tanto, si es legítimo entender que esa expresión francesa equivale, en atención al lugar en que aparece, a actos jurídicos, exclusivamente jurídicos, no se me alcanza la razón por la cual en España debamos entender otra cosa. Pero aunque para la existencia del mandato no fuera requisito esencial que lo encomendado por el mandante a la otra parte sea la celebración de uno o más actos jurídicos con terceras personas, es decir, aunque el encargo de hacer una mesa, de construir un edificio o de restaurar un cuadro cupiesen dentro de la desafortunada expresión *de hacer alguna cosa*, empleada en el artículo 1.709 de nuestro Código, no por eso se debilitaría poco ni mucho la razón de mi tesis, pues lo que para ella importa es que la compraventa, la donación, el préstamo, el arrendamiento, la división de la cosa común, etcétera, etc., sean, como lo son sin duda, actos jurídicos para cuya perfección y consumación sean precisas cuando menos dos personas: una, la del mandante, representada por el mandatario, el cual obra como si fuera el mandante mismo, y otra u otras, cualesquiera que no sean ni el mandante ni el mandatario.

Los autores de nuestro Código, o sabían esta racional teoría, o, sin formularla en palabras, estaban empapados de su sustancia, o la presentían, lo cual no es aventurado suponer; y con tanta vehemencia y claridad vieron ellos (nuestra conjetura de que vieron ellos, no quiere decir que lo veamos nosotros del mismo

modo) lo absurdo de que un mandatario se donara a sí propio lo que le encargaron donase a otros, o que en nombre del mandante contratase arrendamientos o transigiese pleitos consigo mismo, que consideraron innecesario y sobrante prohibir en cada caso, ni de una vez para todos, el papel, tan ocasionado a indelicadezas, del personaje a quien el vulgo expresiva y graciosamente designa con el nombre de Juan Palomo. Así como la evidencia se muestra y no se demuestra, lo absurdo, sólo por serlo, se entiende prohibido, y no se estima necesario hacer declaraciones especiales con ese fin. El legislador que intentase prohibir todos los absurdos imaginables, llegaría a la sumidad del absurdo y no habría hecho más que empezar el camino.

Es verdad que en nuestro Código se prohíbe en dos ocasiones que el mandatario contrate consigo mismo, invocando dos personalidades distintas, pero no se diga que de ahí sale la lógica indiferencia de que los contratos no vedados están permitidos. Prohibir que el mandatario adquiera los bienes de cuya enajenación (y no decimos de cuya administración, como dice el Código, porque son dos cosas distintas y no deben seguir la misma suerte) (1) estuviera encargado, es tan innecesario como prohibir que se haga donaciones a sí mismo, porque le alcanza la razón impediente implícita y general de todos los autocontratos, pero si el legislador la consigna no es para que se entienda aplicable a la venta celebrada en la forma ordinaria, pues sería ocioso y sobrante, sino para extenderla a casos como el de la subasta pública o judicial, que no mentándolos expresamente tal vez se creyeran lícitos en atención a que en ellos es muy difícil o casi imposible causar daños injustos al vendedor.

La otra prohibición expresa de autocontrato se contiene en el artículo 1.057 del Código civil. El testador que encomienda la simple facultad de hacer la partición de su herencia a una persona, otorga a favor de ella un verdadero mandato con todos sus caracteres, sin más especialidad que la de sobrevivir, en sus efectos, a la persona que lo otorga y comenzar a producirlos, en la mayor parte de los casos, cuando ésta ha dejado de existir (*mandatum post mortem*). Puede el testador dar ese encargo a cual-

(1) No hay razón que explique la prohibición de comprar impuesta al administrador cuando no es él mismo el mandatario que vende.

quiera persona que no sea uno de los coherederos, y aunque el legislador pudo dispensarse el trabajo de expresar esta concluyente circunstancia, porque reza también con ella la prohibición general tácita, ha querido sin duda que no cupiese ninguna respecto a la supresión de una costumbre que antes de la publicación del Código era el pan nuestro de cada día. En casi todos los testamentos de aquel tiempo se encomendaba a uno o a más de uno de los herederos, no sólo el simple albaceazgo, sino también la labor de inventariar, valorar, liquidar y dividir la herencia entre sus partícipes. Para desarraigar un uso seguido por todos desde muchos años atrás, ha sido necesario nada menos que una ley, donde clara y terminantemente se le desautorice.

Con estas modestas consideraciones intento mostrar la razón que, a mi juicio, ha tenido presente el legislador para hacer, aunque no era absolutamente necesario, una manifiesta y especial prohibición de los dos indicados autocontratos, y en ellas me fundo para creer que no es legítimo la deducción de que el arrendamiento, la donación, la división de herencia y los demás contratos nominados, y los que no tengan denominación especial, para cuya formación y efectividad sean precisas dos personas por lo menos, puedan concertarse, cerrarse y consumarse por una sola que actúe en su propio nombre y, a la vez, en el de los demás contratantes en virtud de representación legal convenida o aceptada.

El artículo 1.459 del Código civil sería el único lugar adecuado para que, después de prohibir al mandatario la compra concertada consigo mismo, se le prohibiese también vender sus bienes a favor de un mandatario con poder para comprar, pues las autorizaciones de esta clase son más peligrosas para el que las otorga que los poderes para vender, y sin embargo, no aparece tal prohibición en ninguna parte de nuestro Código, ni probablemente aparecerá en los de otros países (1). Esto, en mi opinión, no quiere

(1) El que otorga mandato para que le vendan sus bienes, aunque le engañen en el precio o que no llegue a percibir de él un solo céntimo, sabe de antemano que el máximo perjuicio que esto le cause no puede importar más que el valor de la cosa vendida. El que otorga poder para hacer compras no puede calcular a cuánto le dejará obligado el mandatario que no pagó de presente un precio, muy superior al valor de la cosa comprada, ni tiene datos para señalar el límite del daño a que le llevará un mandatario torpe o infiel al fijar el precio aunque lo pague de presente.

dicir que deben considerarse permitidos, sino que les comprende el velo general y tácito que afecta a la contratación consigo mismo, tanto en su forma y efecto activos, como en los pasivos, y por lo cual no es lícito, por ahora, en España, que un individuo solo sea comprador y vendedor, arrendatario y arrendador, partidor de una herencia y heredero, demandante y demandado, al transigir, ni nada parecido a esto, sea cualquiera el papel que desempeñe, adquiriendo o enajenando, en nombre propio, o el que ostente en representación de la otra parte. No puede donar si es él mismo quien haya de aceptar la donación; no puede aceptar si es él quien dona; no puede vender si es él el que compra; no puede comprar si es él quien vende, y así en todos los demás contratos. La ley y la jurisprudencia repugnan por ahora estas novedades. No sucede lo mismo con el instinto jurídico del vulgo y de lo que no es vulgo, como lo prueba la frecuencia con que se celebra el autocontrato de partición de herencia, sin que produzca pasmo ni admiración en nadie (1).

El impedimento de que ahora tratamos, a mi juicio, que en esto se separa de todos los autores que he podido consultar, no estriba, ni única ni principalmente, en el temor a la parcialidad, a la indelicadeza o al abuso de confianza por parte del representante. Cuando se trata de los que lo sean por la ley o por la elec-

(1) Ciertamente, nuestra legislación y nuestra jurisprudencia no se muestran muy conformes con la autocontratación, pero en los Registros, por lo menos en los que yo he servido, no dejan de presentarse de cuando en cuando vislumbres de esa novedad. Citaré, como ejemplo, algunos de los casos de que ahora me acuerdo: uno es un verdadero autocontrato, y los otros, si no entraña de lleno en el marco nuevo, se están saliendo de los viejos: Al decir que se presentaron, no quiero dar a entender que se han inscrito sin ser acompañados de otros documentos posteriores explicándolos o confirmándolos. No diré cómo he resuelto las dificultades: no es del caso.

1.^º B., con poder de A., en el cual, entre otras facultades, le daba la de constituir sociedades, constituyó una regular colectiva con la razón social A. y B., sin más socios ni interesados que el mandante y el mandatario. Adviértase que se reconocían aportaciones y se regulaba el reparto de pérdidas y ganancias.

2.^º Un apoderado para muchas cosas, y entre ellas para constituir hipotecas, contrajo una deuda para sí, no por el mandante; y utilizando el poder aseguró la deuda con hipoteca sobre bienes del mandante.

3.^º Un apoderado con facultad de vender fincas y de adquirirlas por cual-

ción de alguien que no sea el representado, están llenas de acierto las reflexiones de M. Faure, miembro del antiguo Tribunal de Francia, y que citan los civilistas MM. Baudry Lacantinerie y Leo Saignat (1), pero cuando el representante es nombrado voluntaria y conscientemente por el representado, podría entenderse que al hacerlo aceptaba de antemano el riesgo que provenga de los desaciertos y hasta de la mala fe de la persona a quien confió sus negocios. Nadie se escandalizaría aunque la ley dejase a los mandantes la libertad, que ahora no tienen, de habilitar a sus apoderados para venderse o donarse a sí mismos los bienes cuya venta o donación, sin designar la persona del donatario, les hubiera sido encomendada, o para celebrar, no importa que fuese con carácter activo o pasivo, otra clase cualquiera de actos o contratos de los que aumentan o disminuyen el patrimonio de los interesados. Nadie se escandalizaría, digo, porque al que lo sabe y lo consiente no se le hace injuria, ni se le causa lesión, ni se le infiere daño, y por eso creo que la razón más fundamental de estas prohibiciones expresas y tácitas de contratar consigo mismo que existen y las hubo siempre y en todas partes, no obedece a una noción legal, que sería excesiva e innecesaria, y, por tanto, in-

quier título oneroso, tenía una deuda con su mandante y para solventarla se le ocurrió darle en pago una finca suya, y haciendo uso del poder aceptaba la adquisición en nombre del mandante y se daba a sí mismo carta de pago de la deuda.

4.^º Y ahora, para terminar, pongo yo un caso que no se me presentó, pero que puede presentarse cuando menos se piense: A. es mandatario de B. y de C. Ambos mandantes, en sendos poderes, le autorizan para enajenar por cualquier título oneroso y para adquirir toda clase de bienes en los términos y condiciones que bien le parezcan. B. y C., ausentes el uno del otro y del mandatario, convienen por carta una permuta de fincas, y pretenden que A., usando de los poderes que le han dado, adquiera y enajene en nombre de B., y enajene y adquiera en nombre de C. Este caso, que no es del todo imaginario, no tiene, a mi ver, más que la apariencia de la autocontratación, pero no lo es en realidad, y tiene solución en nuestro Derecho vigente sin apelar a novedades que todavía no han entrado en él.

(1) Una de las reflexiones aludidas en el texto dice así: «On n'a pas voulu mettre l'intérêt personnel aux prises avec le devoir. Le tuteur qui vend les biens de son pupille... doit par devoir faire en sorte d'obtenir le plus haut prix possible, puisque c'est le plus grand avantage de ceux qu'il représente. S'il lui était permis de se rendre adjudicataire, son propre intérêt l'inviterait à vendre au plus bas prix »

justa, cuando no se aplique a los pródigos o a otros incapacitados, sino que nace de la esencia íntima del mandato. Mientras no se le desnaturalice o adultere o estire hasta hacerle salir de sus tradicionales moldes, en el mandato ha de haber, por fuerza, un mandante, un mandatario y un tercero, singular o plural, con quien ha de tratar el apoderado para obligarle a favor del mandante, u obligar al mandante a favor del tercero. En los autocontratos de compraventa, de donación, de préstamo, etc., etc., y por de contado en el de partición de herencia, celebrados por el mandatario, falta un elemento esencial, o sea el tercero con quien haya de verificarse el acto jurídico.

Por consecuencia de lo dicho, y en tanto no se invente otra convención parecida a la de mandato, en la cual no sean de esencia los requisitos que hemos explicado, es preciso considerar virtualmente prohibidos por nuestra legislación todos los autocontratos del mandatario, sin excepción, y, por lo tanto, lo está también el de partición de herencia, tan contrato como el que más lo sea.

Si se nos presentase la objeción, y si, como no es probable, nos convencieran de que la teoría que informa nuestras leyes antiguas y modernas relativas al mandato no coincide en algún punto con la de los autores franceses arriba citados, y que hay cosas en las definiciones del Código español y del Código francés⁽¹⁾ que no se ajustan a los requisitos esenciales (mandante, mandatario, tercero y acto jurídico), todavía se podría replicar que esa objeción sería oponible, aunque con dudoso éxito, tratándose de un poder *para hacer alguna cosa por cuenta o encargo del mandante* (las palabras subrayadas son del artículo 1.709 de nuestro Código civil), y esa cosa fuese una cosa material, pero no puede presentarse respecto a

(1) La definición del mandato contenida en el artículo 1.984 del Código civil francés presentaría una dificultad irresoluble si fuera acertada la traducción que de ella se hace en los Comentarios al Código español por Manresa (segunda edición, tomo xi, pág. 423). La preposición *pour* equivale tantas, o pocas menos veces a nuestro *por*, como a nuestro *para*. Seguramente el traductor tenía conocimiento de esta sencilla verdad, pero cuando necesitó utilizarla, se distrajo, y al traducir las palabras *pour le mandant*, que dicen exactamente lo mismo que *a la place du mandant* o *au lieu du mandant*, tradujo el *pour* por nuestro *para* en vez de traducirlo por nuestro *por*, y resulta, si no es un error de imprenta, una grave equivocación que trastrueca todo lo dicho antes y después en el mismo libro de Manresa acerca del mandato.

un poder para realizar un verdadero acto jurídico bilateral o políilateral, como comprar, vender, arrendar o prestar aprobación a la partición de herencia o de otra cosa común. En el caso normal, o sea cuando el mandatario no tiene interés en la herencia, se dan los requisitos todos de mandante, mandatario, tercero y acto jurídico, y el poder es irreprochable y eficaz a todas luces, lo mismo a la de la teoría que a la de las leyes; pero cuando el apoderado es también heredero, el poder que invoque no es perfecto porque no hay tercero con quien tratar o realizar el acto jurídico, a lo menos, en lo que toca a los herederos mandante y mandatario. Por esto no se conforma a las leyes ni a la teoría.

He procurado decir a lo liso, a lo llano, a lo no intrincado, como Don Quijote aconsejaba a Sancho que hablase, lo que considero bastante para probar que en España hay un autocontrato de uso frecuentísimo, y para que el inteligente lector se conteste a sí mismo la pregunta de si ese autocontrato es o no es conforme al derecho vigente. Yo dejo dicho ya con claridad cómo he resuelto prácticamente la duda; en cuanto a la resolución teórica, estoy irresoluto, pero más inclinado a creer que sometida la cuestión a los tribunales o si se provocase una declaración oficial, recaería decidiendo que el autocontrato del mandatario en partición de herencia está apoyado en una costumbre *fuera de ley*, pero no *contra ella*.

Rehuiría la discusión, porque están mandadas retirar y, además, porque siempre sería yo quien llevase la peor parte en ellas, pero tendría mucho gusto en que mis compañeros, Notarios, Jueces y Registradores estimasen que no carece de interés el asunto que se esboza en la precedente prosa, fea y machacona, y dijese su opinión acerca de él.

FÉLIX A. CASCOS,

Registrador de la Propiedad.