

EL CONFLICTO DE INTERESES DEL TUTOR EN LAS VENTAS DE BIENES PUPILARES

Por

NÚRIA COCH ROURA
Lectora de Derecho Romano
Universidad Autónoma de Barcelona

nuria.coch@uab.cat

Revista General de Derecho Romano 40 (2023)

RESUMEN: En el presente trabajo se pretende examinar cual era la situación cuando los tutores y curadores no sólo intervenían en las compraventas de bienes pupilares en nombre de su pupilo, sino que también lo hacían en nombre e interés propio, lo que en términos modernos denominamos, auto-contrato.

En una primera parte, se examina esta figura en la representación legal después de la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, poniendo de manifiesto los problemas jurídicos que la figura del auto-contrato ha venido presentando, desde que en el s. XIX, se plantease su naturaleza jurídica.

Posteriormente, ya centrándonos en las fuentes romanas, observamos como se desprende una valoración distinta de la actuación del tutor/curador en el ámbito judicial - mucho más formal- que en el ámbito privado de la administración tutelar. Creemos qué debido a la estructura estamental y endógena de la sociedad romana, las relaciones jurídicas entre sus miembros eran habituales lo que desplazó el control de estas conductas al momento de finalizar la tutela, teniendo en cuenta que el tutor -en la época clásica- había prestado caución al iniciar la administración de los bienes tutelares y que además respondía con la *actio tutelae*.

La regula formulada por Gayo *in rem suam auctor fieri non potest*, vemos que no se aplicaba ni en todos los ámbitos, ni con toda su rigidez, ya que la concepción de la jurisprudencia clásica - apartada del formalismo arcaico- no fuerza la aplicación de las normas, sino que favorece el desarrollo de la actividad económica de la sociedad.

PALABRAS CLAVE: discapacidad, capacidad jurídica, apoyo, salvaguardas, curatela, tutela, Convención de los Derechos de las personas con discapacidad, compraventa, conflicto de intereses, autocontrato.

SUMARIO: 1.-Introducción. 2.- El auto-contrato en derecho positivo. 2.1.-Taxonomía dogmática del auto-contrato. 2.1.1.-Las teorías que consideran el auto-contrato como algo no aceptable jurídicamente. 2.1.2.-Las teorías que consideran el auto-contrato reúne los requisitos del contrato. 2.1.3.- Las teorías que consideran el auto-contrato es un acto de naturaleza distinta. 2.2.-El ordenamiento español actual en materia de compraventas de tutores y curadores. 3.- El conflicto de intereses en la venta de bienes pupilares por los tutores en Roma. 3.1.- *Regula in rem suam auctor fieri non potest*. 3.2.- *Regulae en la administración de la tutela: Autosatisfacción (sibi solvere) y autocumplimiento (a se exigere)*. 3.3.-*Regula: Tutor rem pupilli emere non potest*. 4.- Conclusiones.

THE GUARDIAN'S CONFLICT OF INTEREST IN SALES OF WARDS' PROPERTY

ABSTRACT: This paper aims to examine what the situation was when guardians and curators not only intervened in the sale and purchase of property on behalf of their ward, but also did so in their own name and interest, what in modern terms is known as a self-contract.

The first part examines this figure in legal representation after the reform of Law 8/2021, of 2 June, reforming civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, highlighting the legal problems that the figure of the self-contract has been presenting since its legal nature was first considered in the 19th century.

Subsequently, focusing on the Roman sources, we observe how a different evaluation of the guardian/conservator's action in the judicial sphere - much more formal - than in the private sphere of the guardianship administration emerges. We believe that, due to the estamental and endogenous structure of the Roman society, the legal relationships between its members were common, which displaced the control of these conducts to the moment of the end of the guardianship, taking into account that the guardian -in the classical period- had given a bond when starting the administration of the guardian's goods and that he was also liable with the *actio tutelae*.

We will see that the rule formulated by Gaius *in rem suam auctor fieri non potest*, was not applied neither in all areas, nor with all its rigidity, since the conception of classical jurisprudence, which departed from archaic formalism, did not force the application of the rules, but encouraged the development of the economic activity of society.

KEYWORDS: Disability, legal capacity, support, safeguards, curatorship, guardianship, Convention on the Rights of Persons with disabilities, sales, conflicts of interest, self-contract.

1.-INTRODUCCION

Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación de la URV¹ que trata sobre la tradición romanística ante las grandes reformas del derecho europeo, en torno a la compraventa.² Es una continuación a mi línea de investigación³ sobre la posibilidad de actuación de los tutores y curadores en compraventas de bienes de sus pupilos. En el presente trabajo se pretende avanzar y examinar cual era la situación si los tutores y curadores no sólo intervenían en nombre de su pupilo, sino que también lo hacían en

¹ Proyecto de investigación 'La tradición romanística ante las grandes reformas del derecho de la compraventa' Convocatoria 2019 ref. PID2019-110899GB-100', financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el que participo como investigadora en la línea referente a la capacidad para contratar. Al amparo del mismo pude realizar una estancia de investigación en la Universidad de Turín durante los meses de marzo, abril y mayo del presente año. Agradezco profundamente al Profesor Andrea Trisciuoglio que pusiera a mi disposición los medios materiales y personales necesarios para que pudiera llevar a cabo mi estudio, que queda plasmado en el presente artículo

² FERNÁNDEZ DE BUJAN, A "La Compraventa" Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje a José Luis Murga. Centro de estudios Ramón Areces. Madrid 1994. Págs. 548 y ss. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A Derecho Privado Romano 11^a edición. Iustel.2022. pág. 645 y ss. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. Derecho Romano. 6^a edición. Dykinson 2022 pág. 367

³ Especialmente del artículo "De la actuación de los tutores y curadores en las compraventas en Derecho Romano" RGDR 39 (2022)

nombre e interés propio y directo en el negocio, lo que en términos modernos denominamos, auto-contrato.

Empezaremos por examinar la figura del auto-contrato en la representación legal en la actualidad, después de la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, poniendo de manifiesto los problemas jurídicos que la figura del auto-contrato ha venido presentando, desde que en el s. XIX, se plantease su naturaleza jurídica.

El punto de partida era pues la compraventa de bienes pupilares en la que el tutor interviene tanto en nombre de su pupilo, como en su propio nombre ya que tiene un interés directo en el negocio. Se produce una situación de conflicto inmanente entre las personas del pupilo y del tutor, debido a una concentración de facultades de gestión en una única persona, el tutor, y se originaba, por tanto, una sospecha de colisión de intereses, o incluso de abuso de derecho.

El problema radica principalmente en que si un tutor vende un inmueble de su pupilo se produce un conflicto de intereses, entre su comportamiento como tutor, por el que razonablemente ha de perseguir el precio más alto⁴ posible para su pupilo y, su intervención en su propio nombre como comprador, ya que en defensa de sus intereses debe negociar el precio más bajo. Es difícil justificar que el precio se haya fijado mediante un procedimiento idóneo, ya que el tutor/curador forma parte de las dos partes contratantes.

El profesor Fernández de Buján⁵ indica que la palabra *pretium* originalmente no aludía a dinero, sino que quería decir simplemente equilibrio contraprestación. *Pretium* significaría algo así como contravalor, y acabaría significando contravalor en dinero de estimación pecuniaria de una cosa. De ahí que en fuentes relativas a la compraventa se emplee con frecuencia *pecunia* en lugar de *pretium*. En definitiva, el autor considera que el precio es requisito esencial de la compraventa clásica, y el elemento que la distingue de la imaginaria *venditio*.

El importe del precio era dejado a la decisión de las partes⁶, a la negociación que necesariamente había de concurrir en el contrato. Así lo encontramos admitido en las fuentes, donde Ulpiano cita a *Pomponio* para poner de manifiesto la admisibilidad

⁴ TALAMANCA, M “Contributi allo studio delle vendita all’asta nel mondo classico” Atti della academia nazionale dei lincei 5-8 1954 pág.105 Le auctiones private erano molto diffuse a Roma dove con questo mezzo si cercava di trarre il maggior guadagno possibile dalle cose che s’intendeva di vendere.

⁵ FERNANDEZ DE BUJAN, A *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*. Madrid.1993 pág. 58

⁶ KASER M, KNÜTEL, R, LOHSSE, S Derecho Privado Romano. BOE Madrid página 435

general del principio⁷. El jurista dice que en la determinación del precio de la compra está permitido que cada parte intente sacar ventaja de la otra (*se invicem circumscribere*). También hace referencia al mismo principio *Paulo*⁸ al trasladarlo al ámbito de los arrendamientos.

Arangio-Ruiz⁹ indica además que no hay la más mínima duda acerca de la imposibilidad de remitir la determinación del precio a una sola de las partes. Considera que en este sentido es definitiva la opinión de Gayo¹⁰

Cuando Gayo¹¹ trata la compraventa se fija en que se haya realizado la *conventio del pretium* aunque no se haya entregado ni se hayan dado arras.

En el mismo sentido Fernández de Buján¹² El *convenire pretium* nos explica que la *emptio venditio* sea la fusión de dos aspectos distintos: de un lado una *venditio*, un acto en el que se señalan unas condiciones de venta, señalándose un precio de oferta, y por otro la *emptio*, como aprehensión en virtud de un precio, siendo el *convenire de pretio* lo que fusiona los dos lados o aspectos distintos de la *emptio venditio*. Veremos que la determinación del precio en las ventas en subasta¹³ facilita en este sentido la admisión en determinados casos de que el tutor actúe como comprador y vendedor al mismo tiempo.

⁷ D.4,4,16,4 (*Ulp.*11 ed.) 4.- *Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.*

El mismo Pomponio dice, que en el precio de la compra y de la venta es naturalmente lícito a los contratantes engañarse.

⁸ D.19,2,22,3 (Paul. 34 ed.) *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.*

Así como en el comprar y vender está naturalmente permitido comprar por menos lo que valga más, y vender por más lo que valga menos, y de este modo engañarse mutuamente, así también es de derecho en los arrendamientos.

⁹ ARANGIO-RUIZ, V *La Compravendita in diritto romano* vol I pág. 141

¹⁰ D. 8,1,35,1 Gai 10 ad ed prov. Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: "Quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum".

§ 1. - Es sabido que no se perfeccionó el negocio, cuando al que quiere comprar le dice de este modo el vendedor: «por cuanto quieras, por cuanto juzgares justo, por cuanto hubieres estimado, tendrás comprado»

¹¹ Gai .3.139: *Emptio et venditio contrahitur, cvm de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit. nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae*

La compraventa se contrae en el momento en el que existe acuerdo en el precio, aunque el precio todavía no haya sido pagado e incluso no hayan sido entregadas arras, pues lo que se da a título de arras es una prueba de que la compraventa se ha contraído.

¹² FERNANDEZ DE BUJAN, A *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*. Madrid. 1993 pág. 78

¹³ TALAMANCA, M "Contributi allo studio delle vendita all'asta nel mondo classico" Atti della academia nazionale dei lincei 5-8 1954 pág.105 y ss

Para finalizar este apartado, indicar que pretendíamos centrarnos únicamente en la compraventa, que es el objeto central del trabajo, sin embargo el examen de las fuentes romanas nos ha conducido más allá, al estudio del conflicto de intereses, en un sentido más amplio, bien sea en el ámbito judicial, o en la gestión cotidiana de pagos y cobros inherentes a una administración de patrimonios, o incluso -en aras a la productividad del patrimonio pupilar-, que el tutor se auto-concediera préstamos.

En definitiva, vamos a abordar el estudio de lo que modernamente se ha denominado auto-contrato¹⁴ específicamente en el ámbito de la representación legal¹⁵ (tutores, curadores) en derecho positivo (apartado 2), para posteriormente trasladar la situación en la jurisprudencia clásica en Roma (apartado 3).

2.- EL AUTO-CONTRATO EN DERECHO POSITIVO

La expresión auto-contrato¹⁶ ha tenido gran predicación, especialmente por la concentración y contrasentido de contenidos que encierra. Existe una contradicción misma en el término ya que un contrato es un negocio jurídico celebrado por dos personas, negocio concebido como acuerdo de voluntades basado en el consentimiento de dos personas, que debido a una concurrencia de intereses, producirá efectos¹⁷.

DE CASTRO sitúa el origen del auto-contrato en la época medieval cuando las necesidades del tráfico mercantil y comercial, generalizan la intervención en nombre

¹⁴ En nuestro país ha sido una materia tratada por FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO "El auto-contrato en el Derecho Privado Español" RGLJ 151 (1927) ROCA SASTRE, R "La auto-contratación y los patrimonios especiales" RCDI 1927 y más recientemente DIAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M *El auto-contrato* Madrid 1990 ed. Tecnos.. En Alemania se partió de la monografía de RÜMELIN, M "Das selbstkontrahieren des stets/vertreters nach gemeinen Recht (1888). HÜBNER, U *Interessenkonflikt und Vertretungsmacht* Munich 1977 y los diversos trabajos del profesor WACKE, A "La autocontratación en el derecho de representación romano y moderno" Estudios de Derecho Romano y moderno en cuatro idiomas. Madrid 1996 págs. 209-237; «Selbstkontrahieren im römischen Vertretungsrecht», en Fg. Kaser [8.12], 289; «Tilgungsakte durch Insichgeschäft», SZ 103 (1986), 223. En Italia hay una monografía bastante reciente DONISI, C *Il contratto per se stesso*. Camerino 1982.

¹⁵ La identificación del contrato con la representación no es aceptada unánimemente. Autores como FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO "El auto-contrato en el Derecho Privado Español" RGLJ 151 (1927) Defiende que, en casos como la sociedad reducida a un solo individuo, la mujer casada que regula los bienes parafernales, o el de la herencia aceptada a beneficio de inventario, no hay tal identificación. También sigue esta corriente ROCA SASTRE, R "La auto-contratación y los patrimonios especiales" RCDI 1927. Sin embargo, la doctrina mayoritaria encabezada por DIAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M *El auto-contrato* Madrid 1990 ed. Tecnos., considera que existe una relación inescindible entre el concepto de auto-contrato y el mecanismo de la representación. De hecho, el propio DE CASTRO indica que los casos en que plantea más interés el auto-contrato son los de representación voluntaria o legal, pues se manifiesta con mayor gravedad el conflicto de intereses.

¹⁶ Aunque el término auto-contrato es muy ilustrativo, quizás son más correctas otras como "contrato consigo mismo" o en el ámbito mercantil se ha impuesto la expresión auto-entrada.

¹⁷ DONISI, C *Il contratto per se stesso*. Camerino 1982 Donisi se refiere al "tormentato" problema estructural de la figura. Pág 14 y ss.

propio del comisionista, en el negocio del representado, uso que probablemente se extendió a ciudades italianas y alemanas. Esto no quiere decir que en ese momento se concibiera como una categoría jurídica, sino más bien como una práctica consuetudinaria en algunos sectores. Sin embargo, a mediados del siglo XIX, autores como RÜMELIN¹⁸ plantean de forma jurídica la problemática.

2.1. Taxonomía dogmática del auto-contrato

Al haber estado durante siglos al margen del ordenamiento jurídico, la doctrina no se ocupó del estudio de su naturaleza jurídica hasta el siglo XIX. También puede deberse a la “patología” de la figura, por la dificultad de determinar su naturaleza jurídica y, sin embargo, ser utilizada con “carácter extraordinario” en la mayoría de ordenamientos actuales.

Fundamentalmente respecto al contrato consigo mismo hay dos posiciones enfrentadas¹⁹. Las que entienden que el auto-contrato no es admisible jurídicamente y las que admiten el auto-contrato, bien entendiendo que reúne las características propias de un contrato o bien entendiendo que se trata de un acto de naturaleza distinta.

2.1.1.-Las teorías que consideran el auto-contrato como algo no aceptable jurídicamente se fundamentan en distintas razones: en todo contrato debe existir no sólo dos personas o partes contratantes si no también dos voluntades. No se puede decir que concurran dos voluntades, si la voluntad del representante sustituye a la del representado

Leone²⁰ considera que para estar ante un contrato debe haber un concurso de voluntades y una relación entre dos patrimonios, y sólo se da la segunda circunstancia en el caso del auto-contrato.

Pacchioni²¹ entiende que, para garantizar la libertad de las partes, estas deben estar en condiciones de paridad, ya que a lo largo de la negociación se podrán hacer sacrificios y concesiones recíprocos. Esto no sucede en el auto-contrato.

De Castro señala: “que el auto-contrato supone una anomalía filosófica, jurídica y social. Filosófica porque hay una persona con doble voluntad; jurídica, porque una persona se declara a sí mismo su voluntad contractual, y social porque hay colisión de intereses”.

¹⁸ RÜMELIN, M “Das selbstkontrahieren des stellvertreters nach gemeinen Recht (1888)

¹⁹ DIAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M El auto-contrato Madrid 1990 ed. Tecnos. Pág 48 y ss.

²⁰ LEONE, F // così detto contratto con se stesso in Rivista Diritto Civile 1916 pág 582 y ss

²¹ PACCHIONI, G Diritto Civile italiano Parte seconda II. Dei contratti in generale. 3^a ed. Padua 1939.

2.1.2.-Las teorías que consideran el auto-contrato reúne los requisitos del contrato

Roca Sastre²² afirma que no hay una sola voluntad, sino dos voluntades, aunque tienen su origen en la misma persona. También sostiene que hay dos declaraciones de voluntad.

Se admite que la aceptación de la representación permite la proyección del esquema contractual al auto-contrato. Hay una bilateralidad típica contractual, aunque por la representación se refleja a través de una sola persona. Se acepta que hay dos consentimientos el del representado -expresado por el representante- y el del representante.²³

Se argumenta en este sentido que hay que tener en cuenta la evolución del concepto de obligación, de pasar a ser una vinculación personal -que hacía que no se pudiese admitir la representación- a ser una vinculación jurídica entre dos personas²⁴, y más modernamente una afectación entre dos patrimonios.

Donisi²⁵ se pregunta a qué se refiere la bilateralidad contractual, en relación con el trinomio “procedimiento formativo”, “fattispecie contrattuale” y “regolamento d’interesi contrattuale”. Considera el autor que la esencia de la bilateralidad se refiere a la regulación de intereses (imputación de intereses o efectos). En la representación el supuesto de hecho corresponde al representante y la regulación de intereses o imputación de efectos al representado. No es relevante la pluralidad de partes del supuesto de hecho, sino la pluralidad de partes de la regulación de intereses o de imputación de efectos.

2.1.3.- Las teorías que consideran el auto-contrato es un acto de naturaleza distinta

Los que sostienen estas teorías aceptan mayoritariamente el auto-contrato como un acto unilateral de voluntad.

²² “La auto-contratación y los patrimonios especiales” RCDI 1927

²³ Estas teorías proyectadas a las personas con discapacidad encarjarían con el cambio de paradigma propugnado por la Convención* pero se tendría que asegurar la inexistencia de una influencia indebida del representante en la formación de la voluntad del representado.

²⁴ BONFANTE, P Istituzioni di diritto romano. Torino. 1946 “Un momento culminante di questa trasformazione dell’obbligazione di penale in patrimoniale, cioè nella genesi dell’obbligazione moderna, è rappresentato, a nostro avviso, dalla promulgazione della Lex Poetelia, quanto al procedimento esecutivo esso prese ad assumere figura patrimoniale soltanto a datare dalla fine della repubblica con l’introduzione della bonorum venditio.

²⁵ DONISI, C // *contratto per se stesso*. Camerino 1982 págs.39 y ss.

Rümelin²⁶ considera que en el auto-contrato no hay dos voluntades, sino la voluntad de una única persona que produce efectos análogos al contrato. Entiende que es necesario un reconocimiento positivo de la auto-contratación para que esta pueda producir efectos contractuales.

De Castro entiende que en el auto-contrato existe un acto unilateral, pero de carácter especial; sólo lo serían los supuestos de representación legal, representación voluntaria y constitución de derechos sobre el propio patrimonio.

Diez-Picazo mantiene que la calificación más exacta para el auto-contrato es la de un negocio jurídico unilateral, aunque esta postura presenta dificultades en ordenamientos como el español en el que no existe ninguna norma general sobre su admisibilidad, puesto que el artículo 1089 CC entiende que sólo el contrato es fuente de obligaciones. El autor afirma que se trataría de determinar si la regulación surgida vale como una *lex privata*, bien porque hay un poder de representación especial, o porque la regulación que surja será equivalente a un contrato. Considera que el problema se centra en determinar la existencia o no de conflicto de intereses.

Para otros, calificar el auto-contrato como acto unilateral, no es incompatible con que reciba el tratamiento de contrato, ya que lo importante es la bilateralidad de intereses. En este sentido daría igual calificarlo de contrato, negocio jurídico unilateral, o un contrato celebrado por representante. Lo importante es determinar si se admite o no desde punta de vista ético o de conveniencia.

Díaz de Entre-Sotos Forns considera que es cierto que se trata de un negocio unilateral, pero la declaración del que interviene en el auto-contrato se realiza *in duplice veste*, en dos direcciones, por ello no se puede calificar únicamente como negocio jurídico unilateral. Para la autora lo fundamental es la defensa de la autonomía por parte del sujeto no presente, que se pone en peligro al actuar una única persona en un doble interés, por tanto, entiende también que el verdadero problema radica, en la salvaguarda del conflicto de intereses.

2.2. El ordenamiento español actual en materia de compraventas de tutores y curadores

A diferencia de otros ordenamientos, en el nuestro no hay ninguna norma que regule el auto-contrato con carácter general. Hay algunas disposiciones concretas que tratan cuestiones relacionadas con la auto-contratación. En sede de compraventa el art. 1459²⁷

²⁶ RÜMELIN, Das Selbstcontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht. Freiburg. 1888 pág. 15 y ss.

²⁷ Artículo 1459.

del Código Civil (en adelante CC) se prohíbe -ni que sea en subasta pública o judicial- la compra -ya sea por sí o por persona interpuesta- al tutor o personas que ejerzan las funciones de apoyo de los bienes de sus representados, los mandatarios no podrán adquirir los bienes que administren, ni los albaceas los bienes sobre los que proyecten sus funciones, ni los empleados públicos los bienes estatales sobre los que tengan facultad, ni los jueces y magistrados sobre los bienes que han ejercido su potestad, ni los abogados y procuradores sobre los bienes que hayan sido de litigio conocido por ellos.

La modificación que ha realizado al Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica para adaptarse a la Convención de Nueva York -en adelante Ley 8/2021- del artículo 163²⁸ en materia de patria potestad, ha suprimido el último párrafo. Se establece la necesidad de nombrar a un defensor judicial a un menor no emancipado si existe intereses opuestos con el padre o la madre²⁹, para que lo representen ya sea en juicio o fuera de él. Aclara el artículo que, si el conflicto existe sólo con uno de los progenitores, el otro puede por ley representarlo, sin necesidad de procedimiento o nombramiento especial.

No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia:

- 1.º Los que desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo, los bienes de la persona o personas a quienes representen.
- 2.º Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados.
- 3.º Los albaceas, los bienes confiados a su cargo.
- 4.º Los empleados públicos, los bienes del Estado, de los Municipios, de los pueblos y de los establecimientos también públicos, de cuya administración estuviesen encargados.

Esta disposición regirá para los Jueces y peritos que de cualquier modo interviniéren en la venta.

5.º Los Magistrados, Jueces, individuos del Ministerio Fiscal, Secretarios de Tribunales y Juzgados y Oficiales de Justicia, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal, en cuya jurisdicción o territorio ejercieran sus respectivas funciones, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión.

Se exceptuará de esta regla el caso en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos, o de cesión en pago de créditos, o de garantía de los bienes que posean.

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

²⁸ Artículo 163.

Siempre que en algún asunto los progenitores tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los progenitores tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.

Si el conflicto de intereses existiera solo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.

²⁹ Existen normas en este sentido en el Código Civil italiano, en el Código Civil francés y también en el portugués

De forma análoga³⁰ (art. 220) se trata el caso de un menor bajo tutela, se habla aquí de incompatibilidad u oposición de intereses y de prohibición de la doble o múltiple representación si además existe conflicto de intereses.

³⁰ Artículo 220.

Si los tutores tuvieren sus facultades atribuidas conjuntamente y hubiere incompatibilidad u oposición de intereses en alguno de ellos para un acto o contrato, podrá este ser realizado por el otro tutor o, de ser varios, por los demás en forma conjunta.

Artículo 226.

Se prohíbe al tutor:

1.^º Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión.

2.^º Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

3.^º Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.

Artículo 235.

Se nombrará un defensor judicial del menor en los casos siguientes:

1.^º Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales, salvo en los casos en que la ley prevea otra forma de salvarlo.

2.^º Cuando, por cualquier causa, el tutor no desempeñe sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona.

3.^º Cuando el menor emancipado requiera el complemento de capacidad previsto en los artículos 247 y 248 y a quienes corresponda prestarlo no puedan hacerlo o exista con ellos conflicto de intereses.

Artículo 251.

Se prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo:

1.^º Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor.

2.^º Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

3.^º Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.

En las medidas de apoyo voluntarias estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas.

Artículo 283.

Cuando quien desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya. Para este nombramiento se oirá a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias.

Si, en el caso previsto en el párrafo anterior, fueran varios los curadores con funciones homogéneas, estas serán asumidas por quien de entre ellos no esté afectado por el impedimento o el conflicto de intereses.

Si la situación de impedimento o conflicto fuera prolongada o reiterada, la autoridad judicial de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos o de cualquier persona que esté desempeñando la curatela y previa audiencia a la persona con discapacidad y al Ministerio Fiscal, podrá reorganizar el funcionamiento de la curatela, e incluso proceder al nombramiento de un nuevo curador.

Artículo 287.

El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:

1.^º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.

2.^º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con

La legislación prevé el nombramiento de un Defensor Judicial si existe conflicto entre un menor y sus representantes legales, salvo que la Ley prevea otra forma de salvarlo (art. 235). En el tercer párrafo se refiere específicamente al conflicto de intereses.

En cuanto a la regulación para las medidas de apoyo para las personas con discapacidad, el artículo 251 (de manera idéntica al art. 220) se prohíbe la doble o múltiple representación siempre que además exista conflicto de intereses.

Se prohíbe a quienes ejerzan las medidas de soporte³¹ adquirir bienes de la persona sujeta a medidas de apoyo, salvo que la persona que precise apoyo lo excluya expresamente en el acto de constitución de la medida de apoyo. Estamos aquí ante una excepción totalmente novedosa cuya fundamentación última está en el respeto a la voluntad de las personas con discapacidad.

medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.

Artículo 295.

Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes:

1.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.

2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.

3.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.

4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial.

5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.

Artículo 298.

En el nombramiento se podrá dispensar al defensor judicial de la venta en subasta pública, fijando un precio mínimo, y de la aprobación judicial posterior de los actos.

El defensor judicial, una vez realizada su gestión, deberá rendir cuentas de ella.

³¹ Y también al tutor según el art 1459 CC

En el caso de que exista conflicto de intereses, y no lo excluya la persona con discapacidad, se nombrará un Defensor Judicial. Aunque se puede soslayar el conflicto de intereses entre el que ejerce las medidas de apoyo y el sometido a ellas, si existen diversas personas titulares de las medidas de ayuda, actuando en este caso el titular de las medidas de apoyo con el que no exista conflicto de intereses.

En el nombramiento del Defensor Judicial se puede dispensar de la venta en subasta pública siempre que establezca un precio mínimo y debiendo pasar a posterior control judicial.

En conclusión, estamos de acuerdo con Diaz de Entre-Sotos Forns, al entender que el llamado auto-contrato jurídicamente se trata de un negocio jurídico unilateral “singular” ya que lo fundamental es la defensa de la autonomía del sujeto no presente, por tanto, entendemos con ella que el verdadero problema radica, en la salvaguarda del conflicto de intereses.

En nuestro ordenamiento, la determinación de la naturaleza jurídica de la figura no es una cuestión ineludible, ya que a diferencia de otros, no hay ninguna norma que regule el auto-contrato con carácter general. Específicamente respecto a la materia de nuestro trabajo, la compraventa, el art. 1459 del CC la prohíbe -ni que sea en subasta pública o judicial- la compra -ya sea por sí o por persona interpuesta- al tutor o personas que ejerzan las funciones de apoyo de los bienes de sus representados y también a otros sujetos que intervengan en la compraventa si, se entiende puede existir un conflicto de intereses entre los sujetos participantes (mediatamente o inmediatamente). No se refiere pues a una prohibición de la figura del auto-contrato, si no a la prohibición de una compraventa que por razón de los sujetos intervenientes puede originar un conflicto de intereses.

La modificación que ha realizado al Ley 8/2021 en cuanto a la regulación para las medidas de apoyo para las personas con discapacidad, incorpora una salvedad, ya que mantiene la prohibición para quienes ejerzan las medidas de soporte de adquirir bienes de la persona sujeta a medidas de apoyo excluyendo el caso, de que la persona que precise apoyo lo permita expresamente en el acto de constitución de la medida de apoyo. Estamos aquí ante una excepción totalmente novedosa cuya fundamentación última está en el respeto a la voluntad de las personas con discapacidad.

Sigue manteniéndose, aunque de forma adaptada a la nueva realidad, que en el caso de que exista conflicto de intereses, (y no lo excluya la persona con discapacidad) se nombrará un Defensor Judicial. Otra opción en el caso de pluralidad de personas titulares de las medidas de apoyo para soslayar el conflicto de intereses entre el que ejerce las medidas de apoyo y el sometido a ellas, se refiere a que la actuación de los titulares de las medidas de apoyo, se limiten únicamente, aquella persona con el que no

exista conflicto de intereses. También sigue conservándose que al Defensor Judicial se le pueda dispensar de la venta en subasta pública siempre que establezca un precio mínimo y debiendo pasar a posterior control judicial. Y, con carácter más general, el artículo 251 CC (de manera idéntica al anterior art. 220) prohíbe la doble o múltiple representación siempre que además exista conflicto de intereses.

Después de estos apartados introductorios destinados a estudiar la figura del auto-contrato, entendemos qué, tanto desde nuestra perspectiva actual como desde la óptica del problema en derecho romano clásico, resulta más adecuado referirnos únicamente al conflicto de intereses que se produce en las compraventas de bienes pupilares en las que interviene el tutor en su propio interés.

3.- EL CONFLICTO DE INTERESES EN LA VENTA DE BIENES PUPILARES POR LOS TUTORES EN ROMA³²

Es una opinión muy extendida que en Roma la representación no es aceptada con carácter general³³, sin embargo, como indica Wacke, si se conocen y se emplean instrumentos para conseguir una eficacia mediata o inmediata. Desde la administración del tutor³⁴, hasta las actuaciones de los *alieni iuris* (*filius familias, servus o nuntius*) que

³² Para este apartado son fundamentales los trabajos de TOMAS, G “La prohibición de auto-contratación en la representación legal estudio histórico y regulación actual” Estudio histórico y regulación actual.” *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público* 50.2 (2002): 145-167. TOMAS, G. (2021). Tutela y prohibición de auto-contratación.(Huelva, 2003). *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. 583-594 y WACKE, A “La auto-contratación en el derecho de representación romano y moderno” *Estudios de Derecho Romano y moderno en cuatro idiomas*. Madrid 1996 págs. 209-237; «Selbstkontrahieren im römischen Vertretungsrecht», en Fg. Kaser [8.12], 289; «Tilgungsakte durch Insichgeschäft», *SZ* 103 (1986), 223.

³³ TALAMANCA, M *Istituzioni di Diritto Romano* Giuffrè ed. Milano 1990 pág. 264 y ss “Più importante la distinzione che, a partire dalla tradizione pandettistica, si fa all'interno delle generiche categorie di rappresentanza a seconda della posizione che assume rispetto ai terzi rappresentante. Da una parte, v'è la rappresentanza diretta (o propria) in cui il rappresentante agisce in nome e per conto del rappresentato, con la conseguenza che gli effetti del negozio si producono in testa al rappresentato stesso; dall'altra, la rappresentanza indiretta (od impropria), in cui il rappresentante agisce in nome proprio e per conto del rappresentato, con la conseguenza che gli effetti del negozio si producono in testa al rappresentante stesso, il quale deve poi ritrasmetterli al rappresentato (più precisamente deve regolare con quest'ultimo i rapporti attivi e passivi. Attualmente si tende a riservare la qualificazione di “rappresentanza” a quella che nella dottrina tradizionale, era la rappresentanza diretta od in senso proprio, e ad impiegare la categoria dell’interposizione gestoria per designare la rappresentanza indiretta.

È opinione tanto diffusa quanto fondata che l'esperienza giuridica romana non conosca in linea di principio la rappresentanza diretta, l'operatività della quale si ha -e non sempre completamente- soltanto in alcune determinate fattispecie. Bisogna d'altra parte considerare che, mancando tale conoscenza, i prudentes non hanno mai preso in esame l'operatività differenziale delle due figure di rappresentanza, e non hanno individuato le caratteristiche della rappresentanza diretta, e soprattutto l'influenza per quest'ultima dell'agire in nome altri.

³⁴ TALAMANCA, M *Istituzioni di Diritto Romano* Giuffrè ed. Milano 1990 pág. 268 “Alcuni aspetti particolari si colgono nell'ambito della rappresentanza necessaria. A parte i profili relativi alla rappresentanza processuale, il tutor pupilli ed il curator furiosi potevano disporre delle cose dell'incapace, ma soprattutto il primo è dubbio che potessero compiere una valida mancipatio, per

actuaban como si se trataran de un órgano del *pater*, pasando por la representación voluntaria muy limitada, y circunscrita mayoritariamente al ámbito comercial³⁵.

Si bien es cierto que el derecho romano no elaboró un concepto técnico unitario de representación, los casos que encontramos en las fuentes nos aproximan a sustituciones negociales que han sido objeto de estudio en épocas sucesivas y seguramente han condicionado la formación del moderno concepto de la representación.

Un factor que ha sido importante a tener en cuenta es la particular estructura de la familia romana³⁶ y la prohibición de adquirir en nombre ajeno.³⁷

Vamos a analizar la situación en Roma en la época clásica, donde los juristas romanos huyen de las construcciones dogmáticas y desarrollan una serie de *regulae*

la traditio, invece, nonché per la riscossione dei crediti i poteri del tutore e del curatore non sembrano presentare modalità particolari rispetto alla disciplina in generale di questi aspetti. Effetti coincidenti con quelli della rappresentanza diretta si hanno sul piano del diritto onorario e limitatamente agli effetti obbligatori del caso del tutore che concluda contratti nell'interesse del pupillo infans od absens: in questi casi il pretore concede al pupillo e contro il pupillo, le azioni che spettano al tutore e contro il tutore, il quale, anche in questo caso, agisce sempre in nome proprio.

³⁵ BURDESE, A *Autorizzazione per alienare in diritto romano* Torino 1950. ANGELINI, Piero *Il procurator* Milano Giuffrè 1971 pag. 1 y ss; MICELI, Maria *Studi sulla rappresentanza nel diritto romano. Vol I* Milano Giuffrè 2008 pág.405 y ss; SOLAZZI, Appunti di diritto romano marítimo in *Scritti di Diritto Romano 3*, Napoli, 1960 pág. 506 y ss

³⁶ Que excepcionalmente en el caso de las acciones *adiecticias* admitirían la consideración de representación directa. Vide WACKE, A “Alle origini de la rappresentanza diretta: le azioni adiettiche”, Nozione, formazione e interpretazione dell’ diritto dall’ età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo. 2 Napoli 1997 pág. 583.

³⁷ *Gai.2,95: Ex his appareat per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustum possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. et hoc est, quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse; tantum de possessione quaeritur, an per liberam personam nobis adquiratur.*

De esto se deduce que por mediación de las personas libres que no están sujetas a nuestra potestad, o que no poseemos de buena fe, así como por mediación de los esclavos ajenos sobre los que no tenemos

el usufructo o la legítima posesión, no podemos adquirir en virtud de ninguna causa. Y esto es a lo que vulgarmente se alude cuando se indica que no podemos adquirir por medio de persona extraña. Solamente se discute si es posible adquirir la posesión por medio de un procurador

D.45,1,38, 17. *Ulp 49 ad Sab- Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis*

Nadie puede estipular para otro, salvo si el esclavo estipulara para el señor, o el hijo para el padre; porque estas obligaciones se inventaron para esto, para que cada cual adquiera para sí por lo que le interesa; más nada me interesa que se le dé a otro. Y si ciertamente yo quisiera hacer esto, convendrá que se estipule una pena, para que, si no se hubiera hecho tal como se consignó, se incurra en la estipulación aun respecto de aquel a quien nada le interesa; porque

cuando alguno estipula una pena, no se mira lo que interesa, sino cuál sea la cantidad, y cuál la condición de la estipulación.

D.50,17,73,4 (Q. *Muc.Scv. honoi*) *Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.*

Ni pactando, ni imponiendo condición, ni estipulando puede uno obligar para otro.

para evitar el conflicto de intereses a partir de la institución de la tutela³⁸. Es por ello por lo que vamos a centrar fundamentalmente nuestro estudio en los fragmentos extraídos del libro 26 del Digesto, aunque sin perder de vista, algunos otros que completaran esta panorámica jurisprudencial en torno al conflicto de intereses de los tutores, especialmente por lo que respecta a la compraventa, pero sin dejar de lado otras posibilidades de análisis, como el conflicto de intereses en el ámbito judicial

3.1.- *Regula in rem suam auctor fieri non potest*

Vamos a comenzar estudiando el conflicto de intereses que afecta a los tutores, a partir de la formulación de la regula ***in rem suam auctor fieri non potest***, que haría referencia a que el tutor cuando en un procedimiento judicial están afectados sus propios intereses no puede ejercer sus funciones de soporte y ayuda al pupilo.

Gai .1.184: Olim cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve lege agendum erat: Nam quia ipse tutor in re sua auctor esse non poterat, alius dabatur, quo auctore legis actio perageretur: Qui dicebatur praetorius tutor, quia a praetore urbano dabatur. Sed post sublatas legis actiones quidam putant hanc speciem dandi tutoris in usu esse desisse; aliis autem placet adhuc in usu esse, si legitimo iudicio agatur³⁹

La razón de haber seleccionado este fragmento que encontramos recogido en las Instituciones de Gayo -entre los muchos que recogen está regula- es múltiple: en primer lugar porque resalta la antigüedad del principio, que Gayo remonta a la época arcaica en la que el procedimiento contencioso era el de las acciones de ley; en segundo lugar, pero no menos importante, porque como hemos adelantado se nos transmite el principio desde la óptica más genuinamente romana, el proceso⁴⁰, y en tercer lugar, al proceder de las Instituciones de Gayo, no hay duda de que esta *regula* se mantiene en derecho clásico, sin que haya sido objeto de reelaboración justiniana.

³⁸ Como hemos manifestado, nos centraremos en la representación legal, trataremos el caso de tutores y curadores, solo nos referiremos a la representación voluntaria si se plantean conjuntamente

³⁹ Gai. 1,184 Antiguamente, cuando estaban vigentes las Acciones de la Ley, también se daba tutor cuando se pleiteaba por ese procedimiento entre el tutor y la mujer o el pupilo, pues como el mismo tutor no podía autorizar para algo que afectaba a sus propios intereses, se nombraba otro para que autorizase la actuación en el proceso, y a éste se lo llamaba tutor Pretorio, ya que era el Pretor urbano quien lo daba. Pero suprimidas las Acciones de la Ley, hay quien piensa que esta clase de designación de tutor ha caído en desuso, aunque para otros está todavía vigente si lo que se tramita es un juicio legítimo.

⁴⁰ MIQUELJ *Dret Privat Romà*. Marcial Pons. Madrid, 1995.pág 18 y ss.

En el fragmento plantea, como caso excepcional, el supuesto en el cual el tutor debe iniciar un procedimiento judicial en defensa de los intereses de su pupilo, pero a su vez, de este procedimiento se derivan también afectaciones en su propia esfera patrimonial. El jurista apunta la solución que se venía aplicando desde la época de las Acciones de Ley, el nombramiento de otro tutor por parte del pretor.

En el mismo sentido los Epitome de Ulpiano⁴¹que relacionan la *regula* con las antiguas costumbre, las *mores*, y las Instituciones de Justiniano,⁴²donde se modifica la denominación de tutor pretorio por la de curador.

Al existir un conflicto de intereses que afectase al tutor, ya en la época arcaica se recurrió a nombrar a una tercera persona, para que la actuación prevista pudiera realizarse, salvando a través de la interposición de un nuevo *auctor* o participante, la colisión de intereses existentes. En la época justiniana, el llamado tutor pretorio, pasó a denominarse curador.⁴³

Continuando con la preocupación procesal presente siempre en los razonamientos de los juristas romanos encontramos, el siguiente texto

D. 26, 2, 24 (*Iav. 5 ex Cass.*)

Si plures tutores sint, a praetore curatorem posci litis causa supervacuum est,

⁴¹ *Ulp. Epit. 11,24 Moribus tutor datur mulieri pupillove, qui cum tutore suo lege aut legitimo judicio agere vuit, ut auctore eo agat (ipse enim tutor in rem suam auctor fieri non potest) qui praetorius tutor dicitur, quia a praetore urbis dari consuevit.*

Por las costumbres se da tutor a la mujer o al pupilo que quieren accionar con su tutor, por ley o en juicio legítimo, de modo que accionen siendo el tutor *auctor*, pues el mismo tutor no puede prestar autorización en asunto propio, le llamaremos tutor pretorio puesto que suele nombrarlo el pretor urbano.

⁴² *Ins. 1,21,3 Si inter tutorem pupillumve iudicium agendum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non praetorius tutor ut olim constituitur, sed curator in locum eius datur*

Siempre que haya un juicio entre el tutor o el pupilo, puesto que el propio tutor no puede prestar autorización para sus propios asuntos, ya no se constituye como antes un tutor pretorio, sino un curador en lugar de aquel.

⁴³ Hemos advertido en otros trabajos que el término curatela es muy versátil y se refiere a instituciones muy distintas entre sí, algunas de ellas totalmente alejadas del objeto de nuestro estudio como las curatelas del derecho público. En este sentido en el fragmento que tratamos se refiere a una de las instituciones de protección y ayuda y soporte que existe en Roma. COCH ROURA, N. "De la actuación de los tutores y curadores en las compraventas en derecho romano." *Revista General de Derecho Romano* 39 (2022): págs. 1-45. , COCH ROURA, N "Sistemas de protección para las personas con enfermedad mental, de las XII Tablas a la nueva reforma de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, referencia especial a la *cura furiosi*" RGDR 37 (2021) .COCH ROURA, Núria "La curatela a luz de la convención de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la *cura furiosi*" [La Notaria, Nº. 1, 2018](#). Este artículo también se publicó en, RGDR, Nº. 31, 2018. COCH ROURA, Núria "Modificación de la capacidad de obrar: los casos del *Furiosus* y el *Prodigus* de las XII Tablas a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad" RGDR, Nº. 30, 2018

*quia altero auctore cum altero agi potest*⁴⁴.

Subyace también en este fragmento el principio *in rem suam auctor fieri non potest* aplicado al ámbito procesal, donde focalizaban los prudentes mayoritariamente su interés. El problema del conflicto de intereses de un tutor en el marco judicial, se resolvía si se habían nombrado otros tutores⁴⁵, pues se podía litigar con otro que no tuviera intereses contrapuestos en ese litigio.

Hay que tener en cuenta que en el caso de la pluralidad de tutores se desarrolla una rica casuística⁴⁶. En sus orígenes los tutores legítimos ejercitaban la tutela de forma colectiva⁴⁷. Este régimen permanece en vigor para la prestación de la *auctoritas*, mientras que en la administración se reducía a los que hubiesen prestado la *satisfactio rem pupilli salvam fore*. En la tutela testamentaria, podía decidir la voluntad del testador o, el acuerdo entre tutores, o a falta de ello, el pretor, el cual era competente para fijar los deberes de los tutores al menos desde la *Lex Atilia*. La repartición de las obligaciones tenía importancia en el caso en que los bienes del patrimonio pupilar estuviesen en lugares lejanos.

En todo caso el fragmento, pone en evidencia que se ha superado la tutela colectiva original, ya que el fragmento no exige el nombramiento de un nuevo *auctor*, sino que basta con la concurrencia de uno de los tutores ya nombrados, si bien se desprende del texto que no debe existir conflicto de intereses con el tutor que va efectivamente a actuar.⁴⁸

En el ámbito procesal en Roma, la constatación de un conflicto de intereses, conlleva necesariamente, la interposición de una nueva persona (tutor pretorio, curador, etc) para solucionar esta colusión de esferas de actuación, salvo que debido a la pluralidad de tutores nombrados pueda concentrarse la actuación en algún tutor con el que no concurra conflicto de intereses. Esta práctica se ha venido manteniendo en nuestro derecho positivo⁴⁹.

⁴⁴ D.26,2,24 *lav. 5 ex Cass*

Si son varios los tutores es innecesario solicitar del pretor un curador por razón de algún litigio, con alguno de ellos, porque con la autoridad de uno de ellos se puede demandar al otro.

⁴⁵ VARELA, E *De contutoribus* Madrid 1979 pág. 79 pone de relieve que no se alude a un tutor específico o cualificado, sino a uno cualquiera de ellos. Se debe entender que se exige que no haya conflicto de intereses

⁴⁶ TALAMANCA, M *Istituzioni di Diritto Romano* Giuffrè ed. Milano 1990 pág. 166

⁴⁷ VARELA, E *De contutoribus* Madrid 1979 pág. 207. El autor sostiene que sólo puede hablarse de co-tutela si la pluralidad de tutores actúa de forma colectiva.

⁴⁸ VARELA, E *De contutoribus* ob. Cit pág 79

⁴⁹ Ver supra nota *27

Poniendo a prueba la *regula*, *exceptio probat regulam*, encontramos el siguiente texto de Ulpiano que hace referencia al principio válido *iure civilis, in rem suam auctor fieri non potest* y a continuación, la singularidad.

D. 26, 8, 1, 0 Ulp. 1 ad Sab.

Quamquam regula sit iuris civilis in rem suam auctorem tutorem fieri non posse, tamen potest tutor proprii sui debitoris hereditatem adeunti pupillo auctoritatem accommodare, quamvis per hoc debitor eius efficiatur: prima enim ratio auctoritatis ea est, ut heres fiat, per consequentias contingit, ut debitum subeat. se tamen auctore ab eo stipulari non potest. et cum quidam auctoritatem accommodaret pupillae suaे, ut servo suo stipulanti sponderet, divus Pius Antoninus rescripsit iure pupillam non teneri, sed in quantum locupletior facta est, dandam actionem. sed si auctor fiat, ut filio suo quid tradatur, nulla erit auctoritas: evidenter enim sua auctoritate rem adquirit.⁵⁰

Tras la formulación de la *regula*, acerca de la imposibilidad de ejercitar las funciones que le son propias en el ejercicio de la tutela, si al prestar su *auctoritas* se viese afectada su propia esfera de intereses, sigue una excepción: el tutor puede intervenir en la aceptación de una herencia de un deudor del tutor, a la que es llamado el pupilo como heredero. A pesar de que el pupilo por la aceptación, se convertirá en deudor del tutor, el jurista justifica la legitimidad de la intervención del tutor. El razonamiento de Ulpiano es claro, se debe realizar una ponderación de intereses, lo principal es que el pupilo se convierta en heredero, que sub-entre en la posición jurídica del causante. Lo secundario o mediato, es que el pupilo se convertirá en deudor del tutor. Hemos de considerar⁵¹ que podía no resultar fácil la determinación de las deudas hereditarias, y que incluso en el caso de que la aceptación de la herencia hubiera supuesto un resultado adverso en el patrimonio del pupilo, este disponía tanto de la *actio tutelae*, como de las garantías prestadas⁵² por el tutor al aceptar su cargo, con lo que la posición del pupilo siempre resultaría protegida. Además, también debemos tener en cuenta que el hecho que la

⁵⁰ D.26,8,1 pr. Aunque sea regla de derecho civil que el tutor no puede interponer su autoridad en asunto propio, sin embargo, el tutor puede dar su autoridad al pupilo paraadir la herencia de un deudor del propio tutor, a pesar de que se convierta el pupilo en deudor suyo. Porque la primera finalidad de esta autoridad es que el pupilo se haga heredero, y solo indirectamente resulta que cargue con la deuda.

⁵¹ WACKE, A “La auto-contratación en el derecho de representación romano y moderno” Estudios de Derecho Romano y moderno en cuatro idiomas. Madrid 1996 págs. 223.

⁵² CARBONE, M *Satisfatio Tutoris* Milano Giuffrè. 2014. La autora afirma la petición de garantías en la institución tutelar en la época clásica pág. 205 y WACKE, A “La auto-contratación en el derecho de representación romano y moderno” Estudios de Derecho Romano y moderno en cuatro idiomas. Madrid 1996 págs.223 y224.

herencia esté o no sobrecargada de deudas no es la cuestión que pretende debatir el jurista, sino propiamente la situación sobrevenida que se puede dar cuando el pupilo es llamado a la herencia de un deudor de su tutor.

Al principio del fragmento, el jurista estudia la participación del tutor en un acto que no necesariamente tiene un contenido judicial. Además, la aceptación de una herencia es unilateral, no existiría lo que modernamente denominamos múltiple representación y sin embargo provoca que las esferas patrimoniales de pupilo y tutor se vean afectadas. Se debe resaltar, además, que la actuación del tutor no constituye u origina, esta interrelación de patrimonios, sino que, en ejercicio y cumplimiento de sus deberes como gestor de un patrimonio, debe aceptar una herencia a favor de su pupilo.

El texto continúa refiriéndose a otras situaciones: el tutor no puede estipular del pupilo con su propia autoridad, ni el tutor puede interponer su autoridad si su pupila prometiera a un esclavo de su tutor (estipulante). En este caso existía un *rescripto* de Antonino Pío que decía que la pupila no quedaba obligada, únicamente en cuanto supusiera un enriquecimiento para ella. Termina el fragmento refiriéndose al caso en que el tutor interpone su autoridad para que se entregue algo a su propio hijo -que se halla bajo su potestad- y considera Ulpiano que en este caso sería nulo.

Aunque no es el objeto central, aquí se está planteando la cuestión del régimen de los negocios claudicantes⁵³, los actos realizados sin la *auctoritas tutoris*, como señala Biondi, la ley aquí no se aplica estrictamente porque nos conduciría a la nulidad del contrato, sino que se entiende que para proteger al pupilo, se admite la ineeficacia de aquello a que se ha obligado mientras se mantiene la validez para el otro contrayente. Este principio se fue atenuando y ya en el mismo texto se hace referencia a un rescripto de Antonino Pío en el cual se estableció una responsabilidad por enriquecimiento⁵⁴

La parte más relevante del fragmento es la que hace referencia a la admisión de la excepción en el caso de la adquisición de la herencia, con las delimitaciones que hemos formulado.

3.2.- *Regulae en la administración de la tutela: Autosatisfacción (sibi solvere) y autocumplimiento (a se exigere)*

⁵³ BIONDI, B *Contratto e stipulatio*. Milano 1953. Pág 264. Pone como ejemplo D.19,1,13,29 Ulp y concluye que el rigor de este principio fue atenuado por el pretor.

⁵⁴ ZIMMERMANN, R *The law of Obligations*. Cape Town. 1990 “Roman knew this restricted version of enrichment liability only in certain rather exceptional situations, one of them: the case of the pupillus who had concluded a contract without the authority of his tutor. According to a rescript of Emperor Antoninus Pius, he could hold liable “in quantum locupletior fact[us] est””. El autor cita expresamente D.26,8,1.pr. (Ulp).

Encontramos en las fuentes distintos casos en los que tutor y pupilo se encontraban vinculados directamente entre sí. Evidentemente dada la configuración de la sociedad romana, debió de ser habitual que tanto tutor como pupilo estuvieran relacionados tanto a nivel personal como negocial, circunstancias como que el tutor fuese acreedor o deudor del *pater* -fallecido- del pupilo, y que a la muerte del *pater*, afectasen a la gestión de la tutela, (no desde el punto de vista de constitución de nuevas obligaciones, sino desde el punto de vista del cumplimiento de las existentes).

De hecho estos mecanismos para cancelar obligaciones⁵⁵ y hacer efectivos créditos, formaban parte de las funciones patrimoniales que debía realizar el tutor⁵⁶.

D.26,7,9,3-5 (*Ulp. 36 ed*)

Et generaliter quod adversus alium praestare debuit pupillo suo, id adversus se quoque praestare debet, fortassis et plus: adversus alios enim experiri sine actione non potuit, adversus se potuit. § 4.- Sed si sub usuris gravioribus patri pupilli pecuniam debuit quam sint pupillares, videndum est, an ei aliquid imputetur. Et si quidem solvit, nihil est quod ei imputetur: potuit enim solvere nec onerare se usuris: si vero non solvit, usuras cogendus est agnoscere, quas a se exigere debuit. § 5.- Sicut autem solvere tutor quod debet, ita et exigere quod sibi debetur potest, si creditor fuit patris pupilli: nam et sibi solvere potest, si modo fuit pecunia unde solvat, et si usurae fuerunt graviores quae ei debebantur, relevabitur eis pupillus, quia tutor se potuit liberare, sicut aliis quoque solvere et potuit et debuit⁵⁷

D.26,7,9,7 (*Ulp. 36 ed*).- *Non tantum autem sibi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest, ut Marcellus libro octavo digestorum scripsit,*

⁵⁵ TOMAS, G “La prohibición de auto-contratación en la representación legal estudio histórico y regulación actual” Estudio histórico y regulación actual.” *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público* 50.2 (2002): 145-167. TOMAS, G. (2021). “Tutela y prohibición de auto-contratación”.(Huelva, 2003). *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo* , 583-594.

⁵⁶ SOLAZZI, S Scritti III La prestazione dell’ auctoritas e la pluralità dei tutori. Pag. 460 Il regolamento della facultas agendi pro pupillo ha la sua perfetta analogia nell regolamento della solutio al tuteore

⁵⁷ Y en general, lo que por su pupilo debió hacer contra otro, debe hacerlo también contra sí mismo, y acaso más; porque contra los otros no pudo proceder sin acción, y pudo contra sí mismo.,§ 4.- Pero si debió dinero al padre del pupilo con intereses mayores de lo que son los pupilares, se ha de ver si se le imputará alguna cosa. Y si verdaderamente pagó, no hay nada que se le impute, porque pudo pagar, y no gravarse con los intereses; pero si no pagó, ha de ser obligado a pagar los intereses, que debió cobrar de si mismo. § 5.- Mas así como el tutor puede pagar lo que debe, así también puede exigir lo que a él se le debe, si fue acreedor del padre del pupilo; porque puede pagarse también a sí mismo, si hubo dinero con que se pague, y si fueren mayores los intereses que se le debían, será relevado de ellos el pupilo, porque el tutor pudo liberarse a sí mismo, así como pudo y debió pagar también a otros.

seque mutua pecunia poterit obligare sibi mutuam proscribendo⁵⁸.

Ulpiano -que hasta el epígrafe 11 es el único jurista presente en el título 7 del libro 26 - empieza en el primer texto, tratando del cumplimiento por parte del tutor de sus propias obligaciones frente al pupilo. El jurista lo presenta desde el punto de vista de las obligaciones del tutor, esto es, exigir el pago de las deudas vencidas reintegrando el importe al patrimonio del pupilo. Es evidente, y esto es así y totalmente aceptado por lo que hace a las funciones del tutor, pero Ulpiano va más allá, ese mismo comportamiento lo debe desarrollar el tutor, cuando él mismo sea el deudor obligado al pago. Y, concluye, Ulpiano concretando aún más puesto que nos indica que en el último caso el grado de diligencia y efectividad debe ser mayor, ya que el tutor no precisa ningún tipo de procedimiento litigioso para exigirse a sí mismo el pago debido, por lo que goza de mayor simplicidad para cumplir con su deber.

En el epígrafe 4, el jurista profundiza en el principio anunciado anteriormente y que no ofrece discusión posible. En este apartado supone que el tutor debiese al padre de su pupilo -que se sobreentiende fallecido- una cantidad de dinero a unos intereses pactados superiores a los que podía obtener prestando capital del pupilo, en ese momento. El jurista entiende que, si el tutor paga antes de que venza la deuda, es correcto que realice el pago y que no pueda por tanto exigírselo ningún tipo de intereses. Pero en el caso de que no pague, se le aplicaran los intereses a los que el tutor se obligó, superiores a los que sea normal obtener en el momento, y que por tanto se los deberá exigir a sí mismo. La extinción de la deuda del tutor se producirá con el pago o *solutio* de carácter unilateral⁵⁹.

En el siguiente epígrafe 5º, analiza la situación desde el punto de vista de la autosatisfacción, correlativamente a un deber, existe también un derecho de cobro por parte del tutor. Ulpiano parte de un supuesto similar, ahora es el *pater* (presuntamente difunto) quien debía una cantidad que llevaba aparejada unos intereses⁶⁰ negociales superiores a los que se podía obtener de la tutela. El jurista nos indica la forma en que debe proceder el tutor, si el pupilo tiene liquidez debe pagarse a sí mismo con cargo al pupilo. De esta manera, se evita que el pupilo deba pagar intereses más gravosos; y lo

⁵⁸ Mas no solo puede pagarse a sí mismo el tutor, sino que también puede anotar el dinero que se le haya prestado, según escribió Marcelo en el libro octavo de su Digesto; y podrá obligarse por dinero dado en mutuo, anotando el que se le dió, en mutuo.

⁵⁹ ALBANESE, B *Le persone nel diritto privato romano*. Palermo 1979 pág. 488" *Il tutore naturalmente doveva provvedere ad esigere il pagamento dei crediti dei pupillo; ed era, d'altra parte, sempre nel interesse del pupillo, tenuto anche a pagare sollecitamente i debiti di lui."*

⁶⁰ No entraremos a hablar de los intereses que se deben al pupilo, legítimos, pupilares, etc. porque va a ser objeto de un trabajo independiente. Para más información CERVENCA, G *Contributo allo studio delle usurae c.d. legali nel diritto romano* Milano Giuffrè 1969

mismo sucederá si el acreedor es un tercero. En el caso de que las deudas fuesen varias y con intereses distintos, se deduce del texto, que el tutor debe cancelar primero las que supongan unos intereses más gravosos.

En el segundo fragmento, Ulpiano utiliza un tono más general, quizás por esta razón refuerza su razonamiento acudiendo también a la opinión de Marcelo, está claro que el tutor se puede pagar a sí mismo, y que se puede dar un recibo una vez liquide la cantidad que se le prestó. Sin embargo, el jurista va más allá, esta vez sin poder atribuir el razonamiento a Marcelo, indicando que se puede realizar un préstamo mutuo a sí mismo. Esta era una práctica bastante habitual ya que entendía implícita dentro de las funciones del tutor⁶¹, el obtener el máximo rendimiento del patrimonio de su pupilo, y por tanto una de las formas de conseguirlo era prestarlo con intereses⁶². En este caso, se presupone la buena fe y por tanto la viabilidad de la recuperación del dinero más los intereses, con la ventaja de no tener que iniciar ningún procedimiento -que conllevaba siempre unos costes a repercutir al pupilo-, obteniendo de esta manera rentabilidad, seguridad y ahorro en la gestión.

Se pone de manifiesto en este segundo fragmento que la actividad de gestión del tutor en Roma se concebía de una forma muy distinta que en la actualidad. La gestión patrimonial del tutor es activa, por eso no es de extrañar que el tutor coloque en préstamo el dinero del pupilo, para obtener una rentabilidad. La obligación del tutor de obtener una rentabilidad abarca también el supuesto de que el propio tutor tome prestado dinero del pupilo, evidentemente pactando un interés, y con el requisito formal de realizar la anotación del mismo.

La gestión activa del tutor en la época clásica⁶³, nos sorprende ya se encuentra muy alejada de la concepción actual de la gestión ideal de un tutor. No se busca tanto la rentabilidad (que no está excluida pero no es el propósito preferentemente), como la seguridad.

De hecho, el tutor debía mantener con el patrimonio pupilar, los gastos necesarios de alimentación, así como los de formación (preceptores), esclavos e incluso era normal que se hiciera cargo de algunas donaciones nupciales en favor de la hermana de su pupilo, por ejemplo, y, para evitar reclamaciones posteriores, el tutor podía solicitar a

⁶¹ ALBANESE, B op. cit. Pág 486 La actividad de gestión del tutor incluye, en cumplimiento de los intereses del pupilo, actos jurídicos diversos como la obligación de emplear de forma fructífera el capital del pupilo, especialmente mediante la realización de mutuos ventajosos, o a menudo de depositar en los banqueros el dinero líquido del pupilo, pensando en la realización de algunas adquisiciones inmobiliarias.

⁶² ALBANESE, B op cit pág. 488 Giustiniano eliminò lo stretto obbligo del tutore di dare a mutuo i capitali pupillari.

⁶³ Ya Justiniano empezó a invertir la situación exonerando al tutor de celebrar mutuos para obtener una rentabilidad.

órganos estatales -el pretor tutelar en la época imperial avanzada- o al gobernador provincial que determinase con un decreto, los criterios a seguir para los gastos relativos a la educación⁶⁴.

Siguiendo con otro texto de Ulpiano:

D.26,8,5 Ulp. 40 ad Sab.- *Pupillus obligari tutori eo auctore non potest. Plane si plures sint tutores, quorum unius auctoritas sufficit, dicendum est altero auctore pupillum ei posse obligari, sive mutuam pecuniam ei det sive stipuletur ab eo. Sed et cum solus sit tutor mutuam pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur, non erit obligates tutori: naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem in quantum locupletior factus est dandam divus Pius rescripsit.*⁶⁵

A primera vista hay una contradicción con dos textos de Ulpiano: D.26,7,9,7 (*Ulp. 36 ed*) que hemos citado anteriormente y D.26,8,5 Ulp. 40 ad Sab.

En D.26,7,9,7 (*Ulp. 36 ed*), el jurista refuerza su opinión con la de Marcelo, hace referencia al principio, fuera de discusión, de que el tutor se puede autosatisfacer, pagarse a sí mismo, y lo relaciona con la posibilidad de tomar dinero a préstamo (mutuo), el jurista confirma esta posibilidad, si se hace anotación del mismo⁶⁶.

D.26,8,5 *Ulp. 40 ad Sab* mantiene con un carácter general que el pupilo no puede obligarse con el tutor, si este mismo ha de prestar su autoridad y consentimiento. A continuación indica, una excepción, el problema se puede obviar si se han nombrado varios tutores⁶⁷, prestando la autoridad uno de los tutores a los que no se está

⁶⁴ ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*. Palermo 1979. Pág. 480 y ss.

⁶⁵ -El pupilo no puede obligarse a su tutor prestando este su autoridad. Pero si fuesen muchos los tutores, de los que basta la autoridad de uno solo, se ha de decir, que prestando otro su autoridad puede obligarse el pupilo a favor de él, ya si le diera dinero en mutuo, ya si de él estipulara. Pero tampoco cuando siendo solo uno tutor le hubiere dado al pupilo dinero en mutuo, o de él estipulase, estará obligado al tutor; pero se obligará naturalmente, en cuanto se hizo más rico, porque respondió por rescripto el Divino Pio, que se ha de dar acción contra el pupilo no solo al tutor; sino a cualquiera, por cuanto se hizo más rico.

⁶⁶ Para determinar la importancia de la anotación

D. 26, 7, 57, 0 Scaev. 10 dig.

Chirographis debitorum incendio exustis cum ex inventario tutores convenire eos possent ad solvendam pecuniam aut novationem faciendam cogere, cum idem circa priores debitores propter eundem casum fecissent, id omisissent circa debitores pupillorum, an, si quid propter hanc cessationem eorum pupilli damnum contraxerunt, iudicio tutelae consequantur? respondit, si adprobatum fuerit eos tutores hoc per dolum vel culpam praetermississe, praestari ab his hoc debere.

Si se queman los quirógrafos, el inventario de los tutores sirve para exigir el pago a los deudores

⁶⁷ En otros fragmentos Ulpiano retoma la cuestión de que la existencia de varios tutores puede subsanar el conflicto de intereses que exista con uno de ellos, si otro, con el que no hay conflicto es el que presta su *auctoritas*. En este caso el jurista perfila aún más este principio, mostrando que no vale cualquier co-tutor para evitar el conflicto de intereses, puesto que puede ser nombrado co-tutor un hijo en potestad y este, no puede actuar como persona distinta del otro co-tutor su pater.

entregando dinero. Pero tras ese criterio (creo que es claro e indudable) insiste a continuación en el supuesto de que haya un solo tutor, ya sea tomando este dinero a préstamo, o prestando el tutor dinero al pupilo. El jurista indica que no se contrae una obligación civil, si una obligación natural (los actos del pupilo sin la *auctoritas tutoris*), al tratarse de una obligación natural dice que por rescripto de Antonio Pío, se le puede exigir el enriquecimiento obtenido⁶⁸.

El problema no está tanto en la posibilidad del préstamo al tutor, que se admite manifiestamente cuando hay varios tutores, sino en el conflicto de intereses, en que intervenga en un acto el tutor como prestamista (en nombre del pupilo) y como prestatario (en nombre propio).

En D.26,7,9,7 (*Ulp.. 36 ed.*), el pupilo es un *infans*, contrataría sólo el tutor, en D.26,8,5 *Ulp. 40 ad Sab*, se trataría de un pupilo *qui fari potest*, actuarían tanto el pupilo como el tutor (que prestaría *auctoritas*). La diferencia está en que en D.26,8,5 *Ulp. 40 ad Sab* ya surge una obligación natural, en D.26,7,9,7 (*Ulp. 36 ed*) si no se realiza la anotación no surgiría la obligación o no se podría exigir el cumplimiento de la misma.

La contradicción de los dos textos de Ulpiano sólo es a primera vista ya que se trata de supuestos y resultados distintos: en el primero, en el que refuerza su opinión con la de Marcelo, hace referencia al principio, fuera de discusión, de que el tutor de un *infans* se puede autosatisfacer, pagarse a sí mismo, y lo relaciona con la posibilidad de tomar dinero a préstamo (*mutuo*), afirmando el jurista esta posibilidad, si se hace anotación del mismo; en el segundo, mantiene con un carácter general que el pupilo no puede obligarse con el tutor, si este mismo ha de prestar su autoridad y consentimiento, es decir sí hay también un conflicto de intereses. A continuación, indica, una excepción, el problema se puede obviar si se han nombrado varios tutores, prestando la autoridad uno de los tutores a los que no se está entregando dinero. Pero tras ese criterio (creo que es claro e indudable) insiste a continuación en el supuesto de que haya un solo tutor, ya sea tomando este dinero a préstamo, o prestando el tutor dinero al pupilo. El jurista indica que no se contrae una obligación civil, si una obligación natural (la del pupilo sin que el tutor preste su *auctoritas*), y esa es la gran diferencia con el primero. De una obligación

Por lo que en este caso la existencia de un co-tutor no salvaría el conflicto de intereses existente, debe tratarse como hemos avanzado de un tutor con el que no exista conflicto de intereses. Además, está planteado con la estipulación. El caso se plantea intencionadamente haciendo referencia a una estipulación, debido a la formalidad y rigidez del contrato.

D.26,8,7,2 2.- (*Ulp 40 Sab*) *Si et pater et filius qui in potestate eius fuerunt et pater sit stipulatus filio auctore, nullius momenti erit stipulatio idcirco, quia in rem patris auctor esse filius non potest.*

⁶⁸ En este sentido, el enriquecimiento determinaría la responsabilidad

D. 26, 8, 5, 1 *Ulp. 40 ad Sab. Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligetur sed nec in emendo, nisi in quantum locupletior factus est.*

El pupilo no se obliga al vender sin la autoridad del tutor, pero tampoco al comprar, salvo por la cuantía en la que se enriqueció.

natural surgiría una obligación por el enriquecimiento obtenido, y lo refuerza aludiendo al *rescripto* de Antonio Pío.

La diferencia no está en las posibilidades de actuación del tutor, sino en las del pupilo.

En D.26,8,5 *Ulp.* 40 ad *Sab* si el tutor presta la *auctoritas* y su esfera de intereses está afectada, se trataría como si no la prestase: la obligación se convierte en natural y se asimilaría a aquellas obligaciones contraídas por el pupilo sin la presencia del tutor.

Wacke⁶⁹ también pone de manifiesto la contradicción, entiende que en un préstamo auto-contratado existe un requisito formal que es un acto anotatorio, con asiento en el libro de cuentas de la tutela. En este sentido la obligación del tutor nacería sobre la base de un contrato literal. También indica que otro presupuesto material para que surgiera un préstamo era el establecimiento de un tipo de interés.

El principio de que el tutor no puede actuar *in rem suam* se proyecta tanto se trate de un *infans* y por tanto se deba suplir la voluntad del mismo, como en el caso del *impuber infantia maior* donde prestaría solamente su *auctoritas*.

Podemos entender que en la gestión y administración corriente tanto del patrimonio del tutor como el del pupilo, resultaba decisivo las anotaciones contables en el libro de tutelas, deberían tener importancia decisiva en el momento de poner fin a la interrelación de esferas de intereses, al terminar la tutela, y deber por tanto el tutor restituir los bienes pupilares⁷⁰. En la gestión diaria, sería difícil establecer una gestión doble, por lo que las anotaciones contables serían vitales, para establecer la separación de patrimonios. Estas anotaciones también serán fundamentales en las operaciones crediticias vinculadas.

3.3.-Regula: *Tutor rem pupilli emere non potest*

Comenzamos el análisis de la compraventa realizada por el tutor en la que interviene tanto en interés del pupilo como en su propio nombre, con este fragmento de Paulo

D. 18, 1, 34, 7 *Paul.* 33 ad ed.

Tutor rem pupilli emere non potest: idemque porrigendum est ad similia, id est

⁶⁹ WACKE, A “La auto-contratación en el derecho de representación romano y moderno” *Estudios de Derecho Romano y moderno en cuatro idiomas*. Madrid 1996 págs. 209-237; «Selbstkontrahieren im römischen Vertretungsrecht», en Fg. Kaser [8.12], 289; «Tilgungsakte durch Insichgeschäft», *SZ* 103 (1986), 223.

⁷⁰ ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*. Palermo 1979 pág. 491 “Di regola, invece, i negozi posti in essere dal tutore explicavano il loro effetto solo nella sfera giurida dello stesso tutore que doveva poi transferire l'effetto di quei negozi nella sfera giuridica del pupillo.”

*ad curatores procuratores et qui negotia aliena gerunt.*⁷¹

Entendemos que esta generalización es didáctica pero demasiado indeterminada, ya que, para evitar el conflicto de intereses, podía actuar otro de los tutores⁷², o bien, el pretor podía nombrar un tutor especial, siempre en defecto de la existencia de pluralidad de tutores⁷³. Además parece que hay una extensión excesiva a figuras tan diversas como el *procurator* y los gestores de negocios ajenos.⁷⁴ Sin embargo, veremos más adelante que en determinadas cuestiones, sí se puede realizar esta proyección.

Burdese⁷⁵ entiende que en algunas fuentes -tanto para la tutela como para la curatela- la validez de las ventas efectuadas en interés de tutores y curadores, debe relacionarse con el problema del error sobre la titularidad de la cosa, lo que se trasladaría a la capacidad para enajenar de tutores y curadores⁷⁶.

Prescindiendo de que existe un error, el texto nos reconduce al mismo principio que hemos examinado, el tutor no puede interponer su *auctoritas* en negocios propios⁷⁷, *in rem suam fieri non posse*.

⁷¹ El tutor no puede comprar una cosa del pupilo y lo mismo vale para curadores, procuradores, gestores de negocios ajenos.

⁷² VARELA, E *De contutoribus* Madrid.1979 . El autor entiende que sólo se puede hablar de co-tutela cuando las personas llamadas a la gestión del patrimonio pupilar, lo hacen unitariamente, en el sentido de que para su actuación la intervención de cualquiera de sus titulares es suficiente para la validez del acto y desde punto de vista pasivo cualquiera de ellos puede ser perseguido por el pupilo para exigir la responsabilidad dimanante de la gestión tutelar. Por tanto, afirma el autor no siempre que nos encontramos con una pluralidad de tutores, nos encontraremos con una co-tutela como en los casos en que los tutores se han repartido las funciones según las normas del Edicto o cuando se ha atribuido a uno sólo la gestión.

⁷³ BONFANTE, P *Corso di Diritto Romano* vol. I *Diritto di Famiglia* Milano 1963 pág. 602

⁷⁴ En el caso de los funcionarios públicos tendrán que pagar una multa del cuádruplo, establecida en una Constitución de los emperadores Severo y Antonino

D. 18,1,46 (Marcian. De delat.).-Non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam: alioquin non tantum rem amittit, sed et in quadruplum convenit secundum constitutionem Severi et Antonini: et hoc ad procuratorem quoque Caesaris pertinet. Sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc concessum est.

No le es lícito a nadie comprar, por virtud del cargo que desempeña, alguna cosa, ni por sí, ni por medio de otra persona; de lo contrario, no solamente pierde la cosa, sino que es también demandado por el cuádruplo, conforme a la Constitución de Severo y Antonino; y esto es aplicable también al Procurador del César. Pero esto es así, si especialmente no se le consintió esto a algunos.

⁷⁵ BURDESE, A *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*. Torino 1950. Pág.16 y ss

⁷⁶ D. 27, 10, 10, 1 Ulp. 16 ad ed. *Curator furiosi rem quidem suam quasi furiosi tradere poterit et dominium transferre: rem vero furiosi si quasi suam tradat, dicendum, ut non transferat dominium, quia non furiosi negotium gerens tradidit*

El curador del furioso podrá entregar una cosa verdaderamente suya como siendo del furioso, y transferir el dominio; pero si entregara una cosa del furioso, como suya propia, se ha de decir, que no transfiere el dominio, porque no la entregó siendo gestor de negocios del furioso.

⁷⁷ Que podemos apreciar en este fragmento de Ulpiano y otros que hemos señalado en el apartado correspondiente

D. 26, 8, 1, 0 Ulp. 1 ad Sab.

Este fragmento, D. 18, 1, 34, 7 (*Paul. 33 ad ed*) es el último de una serie de fragmentos de Paulo que tratan sobre la posibilidad o no de la compraventa, examinando supuestos tan dispares, como las ventas de res *extra comertium*, la compra de un hombre libre, las ventas *ad gustum* o, la venta con un objeto establecido con carácter alternativo. Siempre el punto de vista se centra en el objeto de la compraventa. Al cerrar el párrafo 34 con el texto que hemos transscrito, se sigue manteniendo la atención en el objeto, "el tutor no puede comprar una cosa del pupilo". Esta conclusión al finalizar el fragmento 34 debe entenderse como una *regula*, que la jurisprudencia cautelar se encargaría de perfilar, como veremos en los siguientes fragmentos.

Avanzando en nuestro estudio, el siguiente caso presenta un conflicto de intereses o afectación de esferas patrimoniales del tutor y el pupilo muy interesante, por su carácter sobrevenido.

D.26,7,56.- *Scaev. libro IV dig .- Tutor rerum et animalium pupilli venditionem fecit, sed quaedam animalia emporibus pretium non solventibus retinuit et apud se habuit, pretium idem rationibus pupilli accepto tulit: ex his aliquot nata sunt: defuncto tuteore heres eius eandem tutelam administravit et animalia annis plurimis possedit: quaesitum est, an, cum is cuius tutela administrata est annis viginti quattuor esset, iure animalia vindicaret. Respondit secundum ea quae proponerentur pupillum ea vindicare non posse.*⁷⁸

En este fragmento Escévola plantea una venta fallida de cosas y animales. Es decir, el tutor pensaba vender a un tercero, al fallar esta posibilidad, opta por realizar él mismo una compra parcial.

Por una parte, no se hace referencia a que tipo de animales se trata, pero deberíamos pensar por el contexto que trata sobre los frutos generados por estos animales, que debería tratarse de *res mancipi*. Esto supondría un problema ya que no se

Quamquam regula sit iuris civilis in rem suam auctorem fieri non posse, tamen potest tutor proprii sui debitoris hereditatem adeunti pupillo auctoritatem accommodare, quamvis per hoc debitor eius efficiatur: prima enim ratio auctoritatis ea est, ut heres fiat, per consequentias contingit, ut debitum subeat. se tamen auctore ab eo stipulari non potest. et cum quidam auctoritatem accommodaret pupillae suae, ut servo suo stipulanti sponderet, divus Pius Antoninus rescripsit iure pupillam non teneri, sed in quantum locupletior facta est, dandam actionem. sed si auctor fiat, ut filio suo quid tradatur, nulla erit auctoritas: evidenter enim sua auctoritate rem adquirit.

⁷⁸ Un tutor hizo la venta de cosas y de animales del pupilo, pero no pagando los compradores el precio retuvo y tuvo en su poder algunos animales, y consignó como recibido el mismo precio en las cuentas del pupilo; de aquellos nacieron algunos, y habiendo fallecido el tutor, su heredero administró la misma tutela, y poseyó muchos años los animales; se preguntó si al llegar a los veinticuatro años aquel cuya tutela fue administrada, podría reivindicar con derecho los animales. Respondió, que, según lo que se exponía, el pupilo no podía reivindicarlos.

suele aceptar que los tutores pudieran realizar la *mancipatio*⁷⁹, aunque no hay dificultades para aceptar una venta por *traditio*, y entendemos que el vicio de forma se habría subsanado por usucapión. Es posible que los compiladores justinianeos suprimiesen cualquier referencia a la misma, entendiendo que la cuestión principal que planteaba el fragmento era otro. Quinto Mucio Escévola -que fue uno de los juristas más representativos de su época, de gran influencia en el Principado, perteneciente a una familia patricia de nobleza senatorial y de juristas- plantea una compraventa frustrada que deviene en compraventa parcial, el comprador original no paga el precio, y el tutor decide actuar como comprador de algunos de los animales que estaba previsto vender, por el mismo precio, se entiende proporcionalmente. La compraventa podía haber sido perfecta con un tercero, ya que bastaba acuerdo en la cosa y el precio, pero para transmitir la propiedad hacia falta la entrega de las cosas, y el fragmento nos indica que el tutor, quizás al percibir que el comprador no iba a pagar el precio, paralizó la entrega de los animales. Simultanea o posteriormente decide comprar parte de lo que anteriormente había convenido con el primer comprador, "por el mismo precio". Al consignar en las cuentas del pupilo el valor de los animales que había retenido, de hecho, está formalizando un auto-contrato de compraventa, la documentación en las cuentas tutelares justifica la auto-transmisión consensual al tutor. En este caso, no plantea problema la determinación del precio, ya que se supone que será -proporcionalmente aplicado- el que se había pactado en la compraventa inicial. La cuestión jurídica que realmente propone el texto es lo que puede exigir el pupilo al finalizar la tutela. La respuesta del jurista -el pupilo no podrá reivindicar los animales comprados por el propio tutor- confirma la consumación tanto de la auto-compraventa parcial realizada por el tutor, cómo de la trasmisión de la propiedad. Se exige la consignación en las cuentas, como forma de separación de patrimonios, y teniendo en cuenta otros textos, como un requisito formal necesario, pero el jurista en ningún caso se plantea la viabilidad o no de la auto-compraventa del tutor.

En otros textos vemos también que la consignación en la cuenta de la tutela, además de funcionar como requisito de forma constituye un dato para considerar que la compraventa no ha sido oculta *nec clam*, lo que una vez consumada la usucapión permitiría la adquisición de la propiedad. La exigencia de la anotación en el libro de tutelas podría tener su justificación última, más que en requisitos formales, en conformar

⁷⁹ La doctrina mayoritaria (TALAMANCA, M Istituzioni di Diritto Romano Giuffrè ed. Milano 1990 pág. 166) consideró cuanto menos discutible la posibilidad de realizar mancipatos e *in iure cessio* por parte del curador, no ha sido acogida por tanto la idea de Burdese, que entendió que sí era posible salvo, en el caso del *pignus* BURDESE, A Autorizzazione ad alienare in diritto romano. Torino 1950. Pág.16 y ss.

una actuación manifiesta que posibilitaría la usucapión, conduciendo a la adquisición de la propiedad.

De los textos examinados, parece deducirse un doble rasero en cuanto al comportamiento del tutor: en el ámbito judicial, es mucho más formal, si hay un conflicto de intereses, se busca como solucionarlo con la intervención de un tercero. En el ámbito privado de la administración tutelar debía ser imposible, ya que la sociedad romana estamental y endógena favorecería la afectación de esferas patrimoniales de forma frecuente entre sus miembros. La reiteración de conductas que podían suponer conflicto de intereses, dificultaría un control individual de las mismas; parece que el control se concentraba al finalizar la tutela, teniendo en cuenta que el tutor -en la época clásica- había prestado caución al iniciar la administración de los bienes tutelares y que además respondía con la *actio tutelae*.

Los juristas centran el problema en determinar si la *iusta causa* ha sido válida y si se puede adquirir la propiedad después de consumada la usucapión en el momento en que cesa la tutela, cuando se ha de producir una liquidación del patrimonio gestionado por el tutor.

D.26,8,5,2-6.-(*Iulp 40 Sab*) *Item ipse tutor et emptoris et venditoris officio fungi non potest: sed enim si contutorem habeat, cuius auctoritas sufficit, procul dubio emere potest. Sed si mala fide emptio intercesserit, nullius erit momenti ideoque nec usucapere potest. Sane si suae aetatis factus comprobaverit emptionem, contractus valet. § 3.- Sed si per interpositam personam rem pupilli emerit, in ea causa est, ut emptio nullius momenti sit, quia non bona fide videtur rem gessisse: et ita est rescriptum a divo Severo et Antonino. § 4.- Sane si ipse quidem emit palam, dedit autem nomen non mala fide sed simpliciter, ut solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi, valet emptio: quod si callide, idem erit ac si per interpositam personam emisset. § 5.- Sed et si creditor pupilli distrahat, aequem emere bona fide poterit. § 6.- Si filius tutoris vel quae alia persona iuri eius subiecta emerit, idem erit atque si ipse emisset.⁸⁰*

⁸⁰ Igualmente, el mismo tutor no puede desempeñar el papel de comprador, y de vendedor. Pero si tuviera un contutor, cuya autoridad basta, sin duda alguna puede comprar; más si la compra se hace de mala fe, no será de ningún valor, y por lo tanto no puede usucapir; pero si habiendo llegado a su edad hubiere aprobado la venta, es válido el contrato. § 3.- Pero también si hubiere comprado una cosa del pupilo por persona interpuesta, se halla en el caso de que la compra sea nula, porque se considera que no hizo el negocio de buena fe; y así se respondió por rescripto por el Divino Septimio Severo y Antonino Caracalla. § 4.- Mas si él mismo compró ciertamente en público, pero dió otro nombre, no de mala fe, sino simplemente, como suelen otros más honrados que no consienten que sus nombres se inscriban en los instrumentos, es válida la compra; pero si lo hizo con astucia, será lo mismo que si hubiese comprado por persona interpuesta. § 5.- Pero también si vendiese un acreedor del pupilo, podrá igualmente comprar de buena fe. § 6.- Si hubiere comprado el hijo del tutor, u otra cualquier persona sujeta a su potestad, será igual que si él mismo hubiese comprado.

En este fragmento Ulpiano hace un estudio pormenorizado de algunas de las cuestiones que se pueden suscitar en compraventas de bienes pupilares realizadas por tutores. Empieza por la norma general: el tutor no puede actuar como comprador y vendedor. Este principio se puede delimitar, en función de casos concretos que va aportando el jurista.

Si hay una pluralidad de tutores⁸¹, la venta se puede llevar a cabo si presta la *auctoritas* uno de los tutores⁸² que no esté incurso en conflicto de intereses. A continuación, como excepción de la excepción, plantea que por mucho que concurren varios co-tutores, es preciso que lo hagan de buena fe. Si interviene mala fe, entendida como un comportamiento colusorio entre cotutores con la intención de perjudicar al pupilo, la compraventa, la *iusta causa*, es nula y por tanto no se puede subsanar por usucapión. Es decir, se está admitiendo que las ventas de los tutores se podían beneficiar de la usucapión que estaría originada por un defecto de forma al no poder realizar los tutores, actos formales como la *mancipatio*⁸³.

El jurista vuelve al problema de la auto-contratación, de la venta realizada por el tutor como vendedor y comprador, y concluye que si al finalizar la tutela, el pupilo aprueba el acto, el contrato tendría eficacia, estaríamos ante otra excepción al principio general de la no admisión de compraventa del tutor para sí mismo, la aprobación posterior del pupilo -una vez salido de la tutela- supondría el mantenimiento del negocio realizado.

La compra de bienes pupilares mediante personas interpuestas -entendiendo por personas interpuestas sujetos que comparten idénticos intereses que el tutor (*alieni iuris*) - se asimila a la existencia de mala fe, y la consecuencia es la nulidad sin posibilidad de acudir a la usucapión y lo justifica el jurista, en un *rescripto* de Septimio Severo y Antonino Caracalla.

⁸¹ Sobre la discusión acerca de cuantos tutores deben intervenir completando la declaración del pupilo cuando se exija *auctoritas tutoris*, ver VARELA, E *De contutoribus* Madrid 1979 pág. 77 y ss. El autor entiende que sólo se puede hablar de co-tutela cuando las personas llamadas a la gestión del patrimonio pupilar, lo hacen unitariamente, en el sentido de que para su actuación la intervención de cualquiera de sus titulares es suficiente para la validez del acto y desde punto de vista pasivo cualquiera de ellos puede ser perseguido por el pupilo para exigir la responsabilidad dimanante de la gestión tutelar. Por tanto, afirma el autor no siempre que nos encontraremos con una pluralidad de tutores, nos encontraremos con una co-tutela como en los casos en que los tutores se han repartido las funciones según las normas del Edicto o cuando se ha atribuido a uno sólo la gestión.

⁸² VARELA E *De contutoribus* Madrid 1979 pág. 83 y 84 entiende que no sería posible si se tratase de una tutela legítima, que exigiría una solidaridad. Confróntese con TALAMANCA, M *Istituzioni di Diritto Romano* Giuffrè ed. Milano 1990 pág. 166

Estamos de acuerdo con que si se tratara de una tutela legítima en la época arcaica o bien una tutela testamentaria en la que se estableciese una relación de solidaridad entre los tutores, no sería posible. Creemos que como en la actualidad la posibilidad de establecer una tutela solidaria, existía, pero no era apenas utilizada, por esa razón el jurista no tiene en cuenta esta posibilidad.

⁸³ Ver supra nota 59

Se plantea también, como excepción al principio general, el caso de que el tutor compre en subasta pública, lo que era generalmente aceptado⁸⁴. Relacionado con lo anterior, se aborda la práctica de la compra en subasta pública, pero en la que el sujeto que interviene da otro nombre, no por mala fe, sino porque era la costumbre normal de las personas de clase alta no querer mostrar su identidad; entiende el jurista que es una praxis aceptada la utilización de otros nombres para la protección de la intimidad y por tanto la compraventa también vale. Si, por el contrario, se realiza una subasta pública y se utilizan nombres que no son verdaderos de mala fe, entonces se entiende que la compraventa es nula, como en el caso antes señalado de la venta a través de una persona interpuesta. Es decir, es necesario que la venta se realice en subasta pública, pero adicionalmente debe concurrir buena fe.

Este criterio de la buena fe es determinante también en el caso de que el tutor compre a un acreedor de su pupilo, no se precisa si se trata de un acreedor pignoraticio del pupilo, y si el objeto comprado es a su vez el pignorado.

Si el que compra es una persona sometida a la potestad del tutor, se aplicaran las mismas normas que en el caso de que se hubiese hecho la compraventa el mismo tutor.

Esta excepción a la prohibición de auto-contratación del tutor se extiende también en el caso de subastas públicas, a los procuradores y gestores de negocios ajenos⁸⁵. Paulo nos pone de manifiesto que la cuestión había sido debatida, prevaleciendo este criterio de entender la subsanación mediante usucapión de la auto-compra en pública subasta por parte de los procuradores y gestores de negocios ajenos por razón de utilidad; no exige en estos casos buena fe, porque entendemos que la presupone.

Después de esta disección realizada por Ulpiano, encontramos un fragmento de Pomponio, para perfilar aún más las situaciones habituales en las que se debieron encontrar tutores al gestionar los patrimonios de los pupilos.

D.26,8,6 *Pomp; libro XVII ad Sabinum.-Tutores, quibus administratio decreta non esset, tamquam extraneos recte a pupillo emere placet.*⁸⁶

⁸⁴ TALAMANCA, M “Contributi allo studio delle vendita all’asta nel mondo classico” Atti della academia nazionale dei lincei 5-8 1954 pág.105 Le auctiones private erano molto diffuse a Roma dove con questo mezzo si cercava di trarre il maggior guadagno possibile dalle cose che s’intendeva di vendere.

⁸⁵ D. 41,4,2,9 (Paul. 54 Ed) *Procuratorem quoque, qui ex auctione, quam mandatu domini facit, emerit, plerique putant utilitatis causa pro emptore usucapturum. Idem potest dici et si negotia domini gerens ignorantis emerit propter eandem utilitatem.*

Los más opinan, que por causa de utilidad usucapirá como comprador también el procurador, que hubiere comprado una cosa en la licitación que por mandato de su principal hubiere hecho. Lo mismo se puede decir, por razón de la misma utilidad, si el gestor de negocios de su señor, que lo ignora, hubiere comprado una cosa.

⁸⁶ Se halla establecido, que los tutores, a quienes no se les hubiese conferido la administración, compran bien al pupilo, como extraños.

Del anterior texto deducimos que los conflictos derivados de la inter-relación de esferas patrimoniales entre tutor y pupilo, no se producen si el tutor no tiene asignada la gestión⁸⁷, la administración de los bienes pupilares y se entiende que al no existir una confusión de patrimonios, se aplicarían los mismos principios que frente a los extraños.

Es interesante este fragmento por cuanto, podemos compararlo con el derecho moderno en el que se pueden atribuir unas facultades a unos y otras a otros y además tenemos la figura del administrador que propiamente no sería tutor, pero no se permite la compraventa ni a unos ni a otros de bienes pupilares.

Pomponio entiende que no habría conflicto de intereses si interviene el tutor-gestor representando al pupilo y el tutor-sin gestión (en interés propio) y por tanto admite la compraventa, técnicamente no hay auto-contrato. No nos parece del todo cierta la apreciación de Pomponio, ya que puede ser que el tutor, aunque no gestione los bienes pupilares tenga información preferente sobre ellos, podríamos entender que en este caso, concurriría mala fe o fraude de ley y que por tanto la compraventa en estas circunstancias sería nula.

D. 41, 4, 2, 8 Paul. 54 ad ed.

Tutor ex pupilli auctione rem, quam eius putabat esse, emit. Servius ait posse eum usucapere: in cuius opinionem decursum est eo, quod deterior causa pupilli non fit, si proprius habeat emptorem, et, si minoris emerit, tutelae iudicio tenebitur ac si alii minoris addixisset: idque et a divo Traiano constitutum dicitur.⁸⁸

Las ventas en subasta *auctio*ne privadas eran muy difundidas en Roma, donde con esta forma de venta se buscaba obtener la mayor ganancia posible⁸⁹. En el periodo clásico se recurre a la mediación del *coactor argentarius*. Talamanca⁹⁰ entiende que la función de este último era sustituir al *dominus* en la recogida del precio de la cosa vendida y eventualmente conceder crédito al comprador. La mediación del *argentarius*

⁸⁷ Se debería tener en cuenta de que se trate efectivamente de que se trata de un tutor no gerente al que se le haya prohibido expresamente la administración Ver VARELA, E *De contutoribus* Madrid 1979 pág. 92

⁸⁸ D. 41,4,2a ,8 Paul. 54 ad ed.

Un tutor compró en la subasta de los bienes de un pupilo, una cosa que creía propiedad de éste: Servio Sulpicio Rufo dice que puede usucapirla, opinión a la que se ha acudido porque no se perjudica al pupilo por tener un más próximo comprador de sus bienes, y que si hubiera comprado por un precio menor del debido, podría responder por ello por la acción de tutela, lo mismo que si se hubiera adjudicado por precio menor aquellos bienes a otra persona. Así se dice que lo decidió Trajano de consagrada memoria.

⁸⁹ TALAMANCA, M “Contributi allo studio delle vendita all’asta nel mondo classico” Atti della academia nazionale dei lincei 5-8 1954 pág. 105 y ss.

⁹⁰ TALAMANCA op cit pág. 112

era de carácter económico y se concretaba en el crédito opcionalmente proporcionado y en su conocimiento especializado sobre el procedimiento de las subastas.

Paulo también se hace eco de la excepción a la sanción de auto-compraventa de bienes pupilares por el tutor si esta se realiza en subasta pública; y para revestir sus argumentos de más autoridad se remonta a Servio Sulpicio Rufo, concluyendo con la misma idea que también apreciábamos en Ulpiano, se puede usucapir, se puede subsanar el defecto y por tanto, se producirá la transmisión de la propiedad. La justificación que ofrece Paulo se fundamenta en que al pupilo no le perjudica la existencia de un posible comprador, o postor, en subasta pública, aunque sea su tutor, si el precio es menor a lo que se estima, el tutor-comprador responderá con la acción de tutela, de idéntica forma a si el comprador es un tercero y compra también él por cantidad inferior a la estimada.

Es fundamental precisar si Paulo está tratando sobre la usucapición de una *res mancipi* transmitida por simple *traditio* o bien el tutor consideraba que el pupilo era el propietario, y en realidad no lo era, adquisición a *non domino*. Esto nos llevaría a tener que precisar ante que, tipo de usucapición estamos, la usucapición del propietario *bonitario* o, bien la del poseedor de buena fe. El tenor del texto y los otros que hemos ido examinando anteriormente en este apartado nos llevan a pensar, que nos encontramos ante la subsanación de un defecto de forma -la no realización de la *mancipatio*- . Talamanca⁹¹ entiende que también esta es la opción correcta, añadiendo además: “*La circonstanza che la vendita sia avvenuta all'incanto ha il suo peso, d'altronde, poichè, con il possibile concorso dei licitanti, rende difficile un comportamento doloso del tutore (che in ogni caso risponderebbe con l'azione di tutela) e d'altra parte permette di stabilire con esattezza quando il tutore agisca in proprio (offrendo) e quando come rappresentante del pupilo (affidando all'argentarius l'incarico di tenere l'incanto)*”.

Es posible que Paulo, intentase con citas de autoridad, (comienza con Servio y termina con Trajano) disminuir la influencia de Ulpiano, poniendo de manifiesto que estos principios ya estaban establecidos y que lo único que hace Ulpiano es reproducirlos.

En el siguiente texto Juliano trata el caso en el que el tutor vende una cosa del pupilo apropiándose de ella, robándola.

D.41,4,7,3 (*Iul. 44 Dig*)- *Si tutor rem pupilli surripuerit et vendiderit, usucapio non contingit, priusquam res in potestatem pupilli redeat; nam tutor in re pupilli tunc*

⁹¹ TALAMANCA, M “Contributi allo studio delle vendita all'asta nel mondo classico” Atti della academia nazionale dei lincei 5-8 1954 pág.142

*domini loco habetur, quum tutelam administrat, non quum pupillum spoliat.*⁹²

Si el tutor ha vendido una cosa del pupilo en su propio interés, no tiene lugar la usucapión la *res* no es *habilis*.

En el texto no se hace referencia al hurto, que sería lo más normal, sin embargo se utiliza el verbo *surripuere*. Algunos piensan que debido a que la tutela se configura como un *ius*⁹³, el antiguo tutor no puede jurídicamente cometer un hurto con los bienes del pupilo. El carácter fiduciario de la tutela se pone de manifiesto en este texto⁹⁴.

Es interesante el fragmento porque pone claramente de manifiesto el gran conocimiento de Juliano que asigna al tutor un comportamiento *loco domini*, de la misma manera que se hacía en la época arcaica, pero, le añade la función tuitiva de la tutela que se impone tras la célebre definición de Servio⁹⁵.

Hemos comenzado este apartado, con un texto de Gayo que contiene con la formulación de una norma reconocida ya en la época arcaica, pero del examen de los textos observados vemos que no se aplicaba ni en todos los ámbitos, ni con toda su rigidez, ya que la concepción de la jurisprudencia clásica -apartada del formalismo arcaico- no fuerza la aplicación de las normas, sino que favorece el desarrollo de la actividad económica de la sociedad. Así lo vemos en el siguiente texto con el que finalizamos nuestro estudio.

D.26,7,47,6 (Scaev. 2 resp) *Altero ex duobus fratribus sociis bonorum et negotiationis defuncto, herede filio, patruus tutor venditis omnibus communis negotiationis mercibus et sibi redemptis negotium suo nomine exercuit: quaesitum est, utrum compendium negotii an usuras pecuniae praestare debeat. Respondi secundum ea quae proponuntur pupillo usuram, non compendium praestandum*⁹⁶.

⁹² D.41,4,7,3 (Iul. 44 Dig) Si el tutor hubiere robado, y vendido, una cosa del pupilo, no tiene lugar la usucapión antes que la cosa vuelva a poder del pupilo; porque el tutor es considerado en calidad de dueño de las cosas del pupilo cuando administra la tutela, no cuando despoja al pupilo.

⁹³ VARELA, E *De contutoribus* Madrid 1979 pág.21

⁹⁴ No es solo un derecho sino también un deber sagrado por encima de los demás deberes, y cuya violación es reprobado por las costumbres (Aulo Gelio y Catón)

⁹⁵ D. 26, 1, 1, 0 Paul. 38 ad ed.

Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.

La tutela es, según la define Servio, la fuerza y la potestad, dadas y permitidas por el derecho civil, sobre un individuo libre, para proteger al que por su edad no puede defenderse espontáneamente.

⁹⁶ Habiendo fallecido uno de dos hermanos que eran consocios en los bienes y en una negociación, dejando por heredero a su hijo, su tío paterno y tutor, vendidas todas las mercancías de la negociación común y habiéndolas comprado para sí, explotó el negocio en su propio nombre; se preguntó, ¿deberá pagar las ganancias del negocio, o los intereses del dinero? Respondí, que según lo que se propone, al pupilo se le han de pagar los intereses, no las ganancias.

Este texto de Escévola se plantea una cuestión que sigue teniendo trascendencia en la actualidad; el jurista se aparta de los típicos fragmentos escolásticos cuya finalidad eran únicamente la enseñanza, para aproximarse a la realidad. Es muy posible que tuviera su origen en una consulta sobre un caso que efectivamente se produjera.

Es muy habitual que en la explotación de un negocio participe la familia, ya sea porque el negocio mismo se ha trasmitido a través de generaciones, ya sea porque al iniciar un negocio *ex novo* también resulta habitual hacerlo en familia. El jurista plantea el caso de dos hermanos que explotan un negocio en común (al indicar que también tienen el patrimonio en común, parece querer reflejar que se trata de una *societas omnium bonorum*, aunque no es el problema central del texto). Fallece un hermano que instituyó a su hijo como heredero, y al tío paterno como tutor. El supuesto, como he dicho, podría repetirse veintiún siglos después. Escévola -dando por hecho de que es posible- plantea que el tío como tutor puede vender todas las mercancías del negocio común, comprándolas él mismo, y constituyendo un nuevo negocio únicamente a su nombre. Pregunta el jurista si se deberá pagar las ganancias, o los intereses de la cantidad al sobrino, y afirma que los intereses.

Del texto se desprende a primera vista, que en la época de Escévola no resultaba extraño la auto-contratación, que en una compraventa el tutor actuara como vendedor y como comprador. La muerte⁹⁷ de uno de los socios determina la extinción de la sociedad, aunque hubiese varios socios -este no es el caso- sobrevivientes, salvo que al constituirse se hubiera establecido de otra forma, y este extremo no ha sido aportado por el jurista. El heredero del socio muerto no ocupa el lugar del *decuius*, pero tiene derecho sobre lo que se obtenga con su liquidación. Se aceptaba que la sociedad, o la condición de socio no se transmitía *mortis causa*⁹⁸. Evidentemente estas concepciones no son

⁹⁷ G.3.152: *Soluitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit*

También se disuelve la sociedad por la muerte de un socio, ya que el que contrae la sociedad elige una persona determinada

D.17,2,65,9 Paul 32 ed.

Morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit. Nec heres socii succedit: sed quod ex re communi postea quaesitum est, item dolus et culpa in eo quod ex ante gesto pendet tam ab herede quam heredi praestandum est

Disuélvese la sociedad por la muerte de uno solo, aunque se haya constituido con el consentimiento de todos, y sobrevivan muchos, salvo si otra cosa se hubiere convenido al constituirse la sociedad; y no le sucede el heredero del socio; pero por lo que se adquirió después en virtud de la cosa común, y también por el dolo y por la culpa respecto de lo que pende de lo hecho antes, se ha de responder, así por el heredero, como al heredero.

⁹⁸ D.17,2,65, 11. Paul 32 ed *Societas quemadmodum ad heredes socii non transit, ita nec ad adrogatorem, ne aliquin invitus quis socius efficiatur cui non vult. Ipse autem adrogatus socius permanet: nam et si filius familias emancipatus fuerit, permanebit socius.*

Así como la sociedad no pasa a los herederos del socio, así tampoco pasa al arrogador, para que de otra suerte ninguno se haga contra su voluntad socio de quien él no quiere; pero el mismo

trasladables a las sociedades de capital actuales. Sin embargo, lo que no deja de sorprender es que no se tome ninguna medida para evitar el conflicto de intereses, claro. Podría aceptarse la posición de Talamanca⁹⁹ que considera probable que, aunque no se mencione -pues no es el objeto principal del fragmento- la venta se habría realizado mediante subasta pública o *auctio*. En todo caso, considera el autor que se podrían aplicar las mismas consideraciones que en D.41,4,2,8-9 (Paul 54 ad Ed).

El texto da por hecho, que ya sea de una manera (subasta pública) u otra (nombrando a un tercero) la compraventa se ha realizado, esta cuestión no le ofrece ninguna duda al jurista.

Lo que realmente formula el texto es la obligación del tutor -una vez termine la tutela- de reintegrar a su sobrino el importe obtenido de la venta del negocio familiar, incrementado bien con las ganancias que haya logrado con la explotación del negocio o bien con los intereses generados con la administración de la suma obtenida de la venta. No se plantea el conflicto de intereses en la venta, ya sea porque se supone que se haya realizado subasta pública, o porque no es la cuestión central del fragmento.

La respuesta resulta clara -como el negocio ha pasado a ser explotado únicamente por el tutor- la liquidación debe independizarse de la suerte del negocio, de manera que debe tratarse como cualquier gestión tutelar de un capital, del que se espera una rentabilidad, en consecuencia, se debe reintegrar al pupilo el capital más los intereses obtenidos del capital obtenido con la liquidación.

4.-CONCLUSIONES

4.1.-En la compraventa de bienes pupilares en la que el tutor interviene tanto en nombre de su pupilo, como en su propio nombre se produce una situación de conflicto de intereses entre las personas del pupilo y del tutor, debido a una concentración de facultades de gestión en una única persona. El conflicto se hacía evidente en el momento de realizar la *conventio del pretium*, elemento fundamental en el que se fijaban los juristas romanos¹⁰⁰ al definir como se contrae la compraventa

arrogado permanece socio, porque también si el hijo de familia hubiere sido emancipado permanecerá socio

⁹⁹ TALAMANCA, M “Contributi allo studio delle vendita all’asta nel mondo classico” Atti della academia nazionale dei lincei 5-8 1954 pág.141 Come altra fattispecie in cui l’*auctio* permette al tutore l’acquisto dei beni del pupillo ove in questo caso, anche se non menzionata dal giurista, sia avvenuta un’*actio* (del que dubitiamo)

¹⁰⁰ Gai .3.139: *Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit. nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae*

La compraventa se contrae en el momento en el que existe acuerdo en el precio, aunque el precio todavía no haya sido pagado e incluso no hayan sido entregadas arras, pues lo que se da a título de arras es una prueba de que la compraventa se ha contraído.

El importe del precio era dejado a la decisión de las partes, a la negociación que necesariamente había de concurrir en el contrato. Así lo encontramos admitido en las fuentes, donde Ulpiano cita a Pomponio para reforzar el principio que hacía referencia que en las compraventas se admitía que una parte intentara sacar provecho frente a otra, (*se invicem circumscribere*). También hace referencia al mismo principio Paulo¹⁰¹ al trasladarlo al ámbito de los arrendamientos.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia romana aceptan la imposibilidad de remitir la determinación del precio a una sola de las partes.

A esta figura en la que un solo sujeto, actúa en representación de ambas partes negociales, se le ha venido denominando auto-contrato. Esta expresión¹⁰² ha tenido gran predicación, especialmente por el contrasentido de contenidos que encierra: un contrato es un negocio jurídico celebrado por dos personas, concebido como acuerdo de voluntades basado en el consentimiento de dos personas que debido a una concurrencia de intereses, producirá efectos¹⁰³.

Los orígenes de esta figura¹⁰⁴ se remontan a la época medieval cuando las necesidades del tráfico mercantil y comercial generalizan la intervención en nombre propio del comisionista, en el negocio del representado, este uso probablemente se extendió a ciudades italianas y alemanas. Esto no quiere decir que en ese momento se concibiera como una categoría jurídica, sino más bien como una práctica consuetudinaria en algunos sectores. Sin embargo, a mediados del siglo XIX, autores como RÜMELIN¹⁰⁵ plantean de forma jurídica la problemática. Desde entonces ha admitida con “carácter extraordinario” en la mayoría de los ordenamientos actuales.

Fundamentalmente respecto al contrato consigo mismo hay dos posiciones enfrentadas¹⁰⁶. Las que entienden que el auto-contrato no es admisible jurídicamente y las que admiten el auto-contrato, bien entendiendo que reúne las características propias de un contrato o bien entendiendo que se trata de un acto de naturaleza distinta.

¹⁰¹ D.19,2,22,3 (Paul. 34 ed.) *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionebus iuris est.*

Así como en el comprar y vender está naturalmente permitido comprar por menos lo que valga más, y vender por más lo que valga menos, y de este modo engañarse mutuamente, así también es de derecho en los arrendamientos.

¹⁰²Aunque el término auto-contrato es muy ilustrativo, quizás son más correctas otras como “contrato consigo mismo” o en el ámbito mercantil se ha impuesto la expresión autoentrada.

¹⁰³ DONISI, C *Il contratto per se stesso*. Camerino 1982 Se DONISI, C *Il contratto per se stesso*. Camerino 1982. Donisi se refiere al “tormentato” problema estructural de la figura. Pág 14 y ss.

¹⁰⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F “El auto-contrato en el Derecho Privado Español” RGLJ 151 (1927)

¹⁰⁵ RÜMELIN, M “Das selbstkontrahieren des stellvertreters nach gemeinen Recht (1888)

¹⁰⁶ DIAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M El auto-contrato Madrid 1990 ed. Tecnos. Pág 48 y ss.

Nosotros estamos de acuerdo con Diaz de Entre-Sotos Forns, al entender que el llamado auto-contrato jurídicamente se trata de un negocio jurídico unilateral “singular” ya que lo fundamental es la defensa de la autonomía del sujeto no presente, por tanto, entendemos con ella que el verdadero problema radica, en la salvaguarda del conflicto de intereses.

4.2.-En nuestro ordenamiento, la determinación de la naturaleza jurídica de la figura no es una cuestión ineludible, ya que, a diferencia de otros, no hay ninguna norma que regule el auto-contrato con carácter general. Específicamente respecto a la materia de nuestro trabajo, la compraventa, el art. 1459 del CC prohíbe -ni que sea en subasta pública o judicial- la compra -ya sea por sí o por persona interpuesta- al tutor o personas que ejerzan las funciones de apoyo de los bienes de sus representados y también a otros sujetos que intervengan en la compraventa si, se entiende puede existir un conflicto de intereses entre los sujetos participantes (mediatamente o inmediatamente). Nuestro ordenamiento no regula en general el auto-contrato ni tampoco lo sanciona, ya que el art. 1459 CC no se refiere a una prohibición de la figura del auto-contrato, si no a la prohibición de una compraventa que por razón de los sujetos intervenientes puede originar un conflicto de intereses.

La modificación que ha realizado al Ley 8/2021 en cuanto a la regulación para las medidas de apoyo para las personas con discapacidad, incorpora una salvedad, ya que mantiene la prohibición para quienes ejerzan las medidas de soporte de adquirir bienes de la persona sujeta a medidas de apoyo, excluyendo el caso de que la persona que precise apoyo lo permita expresamente en el acto de constitución de la medida de apoyo. Estamos aquí ante una excepción totalmente novedosa cuya fundamentación última está en el respeto a la voluntad de las personas con discapacidad.

Sigue manteniéndose, aunque de forma adaptada a la nueva realidad, que en el caso de que exista conflicto de intereses, (y no lo excluya la persona con discapacidad) se nombrará un Defensor Judicial. Otra opción en el caso de pluralidad de personas titulares de las medidas de apoyo para soslayar el conflicto de intereses entre el que ejerce las medidas de apoyo y el sometido a ellas se refiere a que la actuación de los titulares de las medidas de apoyo se limite, a aquella persona con el que no exista conflicto de intereses. También sigue conservándose que al Defensor Judicial se le pueda dispensar de la venta en subasta pública siempre que establezca un precio mínimo y debiendo pasar a posterior control judicial. Y, con carácter más general, el artículo 251 CC (de manera idéntica al anterior art. 220) prohíbe la doble o múltiple representación siempre que además exista conflicto de intereses.

En conclusión, entendemos que, tanto desde nuestra perspectiva actual como desde la óptica del problema en derecho romano clásico, resulta más adecuado referirnos únicamente al conflicto de intereses que se produce en las compraventas de bienes pupilares en las que interviene el tutor en su propio interés.

4.3.- El conflicto de intereses en la venta de bienes pupilares por los tutores en Roma

Si bien es cierto que el derecho romano no elaboró un concepto técnico unitario de representación, los casos que encontramos en las fuentes nos aproximan a sustituciones o “representaciones” que han sido objeto de estudio en épocas sucesivas y seguramente han condicionado la formación del moderno concepto de la representación.

Un factor que ha sido importante a tener en cuenta es la particular estructura de la familia romana¹⁰⁷ y la prohibición de adquirir en nombre ajeno “*Alteri stipulari nemo potest*”

En Roma en la época clásica, los juristas romanos huyen de las construcciones dogmáticas y desarrollan una serie de *regulae* para evitar el conflicto de intereses a partir de la institución de la tutela. Nos vamos a centrar en fragmentos extraídos del libro 26 del Digesto, aunque sin perder de vista, algunos otros que completaran esta panorámica jurisprudencial en torno al conflicto de intereses de los tutores, especialmente por lo que respecta a la compraventa, pero sin dejar de lado otras posibilidades de análisis, como el conflicto de intereses en el ámbito judicial.

4.3.1.- *Regula in rem suam auctor fieri non potest*

En el ámbito procesal en Roma, -*Gai .1.184* y *D. 26, 2, 24 (lav. 5 ex Cass.)-* la constatación de un conflicto de intereses, conlleva necesariamente, la interposición de una nueva persona (tutor pretorio, curador, etc) para solucionar esta colusión de esferas de actuación, salvo que debido a la pluralidad de tutores nombrados pueda concentrarse la actuación en algún tutor con el que no concurre conflicto de intereses. Esta práctica se ha venido manteniendo en nuestro derecho positivo.

Poniendo a prueba la *regula*, *exceptio probat regulam*, Ulpiano (*D. 26, 8, 1, 0 Ulp. 1 ad Sab*) hace referencia al principio válido *iure civilis*, *in rem suam auctor fieri non potest* y a continuación enuncia la singularidad. Sin embargo, la excepción no se refiere al ámbito judicial, sino a la esfera negocial, la administración de la tutela, y en este entorno sí que excepcionalmente, el tutor puede intervenir en la aceptación de una herencia de

¹⁰⁷ Como regla general las actuaciones de los *alieni iuris* (*filius familias, servus o nuntius*) que actuaban como si se trataran de un órgano del *pater* y excepcionalmente en el caso de las acciones adiecticias podrían llegar a admitir la consideración de representación directa. Vide WACKE, A “Alle origini de la rappresentanza diretta: le azioni adiecticie”, Nozione, formazione e interpretazione dell’ diritto dall’ età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo. 2 Napoli 1997 pág. 583.

un deudor del tutor, a la que es llamado el pupilo como heredero. Aunque hay una afectación de las esferas patrimoniales de tutor y pupilo, al ser la aceptación de la herencia un acto unilateral, no existiría lo que modernamente denominamos múltiple representación. Hay que resaltar, además, que la actuación del tutor no con constituye su origina, esta inter-relación de patrimonios, sino que, en ejercicio y cumplimiento de sus deberes como gestor de un patrimonio, debe aceptar una herencia a favor de su pupilo.

*4.3.2.- Regulae en la administración de la tutela: Autosatisfacción (*sibi solvere*) y autocumplimiento (*a se exigere*)*

Los mecanismos para cancelar obligaciones y hacer efectivos créditos, formaban parte de las funciones patrimoniales que debía realizar el tutor. La configuración estamental de la sociedad romana hace que tutores y pupilos, fuesen acreedores y deudores recíprocosD.26,7,9,3-5 (*Ulp. 36 ed*), ya sea por actos ajenos a la propia gestión tutelar o en ocasiones también podían surgir derivada de la misma, la regula es aceptada también cuando hay afectación de patrimonios del tutor y del pupilo.

En D.26,7,9,7 (*Ulp. 36 ed*) se pone de manifiesto que la actividad de gestión del tutor en Roma se concebía de una forma muy distinta que en la actualidad. La gestión patrimonial del tutor es activa (a la busca de la rentabilidad), por eso no es de extrañar que el tutor coloque en préstamo el dinero del pupilo, para obtener una rentabilidad. La obligación del tutor de obtener una rentabilidad abarca también el supuesto de que el propio tutor tome prestado dinero del pupilo, evidentemente pactando un interés, y con el requisito formal de realizar la anotación del mismo.

La gestión activa del tutor en la época clásica se encuentra muy alejada de la concepción actual de la gestión ideal de un tutor que pone el punto de mira en la seguridad (claro que no se pueden comparar concepciones económicas derivadas del tráfico bancario muy diferentes entre la antigüedad y la actualidad)

Ulpiano indica que el comportamiento del tutor, cuando él mismo sea el deudor obligado al pago, debe ser más diligente ya que no precisa ningún tipo de procedimiento litigioso para exigirse a sí mismo el pago debido. Esta era una práctica bastante habitual ya que entendía implícita dentro de las funciones del tutor, el obtener el máximo rendimiento del patrimonio de su pupilo, y por tanto una de las formas de conseguirlo era prestarlo con intereses. En este caso, se presupone la buena fe y por tanto la viabilidad de la recuperación del dinero más los intereses, con la ventaja de no tener que iniciar ningún procedimiento -que conllevaba siempre unos costes a repercutir al pupilo-, obteniendo de esta manera rentabilidad, seguridad y ahorro en la gestión. El pago del dinero prestado estaba garantizado por el sistema de responsabilidad del tutor en la

época clásica, ya fuese mediante la *actio tutelae* o mediante la *cautio pupilli salvam res fore*.

Existe una aparente contradicción con dos textos de Ulpiano: D.26,7,9,7 (*Ulp. 36 ed*) y D.26,8,5 *Ulp. 40 ad Sab.*

En D.26,7,9,7 (*Ulp. 36 ed*), el jurista refuerza su opinión con la de Marcelo, hace referencia al principio, fuera de discusión, de que el tutor se puede autosatisfacer, pagarse a sí mismo, y lo relaciona con la posibilidad de tomar dinero a préstamo (mutuo), el jurista confirma esta posibilidad, si se hace anotación del mismo.

En D.26,8,5 *Ulp. 40 ad Sab* Ulpiano mantiene con un carácter general que el pupilo no puede obligarse con el tutor, si este mismo ha de prestar su autoridad y consentimiento. A continuación, indica, una excepción, el problema se puede obviar si se han nombrado varios tutores, prestando la autoridad uno de los tutores a los que no se está entregando dinero. Pero tras ese criterio (que es claro e indudable) insiste a continuación en el supuesto de que haya un solo tutor, ya sea tomando este dinero a préstamo, o prestando el tutor dinero al pupilo. El jurista indica que no se contrae una obligación civil, si una obligación natural (los actos del pupilo sin la *auctoritas tutoris*), al tratarse de una obligación natural dice qué por *rescripto* de Antonio Pío, se le puede exigir el enriquecimiento obtenido.

La contradicción de los dos textos de Ulpiano sólo es ficticia ya que se trata de supuestos y resultados distintos: en el primero, el jurista que refuerza su opinión con la de Marcelo, hace referencia al principio, fuera de discusión, de que el tutor de un *infans* se puede autosatisfacer, pagarse a sí mismo, y lo relaciona con la posibilidad de tomar dinero a préstamo (mutuo), afirmando el jurista esta posibilidad, si se hace anotación del mismo; en el segundo, mantiene con un carácter general que el pupilo no puede obligarse con el tutor, si este mismo ha de prestar su autoridad y consentimiento, es decir sí hay también un conflicto de intereses. A continuación, indica una excepción, el problema se puede obviar si se han nombrado varios tutores, prestando la autoridad uno de los tutores a los que no se está entregando dinero. Pero tras ese criterio insiste a continuación en el supuesto de que haya un solo tutor, ya sea tomando este dinero a préstamo, o prestando el tutor dinero al pupilo. El jurista indica que no se contrae una obligación civil, si una obligación natural (la del pupilo sin que el tutor preste su *auctoritas*), y esa es la gran diferencia con el primero. De una obligación natural surgiría una obligación por el enriquecimiento obtenido, y lo refuerza aludiendo al rescripto de Antonio Pío.

La diferencia no está en las posibilidades de actuación del tutor, sino en las del pupilo.

En la gestión y administración corriente tanto del patrimonio del tutor como el del pupilo, resultaba decisivo las anotaciones contables en el libro de tutelas; deberían tener importancia decisiva en el momento de poner fin a la inter-relación de esferas de intereses, al terminar la tutela, y deber por tanto el tutor restituir los bienes pupilares. En la gestión diaria, sería difícil establecer actuación doble, por lo que las anotaciones contables serían vitales, para establecer la separación de patrimonios. La gestión activa del patrimonio tutelar nos conducirá a buscar la rentabilidad del mismo, dando dinero pupilar en mutuo con interés, y generalizando la práctica de recurrir al mutuo con interés al tutor.

4.3.3.-*Regula: Tutor rem pupilli emere non potest*

Paulo en D. 18, 1, 34, 7 (*Paul. 33 ad ed*) formula la norma “*tutor rem pupilli emere non potest*” como *regula*, que la jurisprudencia cautelar se encargará de perfilar.

Escévola en un interesante texto D.26,7,56.- *Scaev. libro IV dig* plantea una venta fallida de cosas y animales. Es decir, el tutor pensaba vender a un tercero, al fallar esta posibilidad, opta por realizar él mismo una compra parcial. Suponemos que se trataría de res mancipi y que el vicio de forma por la no celebración de mancipatio, se habría subsanado por usucapión.

Se entiende que, ante el fracaso de la operación por parte del tercero comprador, el tutor decide mantener la venta colocándose él, en lugar del comprador y se entiende que “por el mismo precio”. El tutor consigna en las cuentas del pupilo el valor de los animales que está comprando, dando publicidad al acto, en este caso, no se plantea problema la determinación del precio. La cuestión jurídica que realmente propone el texto trata sobre lo que puede exigir el pupilo al finalizar la tutela. La respuesta del jurista -el pupilo no podrá reivindicar los animales comprados por el propio tutor- confirma la consumación tanto de la auto-compraventa parcial realizada por el tutor, cómo de la trasmisión de la propiedad.

La exigencia de la anotación en el libro de tutelas podría tener su justificación última, más que en requisitos formales, en conformar una actuación manifiesta que posibilitaría la usucapión, conduciendo a la adquisición de la propiedad, en ningún caso se plantea la viabilidad, o no de la transmisión, la mentalidad práctica de los juristas romanos favorece la seguridad del tráfico jurídico.

Ulpiano D.26,8,5,2-6.-(*Ulp 40 Sab*) hace un estudio pormenorizado sobre compraventas de bienes pupilares realizadas por tutores. Empieza por la norma general: el tutor no puede actuar como comprador y vendedor, y lo va delimitando en los siguientes párrafos.

La primera excepción, se despliega si hay una pluralidad de tutores, la venta se puede llevar a cabo si presta la *auctoritas* uno de los tutores que no esté incurso en conflicto de intereses. A continuación, como excepción a esta primera excepción, plantea que por mucho que concurren varios co-tutores, es preciso que lo hagan de buena fe. Si interviene mala fe, entendida como un comportamiento colusorio entre cotutores con la intención de perjudicar al pupilo, la compraventa, la *iusta causa*, es nula y por tanto no se puede subsanar por usucapión. Está admitiendo que las ventas de los tutores se podían beneficiar de la usucapión que estaría originada por un defecto de forma al no poder realizar los tutores, actos formales como la *mancipatio*, antes hemos mantenido en D.26,7,56.- *Scaev. libro IV dig.*

Como segunda excepción al principio general, Ulpiano acepta la venta realizada por el tutor como vendedor y comprador, si al finalizar la tutela, el pupilo aprueba el acto, supondría el mantenimiento del negocio realizado.

No se admite como excepción, la compra de bienes pupilares mediante personas interpuestas -entendiendo por personas interpuestas sujetos que comparten idénticos intereses que el tutor (*alieni iuris*) -. Este caso se asimila a la existencia de mala fe, y la consecuencia es la nulidad sin posibilidad de acudir a la usucapión, justificándolo el jurista en un *rescripto* de Septimio Severo y Antonino Caracalla.

La tercera excepción se refiere a las ventas en subastas públicas, el caso de que el tutor compre en subasta pública que es aceptado y debe ser una práctica habitual, porque aborda otra variedad de la misma, la compra en subasta pública, pero dando otro nombre, no por mala fe, sino porque era la costumbre normal de las personas de clase alta no querer mostrar su identidad, también en este caso se vale la compraventa. Si, por el contrario, concurriese mala fe, en dar nombres falsos entonces se entiende que la compraventa es nula, Es decir es necesario que la venta se realice en subasta pública, pero adicionalmente debe concurrir buena fe.

Pomponio D.26,8,6 *Pomp; libro XVII ad Sabinum* entiende que no habría conflicto de intereses si interviene el tutor-gestor representando al pupilo y el tutor-sin gestión (en interés propio) y por tanto admite la compraventa, técnicamente no hay auto-contrato. No nos parece del todo cierta la apreciación de Pomponio, ya que no excluye una conducta colusoria.

Paulo D. 41, 4, 2, 8 *Paul. 54 ad ed.* también se hace eco de la excepción sobre las ventas en subasta¹⁰⁸, se admite la compraventa de bienes pupilares por el tutor si esta

¹⁰⁸ Las ventas en subasta *auctio*ne privadas eran muy difundidas en Roma, donde con esta forma de venta se buscaba obtener la mayor ganancia posible. En el periodo clásico se recurre a la mediación del *coactor argentarius*. Talamanca entiende que la función de este último era sustituir al *dominus* en la recogida del precio de la cosa vendida y eventualmente conceder crédito al comprador. La mediación del *argentarius* era de carácter económico y se concretaba en el crédito

se realiza en subasta pública; y para revestir sus argumentos de más autoridad se remonta a Servio Sulpicio Rufo, concluyendo con la misma idea que también apreciábamos en Ulpiano, se puede usucapir, se puede subsanar el defecto y por tanto, se producirá la transmisión de la propiedad.

La justificación de Paulo se fundamenta en que al pupilo no le perjudica la existencia de un posible comprador, o postor, en subasta pública, aunque sea su tutor, si el precio es menor a lo que se estima, el tutor-comprador responderá con la acción de tutela, de idéntica forma a si el comprador es un tercero y compra también él por cantidad inferior a la estimada.

Juliano D.41,4,7,3 (*Iul. 44 Dig*) trata el caso en el que el tutor vende una cosa del pupilo apropiándose de ella, robándola. En el texto no se hace referencia al hurto, que sería lo más normal, sin embargo se utiliza el verbo *surripuere*. Algunos piensan que debido a que la tutela se configura como un *ius*¹⁰⁹, el “antiguo” tutor no podía jurídicamente cometer un hurto con los bienes del pupilo. El carácter fiduciario de la tutela se pone de manifiesto en este texto. Es interesante el fragmento porque Juliano, asigna al tutor un comportamiento *loco domini*, de la misma manera que se hacía en la época arcaica, pero, le añade la función tuitiva de la tutela que se impone tras la célebre definición de Servio¹¹⁰.

En último fragmento estudiado D.26,7,47,6 (*Scaev. 2 resp*) Escévola se aparta de los típicos fragmentos escolásticos cuya finalidad eran únicamente la enseñanza, para aproximarse a la realidad. Es muy posible que tuviera su origen en una consulta sobre un caso que efectivamente se produjera.

El jurista plantea el caso de dos hermanos que explotan un negocio en común. Fallece un hermano que instituyó a su hijo como heredero, y al tío paterno como tutor. Escévola -dando por hecho de que es posible- plantea que el tío como tutor puede vender todas las mercancías del negocio común, comprándolas él mismo, y constituyendo un nuevo negocio únicamente a su nombre. Pregunta el jurista si se deberá pagar las ganancias, o los intereses de la cantidad al sobrino, y afirma que los intereses.

opcionalmente proporcionado y en su conocimiento especializado sobre el procedimiento de las subastas.

¹⁰⁹ VARELA, E *De contutoribus*. Madrid 1979 pág.21

¹¹⁰ D. 26, 1, 1, 0 *Paul. 38 ad ed.*

Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.

La tutela es, según la define Servio, la fuerza y la potestad, dadas y permitidas por el derecho civil, sobre un individuo libre, para proteger al que por su edad no puede defenderse espontáneamente.

Del texto se desprende a primera vista, que en la época de Escévola no resultaba extraño la auto-contratación, que en una compraventa el tutor actuara como vendedor y como comprador. La muerte de uno de los socios determina la extinción de la sociedad, aunque, hubiese varios socios -este no es el caso- sobrevivientes, salvo que al constituirse se hubiera establecido de otra forma, y este extremo no ha sido aportado por el jurista. El heredero del socio muerto no ocupa el lugar del *de cuius*, pero tiene derecho sobre lo que se obtenga con su liquidación. Lo que no deja de sorprender es que no se tome ninguna medida para evitar el conflicto de intereses, claro. Podría aceptarse la posición de Talamanca que considera probable qué, aunque no se mencione -pues no es el objeto principal del fragmento- la venta se habría realizado mediante subasta pública o *auctio*.

El texto da por hecho, que ya sea de una manera (subasta pública) u otra (nombrando a un tercero) la compraventa se ha realizado, esta cuestión no le ofrece ninguna duda al jurista. La cuestión que quiere determinar Escévola es como se debe reintegrar al pupilo -una vez termine la tutela- el importe obtenido de la venta del negocio familiar, incrementándolo bien con las ganancias que haya logrado con la explotación del negocio o bien con los intereses generados con la administración de la suma obtenida de la venta. La respuesta resulta clara -como el negocio ha pasado a ser explotado únicamente por el tutor- la liquidación debe independizarse de la suerte del negocio, de manera que debe tratarse como cualquier gestión tutelar de un capital, del que se espera una rentabilidad, en consecuencia, se debe reintegrar al pupilo el capital más los intereses obtenidos del capital obtenido con la liquidación.

En definitiva, de los textos examinados, parece deducirse un doble rasero en cuanto al comportamiento del tutor: en el ámbito judicial es mucho más formal, si hay un conflicto de intereses, se busca como solucionarlo con la intervención de un tercero.

En el ámbito privado de la administración tutelar debía ser imposible, ya que la sociedad romana estamental y endógena favorecería la afectación de esferas patrimoniales de forma frecuente entre sus miembros. La reiteración de conductas que podían suponer conflicto de intereses, dificultaría un control individual de las mismas; parece que el control se concentraba al finalizar la tutela, teniendo en cuenta que el tutor -en la época clásica- había prestado caución al iniciar la administración de los bienes tutelares y que además respondía con la *actio tutelae*.

Hemos comenzado este apartado, con un texto de Gayo que contiene con la formulación de una norma reconocida ya en la época arcaica, pero del examen de los textos observados vemos que no se aplicaba ni en todos los ámbitos, ni con toda su rigidez, ya que la concepción de la jurisprudencia clásica -apartada del formalismo arcaico- no fuerza la aplicación de las normas, sino que favorece el desarrollo de la

actividad económica de la sociedad, como lo hemos visto en el anterior texto con el que finalizamos este trabajo.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

- ANGELINI, P *Il procurator* Milano Giuffrè 1971
- ALBANESE, B *Le persone nel diritto privato romano*. Palermo 1979
- ARANGIO-RUIZ, V *La Compravendita in diritto romano* vol I
- BIONDI, B *Contratto e stipulatio*. Milano 1953
- BONFANTE, P *Istituzioni di diritto romano*. Torino. 1946
- BURDESE, A *Autorizzazione per alienare in diritto romano* Torino 1950
- CARBONE, M *Satisfatio Tutoris* Milano Giuffrè. 2014.
- COCH ROURA, N “De la actuación de los tutores y curadores en las compraventas en Derecho Romano” RGDR 39 (2022)
- COCH ROURA, N. “Sistemas de protección para las personas con enfermedad mental, de las XII Tablas a la nueva reforma de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, referencia especial a la *cura furiosi*” RGDR 37 (2021)
- COCH ROURA, Núria “*La curatela a luz de la convención de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la cura furiosi*” [La Notaria, Nº. 1, 2018](#). Este artículo también se publicó en, RGDR, Nº. 31, 2018.
- COCH ROURA, Núria “Modificación de la capacidad de obrar: los casos del *Furiosus* y el *Prodigus* de las XII Tablas a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad” RGDR, Nº. 30, 2018
- DIAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M *El auto-contrato* Madrid 1990 ed. Tecnos.
- DONISI, C *Il contratto per se stesso*. Camerino 1982
- FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO “El auto-contrato en el Derecho Privado Español” RGLJ 151 (1927)
- FERNÁNDEZ DE BUJAN, A “La Compraventa” Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje a José Luis Murga. Centro de estudios Ramón Areces. Madrid 1994.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A *Derecho Privado Romano* 11ª edición. Iustel.2022.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Romano*. 6ª edición. Dykinson 2022 pág. 367
- FERNANDEZ DE BUJAN, A *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*. Madrid.1993
- HÜBNER, U *Interessenkonflikt und Vertretungsmacht* Munich 1977
- KASER M, KNÜTEL, R, LOHSSE, S *Derecho Privado Romano*. BOE Madrid

- LEONE, F “Il cosí detto contratto con se stesso in *Rivista Diritto Civile*” 1916 pág 582 y ss
- MICELI, M *Studi sulla rappresentanza nel diritto romano*. Vol I Milano Giuffrè 2008
- MIQUELJ *Dret Privat Romà*. Marcial Pons. Madrid, 1995.pág 18 y ss.
- PACCHIONI, G *Diritto Civile italiano Parte seconda II*. Dei contratti in generale. 3^a ed. Padua 1939
- ROCA SASTRE, R “La auto-contratación y los patrimonios especiales” RCDI 1927
- SOLAZZI, S Scritti III “La prestazione dell’ auctoritas e la pluralità dei tutori”
- SOLAZZI, “Appunti di diritto romano marítimo” in Scritti di Diritto Romano 3, Napoli, 1960
- RÜMELIN, M “Das selbstkontrahieren des stellvertreters nach gemeinen Recht (1888).
- TALAMANCA, M *Istituzioni di Diritto Romano* Giuffrè ed. Milano 1990
- TALAMANCA, M “Contributi allo studio delle vendita all’asta nel mondo classico” Atti della academia nazionale dei lincei 5-8 1954
- TOMAS, G. (2021). Tutela y prohibición de auto-contratación (Huelva, 2003). *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*.
- TOMAS, G “La prohibición de auto-contratación en la representación legal estudio histórico y regulación actual” Estudio histórico y regulación actual.” *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público* 50.2 (2002):
- VARELA, E *De contutoribus* Madrid 1979
- WACKE, A “Alle origini de la rappresentanza diretta: le azioni adiettive”, Nozione, formazione e interpretazione dell’ diritto dall’ età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo. 2 Napoli 1997
- WACKE, A “La auto-contratación en el derecho de representación romano y moderno” Estudios de Derecho Romano y moderno en cuatro idiomas. Madrid 1996
- WACKE, A; «Selbstkontrahieren im römischen Vertretungsrecht», en Fg. Kaser [8.12], WACKE, A «Tilgungsakte durch Insichgeschäft», SZ 103 (1986).
- ZIMMERMANN, R *The law of Obligations*. Cape Town. 1990