

# La colisión de derechos originada por los contratos incompatibles celebrados simultáneamente por mandante y mandatario

POR EL

DR. JOSE LOPEZ BERENGUER

SUMARIO.—1.—Las fuentes de la colisión y los negocios jurídicos incompatibles: A) Las causas de la colisión en general; B) Los negocios jurídicos incompatibles. 2.—Hipótesis de colisión con origen en los negocios jurídicos incompatibles: A) Idea general; B) Los contratos incompatibles celebrados por el mismo titular con personas distintas; a) Contratos con eficacia real; b) Contratos con eficacia meramente personal; C) Los contratos incompatibles celebrados por mandante y mandatario; 3.—Colisión originada por los negocios sobre un mismo objeto celebrados simultáneamente en forma incompatible por apoderante y apoderado: A) Idea general; B) Representación, titularidad y legitimación; C) Capacidad de disposición y facultad de disposición; D) Facultad de disposición y poder de disposición; E) Las soluciones a esta colisión



## 1.—LAS FUENTES DE LA COLISION Y LOS NEGOCIOS JURIDICOS INCOMPATIBLES

### A) Las causas de la colisión en general

La colisión de derechos se presenta con ocasión del ejercicio de derechos subjetivos incompatibles en su concurrencia. A primera vista, la causa inmediata de toda colisión es el propio ejercicio de los derechos; en realidad, este ejercicio es solamente presupuesto y no causa de la colisión.

La causa de la colisión ha de buscarse en la razón de la incompatibilidad de ejercicio de los derechos; pero no en la última «ratio» de dicha incompatibilidad, sino en su más próximo origen: en el hecho, acto o negocio que hace surgir esta situación jurídica, configurando como incompatibles en su ejercicio derechos subjetivos distintos.

La teoría de las causas de la colisión está sin construir. Nosotros hemos realizado en otro lugar (1) una investigación necesitada de estudios posteriores. Recogiendo y completando algunas de las ideas allí expuestas, podríamos clasificar así las fuentes de la colisión.

- a) Fuentes que tienen su base en la voluntad humana.
  - 1) Los negocios jurídicos incompatibles.
  - 2) La insolvencia voluntariamente buscada.
  - 3) Algunas situaciones de apariencia jurídica.
- b) Fuentes que tienen su base en hechos ajenos a la voluntad.
  - 1) El estado de necesidad.
  - 2) La accesión continua.
  - 3) Algunas situaciones de apariencia.

(1) «La colisión de derechos», Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1956.

- c) Fuentes que tienen su base en la Ley.
- 1) La colisión de leyes.
  - 2) La imprecisión legal del contenido de los derechos.
  - 3) La atribución legal de idénticos derechos a personas distintas.

## B) Los negocios jurídicos incompatibles en particular

Dice TEDESCHI que postulado fundamental de todo sistema es la ausencia en el mismo de contradicción; y este autor, preocupado por este postulado, dedica una interesante monografía a su estudio (2).

Es importante —en orden a la justificación de los negocios jurídicos incompatibles— la distinción que realiza entre derecho y poder. «Derecho —dice— es el permiso de gozar directamente de un bien de la vida, resultante de un imperativo; poder es la posibilidad, concedida por el legislador mismo, de determinar aquel imperativo». «Por ello —indica— cuando se dispone de un bien que no puede ser de unos más que con exclusión de otros (la «utilidad» en el fondo, del derecho), el sistema no puede conceder permisos a actividades incompatibles, surgiendo en este caso la colisión de derechos».

La voluntad humana puede, por medio del poder, conceder derechos opuestos; pero —como se apresura a precisar este autor—, *potencialmente* nada más, pues el sistema general no puede tolerar la actuación concreta de dichos imperativos.

La cuestión, advierte muy agudamente, es muy análoga a la de las antinomias legales, con la diferencia de que éstas crean imperativos abstractos frente a los imperativos concretos que surgen de los negocios jurídicos.

En resumen, siempre que por virtud de un negocio jurídico surjan derechos subjetivos de ejercicio incompatible con los procedentes de otros negocios jurídicos, habrá colisión de derechos originada por esta causa. El segundo negocio podrá perseguir o no directamente la creación de estos derechos incompatibles, pero habrá sido la fuente inmediata de la colisión.

Cuando el segundo negocio jurídico, además de ser voluntario en su origen como tal negocio sea también voluntario en sus consecuencias, entonces la colisión de derechos tiene un origen culpable y doloso, que facilita la solución, pues por la aplicación del principio «fraus omnia corrumpit» quedan sin protección los titulares de mala fe de los derechos incompatibles. Pero es precisa la intervención —o al menos el conoci-

(2) TEDESCHI, GUIDO: «Negoci giuridici incompatibili». En «Archivio Giuridico Filippo Serafini», 1929, pág. 210.

miento— en el dolo o fraude de estos titulares, pues en otro caso, la buena fe de ellos los colocaría en la misma situación que la de los titulares de los derechos procedentes de negocios de incompatibilidad involuntaria.

## 2.—HIPOTESIS DE COLISION CON ORIGEN EN ESTA CAUSA

### A) Idea general

La colisión surgirá cuando con relación a unos mismos bienes o servicios se reconozcan en distintos negocios idénticos derechos a personas diferentes.

Precisando más, resulta innecesaria la identidad de los bienes o servicios objeto de los negocios incompatibles; puede tratarse también de bienes o servicios distintos, sobre los cuales surjan derechos distintos a favor de diferentes titulares, cuya incompatibilidad no tenga como presupuesto la concurrencia objetiva, sino la concurrencia funcional de estos derechos distintos.

En efecto, con base en esta concurrencia funcional incompatible, puede existir colisión cuando exista coincidencia en la fijación del momento en que el deudor común debe cumplir sus prestaciones respectivas. Puede ocurrir que una misma persona A haya celebrado un contrato de compraventa con M y un arrendamiento de servicios con Z. Los objetos de ambos contratos son distintos; no existe concurrencia objetiva entre los derechos de M y de Z. Pero, ¿qué sucede si han fijado el mismo *momento* para el cumplimiento de ambos contratos? Es indudable que no podrá realizar al mismo tiempo estas actividades distintas, y que por parte de los acreedores, M no podrá ejercitar su derecho sin lesionar a Z, y viceversa. Presumir que A elegirá cuál contrato cumple y cuál desatiende es adelantar una de las posibles soluciones de la colisión de derechos que ha nacido entre M y Z.

Reconocemos que incluso en estas hipótesis existe una cierta concurrencia objetiva entre los derechos de M y Z, por dos razones: 1.ª) Por-

que el momento del cumplimiento de una prestación forma parte de la misma prestación, y 2.<sup>a</sup>) Porque incluso en las obligaciones de dar —para algún sector doctrinal—, el objeto de la obligación es la conducta del deudor.

Para nuestro estudio, existen dos formas o posibilidades interesantes de celebrar negocios jurídicos incompatibles. O que los celebre el mismo deudor, o que los celebren el deudor y un representante de éste.

## **B) Contratos incompatibles celebrados por el mismo titular con personas distintas**

Suelen constituir las hipótesis más corrientes. Normalmente existirá dolo en el deudor, a menos de existencia de olvido o de juicio inexacto sobre la vigencia del contrato anterior.

Si el dolo del deudor es compartido por el acreedor del segundo contrato, la colisión entre los derechos de este acreedor y los del primer contrato tiene un origen voluntario y doloso, que provoca la solución de la colisión en favor del primer acreedor, aunque el segundo haya recibido primero la prestación. (Arg. art. 1.473 del Cod. civil; artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el principio de la buena fe).

Si este dolo no es compartido, entonces la colisión produce, respecto de los acreedores sucesivos, los mismos efectos que la colisión involuntaria. Pero respecto de las relaciones entre acreedores y deudor común, subsiste la responsabilidad civil, e incluso la penal en algunos casos (falsedad en documentos públicos o privados, estafa, etc.), a cargo de éste.

Por razón de sus soluciones y efectos, estos contratos incompatibles pueden clasificarse en dos grandes categorías, según que originen obligaciones de dar o meras obligaciones de hacer.

El motivo de la distinción radica en que a través de los primeros puede darse vida a derechos reales —propiedad, usufructo, censo, etc.— o derechos parecidos a los reales en algunos de sus efectos —derecho arrendaticio, v. g.—, sin más que el requisito de la tradición, mientras que los segundos, producen relaciones meramente obligatorias. De donde la colisión, planteada inicialmente en el campo de los derechos de obligación, se extiende en la primera categoría a los derechos reales o arrendaticios.

Las hipótesis más usuales en ambas categorías son las siguientes:

a) En los contratos con eficacia real.

1) Las hipótesis de colisión derivadas de la doble venta de una misma cosa a personas distintas. (Art. 1.473 C. civil y 34 de la Ley Hip.).

- 2) Los mismos casos referidos a la doble cesión de un mismo crédito a personas distintas.
- 3) El doble arrendamiento de una misma finca a varias personas.
- 4) El doble fletamento de un buque.
  - b) En los contratos con eficacia puramente personal.
    - 1) El caso más característico es el del doble arrendamiento de servicios en las condiciones anteriores.

### **C) Contratos incompatibles celebrados por mandante y mandatario**

También puede suceder que mandante y mandatario celebren con relación a los mismos bienes o servicios contratos de naturaleza incompatible.

La colisión de derechos originada entre los distintos acreedores tendrá un carácter involuntario respecto del negocio realizado por el representante, pero será difícil probar la ausencia de dolo o de culpa en el celebrado por el representado, porque éste conocía la existencia de la representación y la posibilidad de un negocio opuesto celebrado por el representante.

Esta posibilidad de realizar sobre el mismo objeto negocios distintos el mandante y el mandatario plantea problemas teóricos y prácticos muy interesantes, base de este pequeño trabajo, y que estudiamos seguidamente.

### 3.—COLISION ORIGINADA POR NEGOCIOS JURIDICOS INCOMPATIBLES CELEBRADOS POR MANDANTE Y MANDATARIO

#### A) **Idea general**

Antes de considerar los aspectos específicos de la colisión de derechos originada por estos negocios incompatibles, nos ha parecido oportuno realizar un ensayo de construcción teórica acerca de unos conceptos un tanto confusos y desconcertantes relacionados con el tema de la representación.

En efecto, conviene primero asegurar la posibilidad de la existencia teórica de la colisión, mediante un análisis de los mecanismos jurídicos que permiten la realización de negocios jurídicos en nombre ajeno y con eficacia en la esfera jurídico patrimonial de otro. ¿Cómo y por qué el derecho permite esta intromisión? Cuál es el fundamento, cuáles son las garantías y cuáles son los efectos de la representación directa?

Adelantemos, sin embargo, que no es nuestra intención agotar estos temas, antes bien, sólo se pretende —con vistas al fenómeno de la colisión— airear algunos conceptos y recoger algunas aportaciones modernas de la doctrina extranjera y de la española sobre el tema.

Examinemos por tanto, el significado y las relaciones que existen entre los siguientes conceptos: representación, titularidad, legitimación, facultad de disposición, capacidad de disposición y poder de disposición, para terminar con el análisis del fenómeno típico de la colisión entre los derechos procedentes de los negocios incompatibles celebrados simultáneamente por mandante y mandatario.



## B) Representación, titularidad y legitimación

La representación es un mecanismo jurídico en virtud del cual una persona (apoderado, representante), puede substituir a otra (poderdante, representado) en la celebración, modificación o extinción de negocios jurídicos, emitiendo declaraciones de voluntad a nombre de éste, con fuerza suficiente para provocar su vinculación con terceras personas o la enajenación de bienes de su patrimonio.

Tradicionalmente ligada al contrato de mandato, la representación tiene naturaleza independiente; en sus orígenes, puede nacer en virtud de ley, en virtud de acto unilateral de voluntad o en virtud de voluntad contractual; en sus efectos, carece de cualquier vinculación de tipo contractual, y solamente actúa en las relaciones del representado con los terceros que han contratado con el representante, es decir, en el aspecto externo, obligando al representado con aquéllos. Ocorre, sin embargo, que suele nacer vinculada al contrato de mandato por lo que no es extraño que los códigos antiguos, entre ellos el de España, confunda en la regulación del mandato los efectos típicos de éste y los de la representación voluntaria.

Realmente, la teoría de la representación debe relacionarse con la teoría de la legitimación y con el concepto de titularidad, si se quiere llegar a comprender su naturaleza y su función dentro del sistema jurídico; para llegar a esta conclusión basta considerar que el representante es una persona que, sin ser «titular» de un bien o de un patrimonio, realiza negocios jurídicos sobre ellos.

La teoría de la legitimación, cuyos orígenes se encuentran en el Derecho procesal (3), sólo en fecha muy reciente ha comenzado a ser aplicada al Derecho privado, en difícil tentativa —como dice CARNELUTTI (4)— «de poner en orden una masa todavía flúida, cuando no caótica, de conceptos». De ahí que el mismo CARNELUTTI excuse los desvíos de la doctrina en la interpretación y aplicación de este concepto. De ahí también el carácter provisional de nuestras conclusiones.

CARNELUTTI apunta las relaciones entre la representación y la legitimación; dice que el «concepto de legitimación es bastante útil para la definición de los datos que responden, usualmente, a las figuras de la representación y de la sustitución, y se refiere, según el modo común de expresarse, *al ejercicio de los derechos de otro*, o sea, a la posesión de poderes destinados a la tutela de intereses ajenos» (pág. 237). Pero luego difumina

(3) Vid. CARNELUTTI: «Teoría general del Derecho», Madrid, 1955, pág. 233 s.s.

(4) Ob. citada, pág. 234.

su pensamiento en una serie de consideraciones que no nos sirven para el caso.

Para este autor, la legitimación es concepto que representa y equivale a la *calificación simultánea*, es decir, a la relación de dependencia existente entre la relación cualificada y la cualificante cuando ésta todavía existe. O dicho en términos más corrientes: hay legitimación cuando existe y subsiste la relación jurídica que se toma como presupuesto para otra relación jurídica, acto o negocio; no existe legitimación —y por tanto resulta ineficaz la segunda relación jurídica (relación cualificada)— cuando la relación jurídica que se toma como presupuesto de existencia de ésta (relación cualificante), no ha existido o no subsiste ya.

En el fenómeno de la representación se ven claros estos conceptos; el negocio celebrado por el representante (relación cualificada) será válido cuando exista y subsista el poder concedido por el representado (relación cualificante) o subsistan las condiciones previas al nombramiento de representante legal. En el primer caso hemos convenido que se produce una *legitimación formal voluntaria*; en el segundo, una *legitimación formal legal*.

MENCONI define la legitimación como «el poder de hecho de ejercitar el acto de disposición» (5), concepto que presenta sus puntos débiles, en particular el de reducir el ámbito de la legitimación a la validez de los actos de disposición.

NÚÑEZ LAGOS (6), con su característica agudeza, presiente que «la legitimación no es más que un paralelo de la titularidad en el plano del ejercicio de los derechos», concepto excelente en cuanto pone en contacto «legitimación» y «titularidad», pero que no explica el alcance de ese paralelismo.

Para nosotros, ya en esta línea de pensamiento, los conceptos «legitimación» y «titularidad» no son meramente paralelos, sino también convergentes. El titular, si puede disponer o ejercitar su derecho, es precisamente con base en su titularidad, de modo que esta titularidad es una relación cualificante del acto de disposición, administración o mero ejercicio realizado, que viene a resultar la relación cualificada. También en el ejercicio de los derechos, realizado por el titular, se necesita la legitimación; legitimación que nosotros hemos convenido en denominar *legitimación substantiva*.

En resumen: el ejercicio de un derecho es legítimo —tiene plena eficacia jurídica— solamente cuando la persona que lo ejercita está en con-

(5) MENCONI: «L'acquisto a non domino», Milano, 1949, pág. 10.

(6) NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL: «Los esquemas conceptuales del instrumento público», I-LL, 1953, pág. 71, nota 23

xión con el derecho —legitimación— por alguna de estas tres razones:

- 1.<sup>a</sup> Por razón de titularidad (*legitimación substantiva*).
- 2.<sup>a</sup> Por razón de un apoderamiento, autorización o asistencia suficientes (*legitimación formal voluntaria*), o
- 3.<sup>a</sup> Por razón de una representación legal, apariencia jurídica o imperativos legales distintos (*legitimación formal legal*).

Puede que se nos discuta la primera especie de legitimación mencionada, con base en el argumento de que la titularidad de un derecho implica en todo caso, salvo impedimentos de carácter subjetivo que no se presumen, la posibilidad de su ejercicio, y que la legitimación sólo es apta para legitimar la actuación del no titular.

A pesar de ello, nos parece preferible la terminología empleada, por su mayor claridad y también por su mayor precisión técnica. Antes hemos expuesto algunas razones. Sumamos a ellas que cuando CARNELUTTI y BERTI emplean el término «legitimación», lo usan refiriéndolo también al titular, puesto que la relación de titularidad es presupuesto de las relaciones jurídicas que le afecten.

Ocurre, sin embargo, que convendría analizar el distinto contenido de cada titularidad para precisar el alcance de los negocios jurídicos de titular, idea que refuerza nuestra tesis. Existen titulares «de carácter dominical», que están legitimados substantivamente para realizar toda clase de negocios jurídicos, bien de disposición, bien de administración, sobre él o los patrimonios sometidos a su titularidad; pero existen otras titularidades que solamente conceden facultades de administración y conservación (7), por lo que, al no existir la necesaria conexión entre sus facultades y los negocios realizados (si éstos son de disposición), éstos son nulos por defecto de legitimación *substantiva*.

La teoría de la *legitimación formal voluntaria*, tal como se expone, creemos que explica suficientemente el fenómeno de la representación voluntaria, lo mismo que la *legitimación formal legal* explica el de la representación legal, sin necesidad de recurrir a la débil teoría de la ficción elaborada por SAVIGNY, o a la teoría de la representación, de IHERING.

### C) Capacidad de disposición y facultad de disposición

Superando las concepciones clásicas, la doctrina moderna (8) considera que los conceptos «capacidad de disposición» y «facultad de disposición» responden a realidades distintas, aunque muy relacionadas.

(7) Por ejemplo, las denominadas por CASTRO «titularidades temporalmente limitadas» y «titularidades provisionales» (interinas o preventivas). «Derecho Civil de España», 2.<sup>a</sup> ed., I-1.º, pág. 614.

(8) VON THUR, ENNECERUS; en España, CASTÁN, VILLAVICENCIO, en los lugares que se citarán.

La capacidad de disponer es, dentro de estas nuevas tendencias, «una cualidad de la persona en sí misma considerada», como dice CASTÁN (9), o, como define VILLAVICENCIO, «aptitud personal, posibilidad, potencia» (10), mientras que la facultad de disposición implica, según CASTÁN, «una relación concreta con el derecho de que se dispone, una facultad», mientras que para VILLAVICENCIO es, en definición más imprecisa, «la capacidad actuada, acompañando a una titularidad actual».

Este último autor indica, tras un análisis profundo, que la facultad de disposición requiere:

- 1.º de un lado, «la aptitud de un derecho para que de él se disponga»,
- 2.º de otro, «la capacidad de disponer en el sujeto», y
- 3.º finalmente, «también una titularidad, sin la cual la concurrencia del poder es imposible» (11).

Con la ayuda de todos estos conceptos se pretenden explicar los siguientes fenómenos:

a) La incapacidad del propietario menor de edad para enajenar (Arts. 317 y 324).

PÉREZ y ALGUER dicen que estos propietarios tienen «poder de disposición», pero no capacidad de disposición.

VILLAVICENCIO, que defiende la tesis de que la facultad de disposición no es interna al derecho, no forma parte de su contenido, sino que es «un poder accesorio a una situación jurídica determinada...», o más bien, «accesorio a una titularidad» (12), decide en sentido opuesto a la tesis anterior, explicando que en estos casos la ausencia de la capacidad de disposición exige también la inexistencia de la facultad de disposición, por ser aquélla un presupuesto de ésta.

CASTÁN parece inclinarse por la primera tesis (12).

b) La imposibilidad de transmitir algunos derechos. (El de uso, v. g.).

En estos casos el sujeto —aunque tenga capacidad de disposición— carece de facultad de disposición.

CASTÁN alega como explicación que estos tipos de derechos no tienen esta facultad.

VILLAVICENCIO argumenta que no se puede disponer de estos derechos porque uno de los ingredientes de la facultad de disposición (que no es una facultad de los derechos de que se dispone), es la «aptitud de los derechos para que se disponga de ellos».

(9) CASTÁN: «Derecho Civil...», I-8.ª ed., pág. 88.

(10) VILLAVICENCIO: «La facultad de disposición», Anuario de Derecho Civil, tomo II, 1950, pág. 1.025.

(11) Obra anteriormente citada, pág. 1.054.

(12) O. c., pág. 1.50.

(13) Op. cit., 8.ª ed. vol. I, págs. 88-89.

c) Las prohibiciones de disponer.

Estas prohibiciones impiden la transmisibilidad de los derechos porque los respectivos sujetos, sin perder la capacidad de disposición, quedan privados de la facultad de disposición por expreso mandato legal.

d) La posibilidad de transmitir derechos ajenos.

(Hipótesis de disposición realizada por representante; o por el acreedor del artículo 1.872 del Cód. civil; o en las hipótesis de apariencia).

CASTÁN considera este caso como una excepción al principio de que el poder de disposición es parte integrante del derecho (14), pero no explica su justificación.

VILLAVICENCIO se plantea el problema, pero nos parece que no profundiza en él lo suficiente, pues se limita a explicar el fenómeno de la representación como un caso de *prolongación de la personalidad del representado* (15). Para este autor, la facultad de disposición —en las hipótesis de representación legal— pertenece al incapaz y se ejercita «en representación del mismo, aportando el representante su propia capacidad como sustentáculo de aquélla» (16).

Estas explicaciones son vagas e insuficientes, y quizá vengan exigidas por una concepción algo antigua de la representación y por la construcción que el autor realiza de la facultad de disposición. En efecto, al exigir como uno de los elementos constitutivos de esta facultad «una titularidad, tiene que concluir afirmando forzosamente que el representante (que carece de dicha titularidad) da o presta al representado (que no tiene capacidad dispositiva) su propia capacidad, para que sea éste (que sí es titular del derecho) quien disponga del mismo.

Nos parece que todo esto obedece a que VILLAVICENCIO no ha tenido en cuenta el valor de la legitimación, tanto en su modalidad substantiva como formal. El problema tendría más fácil solución si el tercero de los requisitos que este autor exige para la existencia de la facultad de disposición —la titularidad— fuese sustituido por el de la *legitimación suficiente*, substantiva o formal.

De esta forma, en el caso concreto que estamos examinando, quien dispone del derecho del representado incapaz, no es el propio representado —que carece de facultad dispositiva por carecer de la capacidad dispositiva necesaria—, sino el representante, quien posee dicha capacidad y además, la legitimación formal legal suficiente. Por tanto, no es que el repre-

(14) Op. et loc. cit.

(15) Dice así: «El representante, en sus actos sobre el patrimonio del incapaz, no es una persona totalmente desvinculada de éste, sino una prolongación de su propia personalidad. El representante dá al incapaz su capacidad dispositiva, supliendo con ella lo que a éste faltaba...». Op. et loc. cit. pág. 1.052.

(16) Op. et loc. cit., pág. 1.052, nota 80.

sentante *cede* al representado la capacidad dispositiva que a éste falta, sino que actúa su propia capacidad.

Esta tesis sirve también para explicar los casos de representación voluntaria —que luego examinaremos—, los cuales no tienen cabida en la explicación de VILLAVICENCIO, y explica también los casos de disposición de derechos ajenos que el Derecho permite con base en prescripciones legales concretas o en algunas situaciones de apariencia.

#### **D) Facultad de disposición y poder de disposición**

Hasta ahora, todos los autores han venido empleando como sinónimos los vocablos «facultad de disposición» y «poder de disposición» (17).

Nosotros nos aventuramos a opinar que así como se ha llegado a la delimitación de los conceptos «capacidad» y «facultad» de disposición, también podría llegarse a la distinción entre los términos «facultad» y «poder».

Nos mueve a ellos la consideración de que las facultades han sido siempre entidades —posibilidades de actuar— que representan aspectos parciales del contenido de los derechos, y que exigen en el titular de cada facultad el ser titular del derecho núcleo, porque es de esencia de las facultades jurídicas la dependencia, inseparabilidad y accesoriedad respecto del derecho substantivo, mientras no se independicen constituyendo nuevos derechos subjetivos (18).

De ahí que quien dispone de un derecho ajeno (representante, por ejemplo), al no ser titular de dicho derecho no puede tener «facultad de disposición», sino solamente «poder de disposición». Las facultades son inherentes a las titularidades de los derechos; las de disposición, a las titularidades «iure dominii»; los poderes, en cambio son ajenos al contenido de los derechos. En conclusión: el titular del derecho tiene la facultad de disposición; el no titular solamente puede tener el «poder de disposición», en los casos que la ley lo autorice. La existencia del poder supone la legitimación suficiente para la validez del acto de disposición.

Esta tesis —sobre ser muy simple— tiene a su favor la terminología de los textos legales y la de los propios autores, que suelen emplear el término poder, y no el de facultad, cuando se refieren a las enajenaciones realizadas por persona distinta del titular.

Así se explica por otra parte, la posibilidad de negocios de enajenación realizados simultáneamente sobre una misma cosa por personas distintas. Las facultades de los derechos subjetivos sólo se pueden atribuir a

(17) Véase CASTÁN, ob. citada, pág. 88; VILLAVICENCIO, op. cit. pág. 1.025.

(18) *Ved sic.* CASTRO, op. et loc. cit., pág. 600 s.s.

una sola persona salvo en los supuestos de cotitularidad. Antes no quedaba claro cómo era posible multiplicar las facultades de disposición sin más que multiplicar los poderes de representación, ni tampoco resultaba fácil comprender cómo el representado podía conceder facultad de disposición al representante y quedarse él, además, con esta misma facultad después de haberla cedido.

Con arreglo a nuestra tesis la facultad de disposición es siempre una, no se multiplica; únicamente cabe la multiplicidad de los poderes de disposición, concedidos voluntaria o legalmente. Si representante y representado disponen de la misma cosa el fenómeno resulta posible —y válidos ambos negocios, en sus aspectos meramente obligatorios— porque aquél ha ejercitado su poder de disposición mientras el representado ha utilizado la facultad de la misma naturaleza.

Admitida esta tesis, podemos completar nuestras correcciones a VILLAVICENCIO en el siguiente sentido:

- a) Serían requisitos de la facultad de disposición:
  - 1.º) La disponibilidad del derecho.
  - 2.º) La capacidad de disposición en el sujeto del derecho y
  - 3.º) La legitimación substantiva.
- b) Serían requisitos del poder de disposición:
  - 1.º) La disponibilidad del derecho.
  - 2.º) La capacidad de disposición en el titular del poder, y
  - 3.º) La legitimación formal, legal o voluntaria, suficiente.

Estos requisitos pueden contribuir a explicar algo que en la doctrina aparece confuso, es decir, las condiciones de capacidad que deben reunir representante y representado para la validez de los actos de enajenación. Algunos autores —véase, por ejemplo, CASTÁN (19)— suelen exigir requisitos de capacidad diferentes según se trate de representación legal o voluntaria. Se suele exigir que el representado tenga la capacidad especial requerida para el acto (salvo en la representación legal), mientras que al representante le basta la mera capacidad negocial. Como consecuencia, la incapacidad, muerte, interdicción o insolvencia del representado provocarían inmediatamente la invalidez del negocio realizado por el representante por la ausencia en aquél de la capacidad requerida.

Las ideas no quedan claras así. Creemos que nuestra tesis acerca del poder de disposición explica con cierta sencillez estos fenómenos.

En primer lugar, nos permite unificar las condiciones de capacidad que deben exigirse para la validez de los actos realizados por el representante, en un doble sentido: 1.º) En el sentido de que son las mismas en

(19) CASTÁN: obra citada, 8.ª ed., págs. 579, 581 y 590

la representación voluntaria y en la legal; 2.º) En el sentido de que son las mismas para los actos de administración y los de disposición.

En segundo lugar, explica mejor las consecuencias producidas por la incapacidad, la muerte, la interdicción o la insolvencia del representado.

En relación con las condiciones de capacidad, porque en todo caso la capacidad de disponer en especial, o la capacidad de obrar en general, debe reunir las siempre el representante, por ser él quien emite la declaración de voluntad con fuerza suficiente para producir los efectos de disposición o de administración. Ningún autor niega que esto sea cierto en la representación legal, por ser el representado incapaz, menor o ausente; pero no se sigue el mismo sistema en la representación voluntaria, sin razón suficiente que justifique este cambio.

Nuestra tesis se apoya en un doble argumento: 1.º) En la necesidad de unificar la doctrina de la representación; 2.º) En que si el Derecho exige requisitos especiales para la disposición —capacidad de disposición— en la persona del titular del derecho, con la finalidad de proteger a éste contra su misma imprevisión o ligereza ante la gravedad de los actos de disposición, ¿qué razón existe para no mantener las mismas garantías en los actos de disposición realizados por medio de representantes? Al contrario, lo procedente es reforzar esas garantías, puesto que se trata del cuidado de intereses ajenos. Por lo tanto, si medida de seguridad es exigir en el titular del derecho la capacidad de disposición —algo más que la mera capacidad de ejercicio— para los actos de disposición, esta medida de seguridad debe mantenerse en la representación voluntaria y en la legal, exigiendo idéntica capacidad de disposición en el representante. Sería absurdo que un menor de edad emancipado no pudiese enajenar los bienes o derechos de su propio patrimonio, y, en cambio, pudiese enajenar los de patrimonios ajenos.

Cuestión distinta constituyen las condiciones de capacidad exigidas para la celebración del contrato de mandato o el apoderamiento. El Código civil establece reglas especiales en su artículo 1.716, al indicar que puede ser mandatario el menor emancipado. Aunque este precepto pudiera contradecir nuestra tesis, no debe olvidarse que tal precepto se refiere a las condiciones de capacidad del contrato de mandato, y que el mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración (Artículo 1.713). Creemos, aunque el Código no lo diga expresamente, que el mandato concebido en términos especiales, con poderes para la enajenación, debe requerir la capacidad de disposición en el mandante, pues en otro caso sería fácil burlar las normas de los artículos 317, 324 y 59, e idéntica capacidad debiera exigirse en el mandatario con



poderes para enajenar, pues el artículo 1.716 está concebido en favor del mandatario y no en favor del mandante.

En relación con los efectos que la muerte, la incapacidad, la interdicción o la insolvencia provocan, extinguiendo la representación, deben explicarse no porque falte el presupuesto de la capacidad del sujeto representado —que solamente se exige para la formalización del apoderamiento—, sino porque desaparece el tercer requisito del poder de disposición, es decir, la legitimación formal suficiente. A su vez, este tercer requisito deja de existir no precisamente porque se extinga la voluntad creadora del apoderamiento —pues también se extingue la voluntad creadora del testamento y, sin embargo, éste produce todos sus efectos después de aquella extinción—, sino porque desaparece la conexión existente entre esa voluntad y el patrimonio representado, bien porque la muerte del titular representado origine la sucesión en dicho patrimonio, bien porque las nuevas circunstancias exigen el nombramiento de administradores de dicho patrimonio, dotados de legitimación formal legal, a no ser que la propia ley autorice la subsistencia del poder y de la representación, no obstante la muerte del representado, en cuyo caso la subsistencia del poder de disposición en el representante se explica porque su legitimación se convierte, de legitimación formal voluntaria en legitimación formal legal. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en el artículo 290 del Código de Comercio.

Entiende VILLAVICENCIO, ya en otro círculo de problemas, que la facultad de disposición no es una facultad ni interna al derecho, ni privativa del derecho de propiedad, sino algo exterior al propio derecho de que se dispone, siguiendo orientaciones de THON, BARASSI y algún otro autor.

Efectivamente, no se trata de una facultad privativa del derecho de propiedad; tanto se puede disponer del derecho de propiedad como de los restantes derechos reales, personales, sucesorios o sobre bienes inmateriales que no sean indisponibles por naturaleza. Pero sí es una facultad privativa de las titularidades «iure domini», que sobre esos derechos se ejerce. Esta construcción permite seguir considerando a la facultad de disposición como algo interno a las propias titularidades, y por tanto, interno a los derechos contenidos en éstas. También podría recurrirse, para explicar que la facultad de disposición es privativa del derecho de propiedad —y no solamente facultad privativa, sino también facultad esencial— a la tesis de la propiedad de derechos, que por otra parte no es tan absurda como algunos pretenden.

Por el contrario, esas notas que VILLAVICENCIO asigna a la facultad de disposición cuadran perfectamente al poder de disposición, que debe ser

considerado como algo externo e independiente del derecho. Por ello mientras la facultad de disposición es interna, consubstancial y una en el derecho de propiedad y en las titularidades «iure domini», el poder de disposición es externo, puede no existir y puede ser múltiple.

### E) Soluciones a esta colisión de derechos

El problema que examinamos también se lo planteó RUGGIERO, con su clásica claridad: «Un aspecto —dice— muy importante en la doctrina de la representación voluntaria, olvidado por la mayor parte de los autores, es el problema que surge cuando representado y representante actúan separadamente, realizando para el mismo objeto negocios entre sí contradictorios» (20).

En la doctrina española; ROCA SASTRE (21) y PÉREZ Y ALGUER (22) emiten también interesantes opiniones sobre el tema. ROCA, sin embargo, lo que se plantea es el problema de si la autogestión del asunto por el propio mandante supone o no una revocación tácita del poder o del mandato (23).

En relación con las soluciones a esta colisión, existen fundamentalmente dos tesis opuestas:

1.<sup>a</sup>) La tesis de la prevalencia del acto del representante, sostenida por REHBEIN (24)

Según la primera, la colisión se resuelve siempre en favor de los derechos de la persona que ha contratado con el representante. Pero esta teoría nos parece arbitraria e inexacto su fundamento —la cesión de la facultad de disposición realizada por el mandante en el mandatario—.

La segunda parece más acertada. Pero también es incompleta, pues aunque ambos contratos tengan el mismo valor, no pueden coexistir todos los derechos opuestos que nacen de los mismos, y precisa aclarar con arreglo a qué principios se decide la preferencia o la subordinación de alguno de ellos.

RUGGIERO parece indicar el principio de la *prioridad en la perfección del contrato* (25), que agota el objeto del contrato posterior.

Nos parece más exacta, sin embargo, la solución ya propuesta por PÉREZ Y ALGUER y ROCA SASTRE de considerar el problema, cuando se

(20) RUGGIERO: «Derecho Civil», traduc. española, I, pág. 277.

(21) ROCA SASTRE: «Estudios de Derecho Privado», vol. I, Madrid, págs. 410-411.

(22) Notas a Enneccessus, vol. I-2.º, pág. 279.

(23) Ob. citada, pág. 410.

(24) REHBEIN; en una cita de RUGGIERO (op. et loc. cit.), que no hemos podido comprobar

(25) Obra citada, pág. 278.

trate de una doble enajenación incompatible, como análogo al de la doble venta que regula el artículo 1.473 del Código civil.

En definitiva, el principio es considerar que el problema es idéntico al de la doble contratación sucesiva incompatible celebrada por el mismo deudor, puesto que la voluntad del representante vale por la voluntad del representado.

Veamos, con arreglo a esta tesis, las soluciones existentes, según se trate de una doble enajenación incompatible o de un doble contrato meramente obligatorio incompatible también.

a) Hipótesis de la doble enajenación.

El Código civil contempla este caso en su artículo 1.473, antes citado; pero no resuelve todos los problemas planteados, pues únicamente se preocupa de la transferencia de la propiedad, estableciendo reglas que —como advierte ESPÍN (26)—, constituyen una excepción al juego de los artículos 609 y 1.095.

a') Problema de la transmisión de la propiedad.

Resuelve el Código distinguiendo entre bienes inmuebles y muebles, con arreglo al siguiente sistema:

1.º) Bienes inmuebles.

Los principios aplicados son los siguientes:

1) Principio de prioridad registral: «Si fuera inmueble, la propiedad pertenece al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro». (Artículo 1.473 - 2.º).

2) Principio de prioridad en la posesión, con buena fe: «Cuando no haya inscrito, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión». (Art. 1.473 - 3.º).

Si dejara de exigirse la buena fe, este caso sería una aplicación del artículo 609 —(adquiere la propiedad el primero en el título y la posesión)—; pero esta exigencia revela que nuevamente el artículo 1.473 establece una excepción a la teoría del título y el modo (27), en favor de la aplicación conjunta de los principios de prioridad y buena fe.

3) Principio de prioridad en el título, con buena fe.—Continúa diciendo el citado párrafo 3.º del Art. 1.473: «...y fatando ésta (la posesión), a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe».

La redacción del Código —título de fecha más antigua— revela que se refiere a título en sentido de documento, que puede ser público o privado, en que conste la fecha de la perfección del contrato. Pero aclaremos

(26) ESPÍN CÁNOVAS: «La transmisión de los derechos reales en el Código civil español», Revista de Dcho. Privado, 1945, pág. 356.

(27) Como advierte Espín, en el lugar citado, pág. 358.

que, de ser notarial el documento, no se aplicaría esta regla, sino la precedente, pues el otorgamiento de escritura pública equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario. (Art. 1.462 - 2.º).

El supuesto se aplica, por consiguiente, a los documentos privados (28), a los de carácter público no notariales, y también a éstos cuando se otorguen en regiones de fuera donde rija el Derecho Romano, o contenga la salvedad anteriormente citada.

Este precepto, en orden al sistema que adopta para la transmisión de la propiedad, puede tener una doble interpretación: 1.ª) Entender que representa un caso de adquisición de la propiedad «solo consensu», mediando buena fe; 2.ª) Entender que sólo decide la mejor preferencia del «ius ad rem» del comprador que presente el título de fecha más antigua.

El sentido literal parece inclinarnos a la primera solución; la interpretación lógica y sistemática, a la segunda, con base en el argumento de que siempre deben ser mantenidos, a ser posible, los principios generales, en este caso la teoría del título y el modo: en este caso, el comprador en esas condiciones tendría un «ius ad rem» preferente para exigir la entrega de la cosa, y sólo después de esa entrega adquiriría la propiedad.

4) No resuelve el Código la hipótesis de que ninguno de los compradores haya tomado posesión de la cosa ni ostente título adecuado.

En este caso, puede optarse por dos soluciones: o seguir aplicando el principio de prioridad en la perfección del contrato (si tal prioridad puede llegar a demostrarse), o entender que en estos casos es potestivo del deudor elegir el comprador a quien entregar la cosa. Quizá lo exacto fuese aplicar ambos principios sucesivamente.

#### 2.º) Bienes muebles.

Sólo contiene el artículo 1.473 una regla, aplicación del principio de la prioridad en la posesión de buena fe: «Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble».

¿Y si ninguno tuviese la posesión? Nos encontramos ante una laguna legal, que creemos se debe llenar mediante la aplicación del principio de prioridad en el título, aplicado a los bienes inmuebles en caso semejante. Y si tal prioridad tampoco se pudiese probar, entonces debería decidir el deudor.

(28) Estimamos que deberán reunir algunos de los requisitos del artículo 1.227 para que su fecha —al perjudicar a terceros— pueda tomarse como cierta.

b') Solución en lo referente a los restantes efectos de los contratos en colisión.

Normalmente la colisión de derechos personales no provoca la extinción del derecho vencido, sino sólo su postergación en el cumplimiento «in natura», o la necesidad de su cumplimiento por equivalente.

Esto último sucede en el caso que ahora examinamos. El contrato del comprador de buena fe vencido en lo referente a la transmisión de la propiedad subsiste como negocio obligatorio, que al no poderse cumplir «in natura», por causa imputable al deudor-vendedor, se traduce en la obligación de indemnizar daños y perjuicios del artículo 1.101. El vínculo obligatorio sufre una transformación objetiva, pero no se extingue.

b) Hipótesis del doble contrato meramente obligatorio incompatible.

Este caso plantea un doble problema: 1.º) El de la subsistencia de los contratos incompatibles; 2.º) El de la armonía de los derechos en colisión.

La primera cuestión la resuelve la doctrina y la jurisprudencia en forma positiva, entendiendo que el principio de la autonomía de la voluntad, y sobre todo, el de la relatividad de los contratos, recogidos en los artículos 1.255 y 1.257 del Cód. civil, respectivamente, exigen el respeto de ambos vínculos obligatorios, con base en su mutua independencia. Puesto que los contratos sólo surten efectos entre las partes contratantes y sus herederos (29), los terceros carecen de acción ante las vinculaciones contractuales de otras personas, salvo algunas excepciones; y tienen esta condición de terceros los restantes acreedores.

Existe una excepción al principio de la subsistencia de estos contratos incompatibles: cuando el segundo acreedor ha contratado de mala fe; es decir, con conocimiento de la existencia del primer contrato. El dolo anula este segundo contrato y puede originar, en su caso, responsabilidades del acreedor posterior frente al anterior.

Decidida —con esta excepción— la subsistencia de ambos contratos, surge inmediatamente una colisión entre los derechos que nacen de ellos. La colisión se origina no por la existencia de estos derechos —que pueden coexistir al ser posible la coexistencia de los contratos —fuente—, ni por su ejercicio, ni siquiera por su cumplimiento —puesto que posiblemente todos los derechos podrán cumplirse íntegramente—, sino por razón de la *forma* de su cumplimiento, bien «in natura», bien por equivalente. Es decir, lo cuestionable es decidir cuál de estos derechos se cumple «in natura» y cuál debe resolverse en una indemnización de daños y

(29) Principio que no obstante tiene sus excepciones. Ved, por ejemplo, las reseñadas por CASTÁN («Derecho Civil», 7.ª ed., vol. III, pág. 427).

perjuicios, o en una sustitución del deudor. (Arts. 1.101 y 1.098, respectivamente (30).

Para llegar a una solución aceptable conviene distinguir dos momentos en la vida de estos contratos: 1.º) Cuando ninguno de estos contratos se ha consumado aún; 2.º) Cuando se ha consumado alguno de ellos.

1) Primer momento.—Antes de la consumación de alguno de los contratos la doctrina ve dos posibles soluciones:

1.ª) Dejar la elección del contrato que debe cumplirse «in natura» al propio deudor.

Esta solución se justifica diciendo que el deudor es aún dueño de su actividad (31), por lo cual puede decidir el alcance y la dirección de la misma.

Entendemos que esta solución no es posible en nuestro Derecho, por estar en oposición con el precepto del artículo 1.265: «La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». En los contratos meramente obligatorios, tanta importancia suele tener la forma del cumplimiento como el cumplimiento mismo.

2.ª) Debe cumplirse «in natura» el contrato celebrado en primer lugar.

Esta solución tiene su base en el principio de prioridad, es la más lógica y fué aceptada por el Derecho Romano. Dice el fragmento 26 Dig. XIX, 2: «Tratándose de servicios dados en arrendamiento a dos simultáneamente, es conveniente que se satisfaga antes al primer arrendatario» (32).

Es también la solución de la mayor parte de la doctrina, incluso BOULANGER (33).

2) Segundo momento.—Cuando algunos de los contratos se ha consumado ya, entonces quizá sea conveniente aplicar el principio de prevención. Realmente, cuando ya alguno de los derechos en colisión se ha cumplido, ha desaparecido la colisión de derechos como problema jurídico, surgiendo una nueva cuestión, derivada del hecho de la ejecución de un contrato que ha podido lesionar o impedir la ejecución de otro contrato

(30) En este último caso, cuando la naturaleza no personalísima de la prestación lo permita.

(31) Véase, v. g. BOULANGER: «Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité», *Revue Trim. de Droit Civil*, año 1935, pág. 545.

(32) Debe tenerse en cuenta que para fijar la prioridad de un contrato no es suficiente el mero documento privado, salvo lo indicado en la nota 28. En definitiva, la prueba de la prioridad es una cuestión de índole procesal, y el juez puede llegar a su conocimiento por cualquiera de los medios probatorios conocidos.

(33) Véanse, sin embargo, las atinadas observaciones de este autor acerca de la incompatibilidad entre este principio y el de la relatividad de los contratos. (Ob. y lugar citados, páginas 563 a 565).

preferente. Pero esta cuestión es un problema de mera responsabilidad contractual del deudor hacia el acreedor insatisfecho, complicada —según los distintos supuestos de hecho— con una posible responsabilidad (que incluso puede ser extracontractual), del acreedor satisfecho que conocía la existencia del primer contrato.