

La colisión de derechos

POR EL

DR. JOSE LOPEZ BERENGUER

Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho

PRIMERA PARTE

Teoría general de la colisión de derechos

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.—El orden jurídico y los derechos subjetivos

La convivencia humana está disciplinada por reglas de naturaleza muy diversa, entre las que adquieren especial relieve las normas jurídicas.

La misión concreta del Derecho objetivo, que puede reducirse a «organizar la comunidad» (1), es sin embargo muy compleja, porque se concreta en una serie de preceptos de naturaleza, contenido y finalidad muy diferentes, que podemos resumir en dos categorías: 1.º) Normas que tienen por misión inmediata la de constituir órganos, atribuir potestades, delimitar funciones y establecer procedimientos, y 2.º) Normas que tienden directamente a la concesión (o al reconocimiento) de derechos subjetivos.

El «orden jurídico» resultante de ese ordenamiento lo define CASTRO como la «realidad de la reglamentación organizadora, en su multiplicidad de relaciones jurídicas y en la jerarquía de poderes y deberes reguladores de la vida social» (2).

Lo importante es considerar que ese orden está presidido por la idea

(1) DE CASTRO define así el Derecho positivo: «La reglamentación organizadora de una comunidad, legitimada por su armonía con el Derecho Natural». («Derecho Civil de España», 2.ª ed., tomo I, lib. preliminar, pág. 29).

(2) *Ob. cit.*, pág. 57.



superior de justicia, objeto inmediato del Derecho. Que la justicia es la «*reali et personalis hominis ad hominem proportio*», de que nos habla DANTE (3), o, lo que es igual, la proporcionada atribución a cada persona de los bienes necesarios para la satisfacción de sus necesidades, a través del instrumento técnico (4) de los derechos subjetivos, que permite, dentro de ese orden social-jurídico, la protección de la total actividad humana que resulte protegible. La discriminación de la cual es una cuestión teleológica: el Derecho tiene establecido una jerarquía de fines y de intereses, en íntima dependencia con el orden moral y el económico.

El orden jurídico, consecuencia del ordenamiento, se concreta a efectos científicos, en el sistema jurídico, definido por CASTRO como la «concepción teórica instrumental del ordenamiento» (5). Este sistema, que inicialmente se nos presenta como de normas, es también un sistema de derechos subjetivos, organizado a través de las relaciones e instituciones jurídicas. No es ocasión de discutir cuál sea la base del sistema. Basta consignar que históricamente han variado los conceptos o elementos que se han tomado como punto de partida. Los juristas romanos utilizaron el concepto de acción; los glosadores y postglosadores tomaron como base la norma o el precepto concreto; los pandectistas del siglo XIX utilizaron, unos, el concepto de derecho subjetivo, otros, (los historicistas), el de relación jurídica; los positivistas más modernos (DUGUIT, LARENZ), el de situaciones jurídicas; y otros (los juristas católicos más recientes), ponen de relieve el concepto de institución jurídica (HAURIOU, RUIZ GIMÉNEZ, CASTRO).

A nosotros nos interesa destacar el orden jurídico como un orden de derechos subjetivos, de facultades y poderes, íntimamente entrelazados y armónicamente concebidos y regulados.

Todo sistema debe tender a lograr la máxima coherencia y unidad, a través de un postulado fundamental: la ausencia de contradicción (6). Por eso la colisión de derechos subjetivos aparece inicialmente a los ojos del jurista como algo totalmente incompatible con la idea de sistema. Veamos hasta qué punto es cierta esta primera impresión.

(3) DANTE: «De monarchia», II, 4.

(4) MORULSKY ha escrito páginas interesantes sobre los derechos subjetivos como instrumentos para la realización del Derecho. («Principes d'une réalisation méthodique du droit privé», París, Sirey, 1948, págs. 27-29).

Pero enténdase que los derechos subjetivos, aunque empleados por la técnica jurídica, no son puras creaciones formales, sino conceptos substantivos anteriores en muchos casos al propio Derecho positivo humano. (Los derechos naturales, por ejemplo).

(5) Ob. cit., (1), pág. 57.

(6) Vid. ТВОРСКИ, Guido: «Negozi giuridici incompatibili», en «Archivio Giuridico Filippo Serafini» 1929, 4.ª serie, vol. XVII, pág. 210; y las citas que aporta de SOMLO: «Juristische Grundlehre», pág. 382; WENLEZ: «Der begriff des Gesetzes», I, pág. 42.

2.—Significado general de la colisión de derechos dentro del orden jurídico

Los derechos subjetivos pueden examinarse desde dos puntos de vista, distintos pero compatibles: o como esferas de poder, o como intereses protegidos.

A.—Los derechos subjetivos, como esferas de poder

Desde este punto de vista, el sistema jurídico puede ser representado gráficamente como un inmenso firmamento cuajado de pequeños astros—(cada una de las esferas de poder o derechos subjetivos, concretos e individualizados)—sometidos a un proceso de movimiento —(el ejercicio de cada derecho)—, dentro de un orden —(el orden jurídico)—, en cuyo movimiento, ciclo vital o ejercicio de cada derecho, reina la mayor armonía—. Cada persona cuenta con un número mayor o menor de derechos subjetivos concretos, que constituyen su esfera jurídica o ámbito de lo lícito. Pero es una esfera jurídica en constante mutación: los derechos subjetivos se pierden y se adquieren; se modifican, cuantitativa o cualitativamente, de tal modo que lo que ayer entraba en la esfera jurídica de un sujeto puede mañana estar fuera de aquella esfera.

El contacto entre estas esferas de poder es inevitable. El hombre es un ser social que necesita el apoyo y la presencia de los demás. Misión del Derecho es hacer armónica esa convivencia. Los derechos subjetivos significan poderes de actuación frente a los demás; pero también representan límites a esa actuación. Poder y prohibición, facultad y límite, son igualmente elementos básicos íntimamente condicionados el uno por el otro, y ambos igualmente importantes y substanciales en la noción del derecho subjetivo.

El individualismo jurídico es un sistema erróneo, porque exalta el elemento «poder o voluntad», con olvido del elemento «límite»; el positivismo funcionalista es también erróneo, porque concibe el orden jurídico como un mero sistema de prohibiciones.

La postura exacta debe conciliar ambos elementos. Es posible el contacto entre esas esferas de poder gracias al sistema de límites que las acompañan, no con carácter accidental y externo, sino interno y esencial.

B.—Los derechos subjetivos, como intereses protegidos

Considerados como intereses jurídicamente protegidos, los derechos subjetivos armonizan la natural tendencia del hombre hacia la apropia-

ción exclusiva de bienes de la vida necesarios para satisfacer sus necesidades.

En una representación gráfica, podríamos distinguir, de un lado, todas las necesidades humanas, pero no en forma abstracta, sino individualizadas en cada hombre, según los distintos grados de civilización, cultura y apetencias; de otro, todos los bienes (cosas, los otros hombres, las energías naturales, los servicios, etc.) aptos para satisfacer esas necesidades. Si el Derecho no existiera, surgiría inmediatamente el «bellum omnium contra omnes»: reinaría la arbitrariedad, la injusticia y el único orden subsiguiente estaría impuesto por la ley del más fuerte. Pero el Derecho—a través del instrumento técnico de los derechos subjetivos—atribuye a cada individuo una parte de esos bienes, con la mayor proporción e igualdad, de tal forma que se consiga la máxima satisfacción con la máxima armonía. A veces, esos bienes se atribuyen de manera exclusiva, dando lugar a los derechos absolutos o de exclusión. Pero esta atribución nunca es total, pues bajo la forma de derechos reales limitados, por ejemplo, se atribuyen a los otros sujetos utilidades (rendimientos, frutos, meras posibilidades, etc.) limitadas de esos bienes. Otras veces, se crean derechos relativos de persona a persona, que tienden, o al disfrute mediato de las cosas, o al inmediato de los servicios personales. Y por último, puede ocurrir que el Derecho atribuya solamente meras posibilidades para la creación, modificación o extinción de esos derechos o situaciones jurídicas (7).

C.—Posibilidad de la colisión

Repugna a la idea del orden jurídico la posibilidad de la existencia de derechos incompatibles. Serían esferas de poder en lucha, con la consiguiente falta de orden. En abstracto, dentro del orden jurídico no puede concebirse la existencia de derechos incompatibles. La contradicción destruiría el sistema.

Desde este punto de vista, AHRENS (8), FERRINI (9) y RODRÍGUEZ DE CEPEDA (10), entre otros (11), tienen razón al negar que pueda existir verdadera colisión de derechos.

(7) Los primeros son los derechos absolutos (reales, derechos sobre bienes inmateriales, derechos de la personalidad, familiares, etc.); los segundos, los derechos de obligación o personales; los terceros, los derechos potestativos o de modificación jurídica.

(8) AHRENS: «Curso de Derecho Natural», Madrid, 1906, pág. 178.

(9) FERRINI: «Manuale di Pandette», Milán, 1917, pág. 50.

(10) RODRÍGUEZ DE CEPEDA: «Derecho Natural», Valencia, 1915, pág. 180.

(11) Véase, entre los autores más recientes, M. ROTONDI: «Instituciones de Derecho Privado», 1953, pág. 93.

El primero afirma que no puede existir, en el orden de la creación, verdadera incompatibilidad entre los seres creados por Dios—repugnaría a Su Sabiduría ese defecto—porque no puede existir oposición real entre sus intereses, y por lo tanto, entre sus derechos (12). Ahora bien, reconoce que en el plano de las leyes positivas tal colisión puede darse, cuando concluye diciendo que «una verdadera colisión entre los derechos, de manera que el uno exija el sacrificio del otro, no existe, y el progreso del Derecho humano debe hacerla desaparecer donde quiera que todavía se halle establecida dentro de las leyes positivas (13).

FERRINI (14) argumenta: «Así como no vemos que puede existir verdadera contradicción entre dos normas, por lo mismo no vemos que pueda existir verdadero conflicto entre dos derechos, ya que «en tanto se explica legitimado el ejercicio de un interés, se entiende que se despoja de tutela jurídica (y por tanto del carácter de derecho) a los intereses opuestos». Cree, pues, incluso en el campo de los derechos positivos concretos, que no puede existir colisión, porque la protección de un interés implica la no protección del interés opuesto.

RODRÍGUEZ DE CEPEDA, niega la posibilidad de la colisión fundado en que su existencia destruiría el orden social (15).

Como suele acontecer en las controversias jurídicas, los tres autores citados tienen parte de razón. Pero conviene distinguir el posible vario enfoque de la cuestión, pues se puede hacer partiendo de una consideración abstracta y teórica, o de otra concreta y práctica.

Desde el primer punto de vista, admitir la colisión de derechos sería un absurdo. Significaría reconocer la impotencia del Derecho en su fun-

(12) Dice así: «El Derecho presenta un organismo análogo al de la humanidad. Al suministrar a todas las esferas de la vida humana los medios necesarios de desarrollo, los une por vínculos orgánicos... Pero la individualidad es la primera base en derecho como en la humanidad. El hombre individual no deriva su derecho de la familia, de la nación, ni aún de la humanidad; lo obtiene de su naturaleza eterna, que a su vez tiene su primer origen en Dios. El derecho del individuo, que es también eterno, recibe solamente modificaciones, determinaciones, por las esferas más extensas de la familia, del concejo, de la nación, de la humanidad. Lo mismo sucede en cada esfera particular. La familia, por ejemplo, no existe por la comunidad, ni ésa por el orden político. El derecho de cada personalidad se funda, ante todo, sobre su naturaleza propia. De aquí se sigue que las esferas superiores pueden bien modificar el derecho de las esferas inferiores, pero sin borrarlo, sin aspirar siquiera a ser su origen constituyente».

«El verdadero principio de derecho debe reconocer, en la unidad superior, la variedad de las esferas de los derechos que en ciertos casos deben limitarse los unos por los otros, pero sin que ninguna deba sacrificarse al otro».

(13) Op. cit. (9), pág. 178.

(14) Op. cit., pág. 50.

(15) Indica que «real y verdaderamente no puede haber colisión de derechos, por cuanto no puede darse derecho contra derecho, toda vez que todo derecho es una potestad racional inviolable, y lo contrario a él sería irracional e inmoral. Además—continúa—si existiera esta contradicción y antagonismo entre los derechos, no existiría orden social ni el derecho objetivo sería expresión o regla de este orden social. Toda colisión o conflicto será, pues, aparente». Ob. cit., pág. 180.

ción organizadora de la comunidad. Solamente serían concebibles supuestos de «aparente» colisión. Algunos o todos los derechos en contradicción no serían tales derechos; o su ejercicio sería extralimitado.

Desde el segundo punto de vista; atendiendo a todos y a cada uno de los múltiples derechos subjetivos concretos e individualizados, la colisión entre los derechos no solamente es posible, sino normal e inevitable. Porque, como advierte muy agudamente TEDESCHI (16), no se quiere aludir con ello a la posibilidad de derechos opuestos, sino a aquel proceso del intérprete que hace posible en su existencia o ejercicio dos derechos potencialmente incompatibles.

Es decir, la colisión de derechos no quiere significar la destrucción del sistema jurídico; muy al contrario, viene a completar ese sistema, haciendo posible en la realidad cotidiana, el orden jurídico establecido.

La tesis de FERRINI, antes expuesta, es errónea. Entender que ante dos derechos en colisión lo procedente es considerar inexistente uno de ellos, despojando de protección al interés que constituye su objeto, carece de fundamento. Lo normal es, precisamente, lo contrario: conciliar ambos derechos, reduciendo uno de ellos o ambos a sus límites exactos. Raramente se plantea en la colisión un problema de inexistencia o destrucción de uno de los derechos (salvo en los casos de colisión aparente); lo normal es una reducción o una posposición temporal, de su contenido o de su ejercicio.

3.—Problemática y método de investigación adoptado

A.—Problemática

Veremos posteriormente que la teoría de la colisión de derechos está por construir. La novedad del tema—especialmente en la bibliografía española—, nos ha obligado a un intenso trabajo de selección de cuestiones, cuajado de dificultades.

El tema, por su vaguedad inicial y ausencia de referencias doctrinales, se prestaba a la dispersión. Intento primordial nuestro ha sido evitar divagaciones. Consecuentes con este propósito, se han evitado temas generales de mucho interés y relacionados con la cuestión. Tal ha ocurrido con la controversia acerca de la naturaleza y significado del derecho subjetivo, o de la función de la voluntad dentro del orden jurídico, o de la propia teoría general del ejercicio de los derechos y de sus límites, etc., sin que el no tratarlos aquí signifique prescindir de un concepto previo y preciso de los mismos, que aceptamos como conclusión de investigaciones

(16) En «Negoz. giur. inc.», op. cit., pág. 212.

realizadas por otros, según podrá apreciarse por las posiciones que adoptamos como punto de partida en los diferentes problemas.

Este sistema nos ha permitido detenernos más en los problemas específicos de la colisión de derechos. Adelantamos, sin embargo, que se tratan sucesivamente los problemas generales acerca del concepto, fundamento, naturaleza y presupuestos de colisión, procurando tomar partido ante las distintas concepciones o arbitrar nuevas explicaciones según los casos.

La colisión, además, se concibe y se estudia como una situación jurídica que nace en un momento determinado, y por virtud de algunas causas, cuya influencia se analiza. Se estudian también los efectos de la colisión, los sistemas de solución y los distintos principios o criterios que orientan a dichos sistemas, completándose así el ciclo «nacimiento-contenido-extinción» de la situación jurídica provocada por la colisión.

Por último, se realiza un estudio minucioso de los distintos casos de colisión que se presentan en el Derecho positivo español.

B.—*Método*

Las cuestiones de método tienen hoy día una importancia secundaria, en cuanto se han superado las antiguas e interminable discusiones acerca de los mismos. El fenómeno puede ser debido, bien a una conciencia unánime acerca de la inutilidad de la discusión—no de la necesidad de algún método, que nadie discute—, bien porque se ha llegado a una tácita coincidencia en torno a su utilización.

Nosotros hemos realizado un doble esfuerzo inductivo y deductivo. Gracias al primero, hemos podido estudiar uno a uno los distintos casos de colisión ofrecidos por la legislación, procurando obtener de cada caso concreto aquéllo que pudiera tener interés general. Hemos empleado el segundo método para obtener los principios generales que rigen el fenómeno de la colisión, base de toda la teoría general elaborada. El uso conjunto de ambos métodos nos ha permitido evitar, por una parte, el casuismo excesivo y monótono de muchos trabajos precedentes sobre este mismo tema, y, por otro, la excesiva generalización teórica, falta de contacto con la realidad. Por lo demás creemos haber empleado los procedimientos técnicos de investigación comúnmente establecidos.

4.—**Sistema e historia de la teoría de la colisión**

La colisión de derechos no tiene aún una construcción sistemática propia.

Como teoría, resulta desconocida por los cuerpos legales. A semejanza del abuso de derecho, los legisladores no han previsto históricamente preceptos de general aplicación. Aunque es de notar que mientras la teoría de la colisión sigue en la actualidad en el mismo estado, la del abuso de los derechos va encontrando eco en los códigos más progresivos (17).

Sin embargo, los cuerpos legales suelen resolver problemas de colisión, a veces en forma casi científica, pero referida a instituciones concretas. Reglas de importancia se contienen en los respectivos tratados del concurso de acreedores, de la quiebra o de la sucesión hereditaria, v. gr.

Otras veces, las leyes contemplan y resuelven supuestos aislados de colisión; por ejemplo, los de los artículos 612, 1.473, 1.522, etc., del Código Civil español.

En este panorama general que presenta la colisión en los cuerpos legales, hay una excepción muy notable y meritoria, representada por el código civil portugués de 1867, que dedica dos artículos a la materia. Los siguientes:

Art. 14.—«Quien, ejerciendo un derecho propio, se procura beneficios, debe, en la colisión y ante la falta de providencia especial, ceder ante quien pretende evitar perjuicios».

Art. 15.—«En el concurso de derechos iguales o de la misma especie, deben los interesados ceder recíprocamente lo necesario para que esos derechos produzcan su efecto, sin mayor detrimento de una que de la otra parte».

El artículo 14 representa la consagración del principio romano «qui certat de damno vitando» (18), y el artículo 15 es traducción legal del principio «concurso partes fiunt» (19).

Estos dos artículos contienen una doctrina tan avanzada en un código del año 1867, que no es extraño que DÍAZ FERREIRA (20) dijera al comentar el artículo 14, «no sabemos la aplicación que pueda tener este artículo», y repitiera con relación al 15 que «era inútil».

Verdaderamente, los preceptos del Código portugués, aunque incompletos, son notables. Hemos de convenir, con DA CUNHA que esos artículos «en su letra y en su espíritu son superiores a todas las teorías elaboradas, sea acerca del abuso de los derechos; sea en lo referente a las relacio-

(17) Código suizo, art. 2; Código alemán, art. 226; Código de la URSS, art. 1; Código italiano, ar. 31.

(18) Véase, más adelante, 1.ª parte, cap. V, n.º 13.

(19) También más adelante, 1.ª parte, cap. V, n.º 11.

(20) DÍAZ FERREIRA: «Código civil portugués anotado», vol. I. Lisboa, 1870, pág. 35.



nes de vecindad» (21). Superiores, naturalmente, en lo que tienen de anticipo para su época y de fuerza preceptiva.

Estos preceptos pasan desapercibidos incluso para la generalidad de los tratadistas portugueses (22), quienes no les prestan mucha atención.

Desde el punto de vista doctrinal, pudiera decirse de la colisión de derechos algo semejante a lo que nos ofrece el panorama legislativo.

Como problema, la cuestión no preocupó a los juristas romanos, quienes se limitaron a regular supuestos concretos de colisión. Fundamentalmente, les preocupó el supuesto del encuentro o colisión de derechos procedentes de privilegios de diferente fuerza.

La glosa y la postglosa se limitan a estudiar estos casos concretos; pero en la generalización de ideas, tan característica de estas escuelas, llegaron a dar vida a una serie de principios desde entonces universalmente aceptados.

En el siglo XIX, la escuela pandectista inicia, con base en estos precedentes, la construcción de la teoría de la colisión y el estudio de los diferentes supuestos. El nombre del fenómeno—«colisión de derechos»—aparece por primera vez en THIBAUT (23), e inmediatamente se consagra. Desde sus comienzos, la colisión se estudia en el capítulo dedicado al ejercicio de los derechos, bien como un fenómeno que puede producirse en dicho ejercicio, bien—posteriormente—como un límite externo. Casi todos los autores de la época se detienen, más o menos sumariamente, en su consideración; merecen especial mención, sin embargo, los tratados generales de ARNDTS (24), DERNBURG (25), KIERULFF (26), MACKELDEY (27), WACHTER (28), WEND (29), FERRINI (30), BEKKER (31), BRINZ (32), WINDSCHEID (33), etc., etc.

De esta época merece ser especialmente citado un trabajo de WROBLEUSKI (34), quizá el único estudio sobre la colisión que merece los honores de monografía.

En nuestros tiempos, la atención dedicada a la colisión de derechos,

(21) DA GUNHA: «Tratado de Direito Civil», Coimbra, 1929, vol. I, pág. 452.

(22) Vid. RODRÍGUEZ NÚÑEZ: «Direito Civil», 1940; DE MATOS ANTÓNIZ: «Noções fundamentais de direito civil», Coimbra, 1945; TAVARES: «Os principios fundamentais do Direito Civil», Coimbra, 1929.

(23) THIBAUT: «System des Pandekten Rechts», Jena, 1834, pág. 33.

(24) ARNDTS, Serafini: «Trattato delle Pandette», Bologna, 1874.

(25) DERNBURG: «Pandekten», I, profo. 42, cil. Wrobleuski, pág. 4, nota 3.

(26) KIERULFF: «Theorie des gemeinen Civilrechts», 1839, págs. 230-240.

(27) MACKELDEY: «Elementos de Derecho romano», Madrid, 1876.

(28) WACHTER: «Württembergisches Privatrecht», 1842.

(29) WENDT: «Lehrbuch der Pandekten», Jena, 1888, profo. 10, págs. 20-21.

(30) FERRINI: «Manuale...», cil.

(31) BEKKER: «System des heutigen Pandektenrechts», 1876, I, profo. 24.

(32) BRINZ: «Lehrbuch der Pandekten», Erlangen, 1873, profo. 25, págs. 110-111.

(33) WINDSCHEID: «Diritto delle Pandekte», Torino, 1925.

(34) WROBLEUSKI: «Zur lehre von der collision der privatrechte», Wien, 1894.

en los tratados generales, ha sido menor. Los autores más recientes, no obstante, comienzan nuevamente a preocuparse por el tema (35).

En compensación, existe un mayor número de trabajos que estudian aspectos singulares de la colisión. Cabe destacar los de BOULANGER (36), DESSERTAUX (37), NATOLI (38), CHIRONI (39) y TEDESCHI (40).

En la literatura española, aparte de los tratados generales (41), muy pocos en ello, ningún autor se ha preocupado de su estudio. También se recoge en las enciclopedias jurídicas, muy elementalmente (42).

5.—Límites en esta investigación

Con plena conciencia hemos limitado nuestra investigación al estudio de la colisión de derechos privados subjetivos, por varias razones:

En primer lugar, porque la mayor precisión y construcción técnica de los conceptos en el derecho privado facilitan nuestra labor; en segundo, porque los atisbos de esta doctrina, como es corriente en la mayor parte de las aportaciones nuevas a la teoría general del Derecho, proceden del campo civilista; y en tercer lugar, por razones prácticas, de concreción.

Los principios propios del Derecho público exigen algunas modificaciones y presentan nuevos campos de observación para el estudioso.

(35) Vid. en especial, las obras de MESSINEO, BARASSI, ROTONDI, CHIRONI, ABELLO, COVIELLO, STOLPI, CASTÁN, etc.

(36) BOULANGER, Jean: «Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité», *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1935, pág. 545.

(37) DESSERTAUX: «Abus de droit où conflit de droit», *Rev. Trim. Droit Civil*, 1906, págs. 119, ss.

(38) NATOLI, Ugo: «Limiti e presupposti del conflitto dei diritti», en «Scritti giuridici in onore di A. Scialoja», Bologna 1953, vol. III, págs. 368, 400.

(39) CHIRONI, Abello: «Trattato di Diritto Civile italiano», Torino. 1904.

(40) TEDESCHI, Guido: ob. ya citada, en (6).

(41) CASTÁN: «Derecho civil común y foral», 7.ª ed. Madrid, pág. 314. ESPÍN CÁNOVAS: «Manual del Derecho Civil», Madrid, 1951, vol. 1, pág. 267. VILLAVARDE PARRONDO, M.: «Estudios de Derecho Civil», Madrid, 1954.

(42) «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Barcelona, 1952, t. IV, «Diccionario de Derecho Privado», Madrid, 1950.

CAPÍTULO II

CONCEPTO, PRESUPUESTOS, FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA COLISIÓN DE DERECHOS

1.—Concepto de la colisión de derechos

A) *Etimología*

La palabra «colisión» procede del sustantivo latino «collisio, onis», y del verbo «collido, is, ere, isi, isum», que significa «dar una cosa con otra, frotar, chocar, ludir» (43), de acuerdo con su etimología, pues está compuesta de «cum (con, junto con) y de «laedo» (dar contra, estrellar) (44).

De ahí su significación castellana, equivalente a «choque de dos cuerpos, «rozadura o herida hecha a consecuencia de ludir o rozarse una cosa con otra», y también su expresión figurada «oposición o pugna de ideas, principios o intereses o de las personas que los representan (45).

Precisamente en este sentido figurado se aplica en el lenguaje jurídico, para expresar casos de incompatibilidad, rozamiento, choque o herida entre los derechos.

Como ya advertimos antes, fué THIBAUT quien por primera vez aplicó dicha expresión a nuestra ciencia, pero con referencia al conflicto o choque de dos leyes. Una vez introducida no es extraño que se aplicase también para significar el supuesto del ejercicio incompatible de dos o más derechos subjetivos.

(43) En la definición latina: «duorum vel plurium corporum mutua percusio».

(44) RAIMUNDO DE MIGUEL: «Diccionario etimológico latino-español, 23.^a ed. Madrid, 1943, voces «collido» y «laedo».

(45) Diccionario de la Real Academia de la Lengua

B.—*Primeras definiciones*

En relación con la colisión de derechos, existen definiciones muy análogas en la forma, pero que encierran concepciones distintas en torno a su naturaleza o requisitos. En los primeros momentos de la doctrina encierran especialmente una gran vaguedad. Hay algunas muy breves, como la de FERRINI: «Imposibilidad del ejercicio simultáneo de varios derechos» (46), junto a otras muy amplias, como la de MACKELDEY: «Una colisión (de derechos) existe cuando hay contradicción entre los derechos de muchas personas, contradicción que no permite sino a una sola de ellas gozar de la plenitud de su derecho» (47). Dentro de esta línea pueden observarse las definiciones de RODRÍGUEZ DE CEPEDA (48) y ARNDTS (49).

Ya inicialmente se advierte una doble postura ante el problema de la colisión, que analizaremos con más detalle al hablar de los presupuestos. La tesis que podríamos denominar amplia y la restringida o estricta.

Para los autores que siguen a la segunda, la colisión solamente puede darse entre derechos de la misma naturaleza y cuando no exista una norma legal de solución del conflicto. Algunos de ellos llegan a decir que la colisión sólo es posible entre derechos reales. En tal línea de pensamiento podemos citar a COVIELLO (50), UNGER, WROBLEUSKI, KIERULFF, BÖCK, SINTENIS (51).

Para los partidarios de la tesis amplia, la colisión de derechos puede surgir entre derechos de distinta naturaleza, incluso entre derechos de obligación y el fenómeno sigue siendo colisión aunque esté contemplado por la ley. Podemos citar entre éstos a WAECHTER, von TUHR (52), MELUCCI (53).

Esta primera investigación nos proporciona las siguientes notas que a modo de presupuestos se aceptan unánimemente como imprescindibles en la figura de la colisión:

(46) FERRINI: «Manuale...». Milán, 1917, pág. 51.

(47) MACKELDEY «Elementos de Derecho Romano», cit. pág. 118.

(48) RODRÍGUEZ DE CEPEDA: «Derecho Natural», cit. pág.: «Llámanse colisión a la coincidencia de muchos derechos incapaces de funcionar simultáneamente».

(49) ARNDTS: «Trattato delle Pandekte», Bologna, 1874, pág. 166, «Puede ocurrir también que varios derechos se crucen de manera que se excluyan mutuamente, entera o parcialmente, y esto se llama colisión de derechos».

(50) Que exige que los derechos concurrentes no estén ya «armónicamente coordinados», bien porque la ley ha establecido previamente entre ellos relaciones de subordinación, bien porque no tengan igual fuerza, por la diversidad de su naturaleza o por la diversa fecha de su adquisición (op. cit., pág. 489, nota 134).

(51) Vid. referencias en WROBLEUSKI, op. cit., págs. 104, 111, etc.

(52) VON TUHR, Andreas: «Parte general del Derecho Civil», ed. española, Madrid, 1927, págs. 194-6.

(53) Op. cit., vol. I, pág. 635, n.º 634.

- 1.^a) Existencia de varios derechos subjetivos.
- 2.^a) Posibilidad de interferencia o concurrencia en su ejercicio.
- 3.^a) Que dicha interferencia provoque la imposibilidad del ejercicio total y simultáneo de los derechos subjetivos concurrentes.

Son notas o requisitos sometidos a discusión los siguientes:

1.^o) Que los derechos sean o no de la misma fuerza y naturaleza, o exclusivamente derechos reales.

2.^o) Que el conflicto esté o no previsto por una disposición legal.

Mantienen en toda esta teoría una posición especial GHIRON y DESERTAUUX:

Estos autores, cada uno dentro de su especial concepción, difieren de estos principios casi unánimes.

El primero, porque, como advierte NATOLI (54), utiliza el concepto para materias muy diferentes (por ejemplo, el de la concurrencia comercial).

El segundo, porque lo utiliza para la determinación del concepto de abuso del derecho, en un sentido muy peculiar y diferente del expuesto.

C) *Análisis de los conceptos más recientes*

NATOLI, que es el autor del estudio más moderno, de los conocidos por nosotros (55), comienza por aceptar como punto de partida una definición corriente: «una situación en la cual dos o más derechos, pertenecientes a sujetos distintos, se enfrentan de modo que el ejercicio de uno haga, en todo o en parte, imposible el de los otros» (56). Pero al final del trabajo incluye una definición descriptiva, que recoge sus puntos de vistas fundamentales: «hay colisión de derechos cuando varios derechos del mismo tipo fundamental y pertenecientes a sujetos distintos, se refieren todos a un mismo bien y subsiste en su contenido concreto al menos un punto de coincidencia, de suerte que a causa de la falta inicial de una norma que regule el ejercicio, estableciendo un criterio de coordinación o de subordinación, sea posible una interferencia arbitraria entre las actividades relativas de sus titulares, de donde la actuación de alguno de los derechos tenga por consecuencia impedir, o al menor obstaculizar, o en todo o en parte, provisional o definitivamente, el ejercicio de los otros derechos» (57).

(54) Ob. cit., vid. pág. 370.

(55) Nos referimos a su artículo ya citado, publicado en «Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja», Bologna, 1953, vol. III, pág. 368-400.

(56) Pág. 370.

(57) Pág. 399 .

De esta manera, NATOLI representa actualmente la tendencia restringida, llevada a su máxima expresión y con toda claridad. En la tendencia opuesta se incluyen, entre otros, MESSINEO y BARASSI (58). Para MESSINEO la colisión es una subespecie del concurso de derechos, caracterizada porque provoca, en el ejercicio de varios derechos subjetivos «igualmente existentes y pertenecientes a diversos sujetos»... «el resultado de que uno de estos derechos deba prevalecer sobre el otro o conciliarse con el otro», bien se trate de derechos reales o de crédito» (59).

Para BARASSI la colisión surge cuando «el ejercicio íntegro de uno (de los derechos subjetivos) excluye, por necesidad, en todo o en parte, el ejercicio íntegro del otro» (60).

En la doctrina patria, PUIG BRUTAU (muy influenciado por este último autor) indica que hay colisión «cuando el ejercicio de un derecho de manera completa excluiría, en todo o en parte, el ejercicio íntegro del otro» (61).

CASTÁN dá también una definición inicial muy amplia: «cuando existen distintos derechos correspondientes a personas diversas sobre un mismo objeto, sin que admitan ejercicio simultáneo» (62), aunque en las aplicaciones del concepto parece inclinarse hacia la tendencia restringida.

D) Conclusiones

Provisionalmente podríamos llegar a las siguientes:

1.ª) Unánimemente se admite que la colisión de derechos es, en su origen, una consecuencia de la concurrencia objetiva de derechos pertenecientes a sujetos diversos, que provoca entre ellos, a causa del ejercicio íntegro y simultáneo de todos, una relación de subordinación o de coordinación.

2.ª) Dentro de este concepto general, al tratar de precisar sus límites, existen dos tendencias muy marcadas:

a) la estricta, que limita al campo de los derechos reales la posibilidad de colisión, en atención a su especial sentido de lo que es la concurrencia de derechos.

b) la amplia, para la cual la naturaleza de los derechos puede influir en la especialidad de la colisión, pero no en su posibilidad.

(58) MESSINEO: «Manuale di diritto civile e commerciale», Milán, 1950, I, pág. 154.

BARASSI: «Istituzioni di Diritto Civile», 4.ª ed. Milano, 1948, pág. 157; «Istituzioni di Diritto Privato», Milano, 1940, 2.ª ed., pág. 135.

(59) Op. cit., págs. 94 y 92.

(60) Op. cit., pág. 157.

(61) En «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Barcelona, 1952, t. IV, pág. 393, voz «Colisión de derechos».

(62) CASTÁN: «Derecho Civil...», 7.ª ed. Madrid, 1949, pág. 314.



3.ª) La colisión de derechos tiene, como figura jurídica, una propia substantividad. Y desde luego, una independencia absoluta, en sus principios y en sus tratamientos, de la teoría del abuso de derecho.

2.—Presupuestos de la colisión de derechos

La teoría de la colisión de derechos, en constante perfeccionamiento pretende construir conceptos generales a base del análisis de sus presupuestos.

Conformes con esta orientación, nos detendremos especialmente en el tema, completándolo con el análisis de la naturaleza y del fundamento de la colisión.

A) Presupuestos de la colisión

NATOLI, en el resumen de su estudio, considera los siguientes:

- 1.º) Coexistencia de varios derechos (por su referencia a un mismo bien),
- 2.º) Pertenencia a sujetos distintos.
- 3.º) Pertenencia a un mismo tipo fundamental.
- 4.º) Existencia de un punto de coincidencia de su contenido concreto, y
- 5.º) Ausencia inicial de una norma de coordinación o de subordinación de su ejercicio (63).

Para nosotros algunos de estos presupuestos son arbitrarios y otros no tienen verdadera importancia, y entendemos que los dos verdaderamente fundamentales son:

- 1.º) Concurrencia de dos o más derechos subjetivos, y
- 2.º) Incompatibilidad de ejercicio entre ellos.

A su vez, estos presupuestos se subdividen en los siguientes:

- 1.º) La concurrencia de varios derechos subjetivos implica:
 - a) existencia de varios derechos,
 - b) pertenencia a patrimonios distintos,
 - c) contacto o interferencia en su ejercicio (concurrencia, en sentido específico);
- 2.º) La incompatibilidad de ejercicio exige:
 - a) El ejercicio normal de los derechos,
 - b) la imposibilidad del ejercicio total y simultáneo de todos los derechos.

(63) Pág. 399.

B) *Análisis del primer presupuesto: concurrencia de varios derechos subjetivos*

a) *Existencia de varios derechos*

Este requisito es verdaderamente esencial. Exige que se pongan en contacto precisamente dos o más derechos, pues la incompatibilidad entre varios intereses, o entre éstos y los derechos, es algo distinto. Así lo advirtió COVIELLO (64). La colisión entre derechos e intereses daría lugar, en todo caso, a la aplicación de la teoría del abuso de derecho, pero no a la teoría de la colisión. Por ello es errónea, como tuvimos ocasión de advertir, la tesis de DESSERTAUX.

Ha de tratarse de derechos definitivos y perfectos. La existencia de colisión entre expectativas de derechos, o entre alguna de éstas y un derecho perfecto, es difícilmente admisible, puesto que aquéllas entrañan como máximo facultades defensivas y de garantía, que tienen la fuerza que las leyes les conceden en cada caso concreto, siempre inferior a la fortaleza del derecho perfecto.

La conservación del derecho expectante es precisamente lo que protege la Ley al poner límites al ejercicio del derecho definitivo que se le opone. La existencia de estos límites hace imposible la aplicación de la teoría de la colisión, por aplicación de la teoría del abuso.

Estas dos últimas notas ya fueron señaladas por SERAFINI, al indicar que no hay verdadera colisión de derechos:

- 1.º) Cuando a un derecho falte el requisito de hecho de su existencia y eficacia, y
- 2.º) Cuando se duda a cuál entre varias personas pertenece un derecho exclusivo (65).

b) *Pertenencia a patrimonios distintos*

Afirma NATOLI que el segundo presupuesto de la colisión es la pertenencia de los derechos a sujetos distintos.

Anteriormente, FERRINI (66) y WROBLEUSKI (67) habían llegado a la misma conclusión. El primero la mantiene de forma rotunda; WROBLEUSKI, más cauto, indica como indudable que «la colisión entre varios derechos pertenecientes a un mismo sujeto en sí puede ocurrir», pero que debe excluirse su estudio por falta de interés.

(64) Op. cit., pág. 488.

(65) En la traducción de ARDNTS, (op. cit., pág. 167, nota 3).

(66) Op. cit., pág. 51.

(67) Pág. 65.

En nuestra opinión, la tesis es inexacta por demasiado amplia. Podemos probar que existen casos de derechos en colisión pertenecientes a la misma persona: el supuesto, por ejemplo, de colisión entre un derecho particular del heredero y un derecho que forma parte de la herencia aceptada a beneficio de inventario. La solución de esa colisión no puede dejarse al arbitrio del heredero, ya que podrían perjudicarse los derechos e intereses de coherederos, acreedores y legatarios, sino que debe resolverse según las reglas generales de la colisión.

En cambio, nos parece acertado el presupuesto que proponemos, es decir, que los derechos pertenezcan a patrimonios distintos, sean estos patrimonios normales (personales), o patrimonios especiales o separados, pertenecientes o no a un mismo titular. Es decir, la tesis tradicional es cierta cuando se trata de derechos pertenecientes a un mismo patrimonio pues en esos casos no existe problema práctico ninguno que exija reglas de colisión.

c) *Concurrencia de los derechos*

Es sin duda, el requisito básico y más importante; pero impreciso y difícil de definir. La voz «concurrencia» es equívoca. Pero también lo son los términos «contradicción» (utilizado por MACKELDEY), o «contacto» (como usa WENDT), o «coincidencia», (empleado por RODRÍGUEZ DE CEPEDA), o «interferencia» (como hace NATOLI).

Aunque cualquiera de ellos podría expresar el fenómeno, la menos imprecisa y la más generalizada es la primera. La colisión, realmente y como indica ENNECERUS, es una de las formas de la concurrencia de derechos.

¿Qué es la concurrencia de derechos? «Concurrere» significa «correr juntos o con», «afluir», «coincidir», y también «combatir», «luchar». Ahora bien ¿cuándo se puede decir que los derechos «concurren», es decir, corren juntos, fluyen, coinciden...?

Se han sostenido, sin que las ideas aparezcan muy claras, los siguientes criterios en torno a la concurrencia de derechos:

1.º) Hay concurrencia cuando los diversos derechos recaen sobre una misma cosa u objeto.

Es la tesis antigua y tradicional, seguida por BEKKER, WENDT, CASTÁN, AHRENS, TUHR, COSACK, MITTEIS, etc.

La tesis es exacta, pero incompleta. Efectivamente, cuando dos o más derechos recaen sobre una misma cosa, estos derechos concurren. Pero esto no impide que los derechos puedan concurrir por otros motivos.

Es consecuencia lógica de este punto de partida la afirmación de que

solamente existe colisión entre derechos reales, reforzada por la consideración de que —dada la limitación de las cosas— muchas veces es imposible satisfacer totalmente todos los derechos concurrentes, que, al ser derechos reales, tienen categoría de «exclusivos».

2.º) Hay concurrencia de derechos cuando existe identidad total o parcial entre el contenido de los mismos.

La identidad de objeto es substituída en esta teoría por la identidad de contenido. Según NATOLI participan de esta opinión UNGER, CROME, MATTHIAS, KRAINZ, etc. (68).

Esta tesis resulta demasiado ambigua. Habría que distinguir entre el contenido abstracto de cada derecho, y el contenido concreto de los mismos. En relación con el contenido abstracto, existen muchísimos derechos de idéntico contenido que no son necesariamente concurrentes (todos los pertenecientes al mismo tipo o figura jurídica). En concreto, puede ocurrir que esa identidad de contenido se traduzca en una concurrencia o incompatibilidad, pero no será por la identidad de contenido, sino por alguna otra razón.

La identidad de contenido concreto puede ser, todo lo más, una de las causas que provoquen la incompatibilidad entre los derechos, pero no la concurrencia. Con estas aclaraciones, la tesis de estos autores—que hablan de la «concurrencia incompatible»—adquiere cierto vigor, pero aún su explicación resulta incompleta.

3.º) Hay concurrencia de derechos cuando se da una coincidencia en la esencia de los derechos singulares.

Participan de esta opinión ARNDTS-SERAFINI (69), y en parte, con ciertas condiciones, THIBAUT.

Esta tesis resulta aún más imprecisa; mientras el objeto o el contenido de los derechos es algo que la ciencia jurídica ha estudiado y perfilado con una cierta atención, la esencia de los derechos es un concepto todavía muy vago, que en sí dice muy poco porque lo puede decir todo en su ambigüedad. Para nosotros, la esencia de un derecho subjetivo es aquella parte genuina, propia e incommunicada a cualquier otro derecho de su contenido singular.

En muchos derechos—incluso en el mismo derecho de propiedad—cuál sea su esencia es algo todavía sujeto a grandes controversias. ¿Cómo descubrir, pues, por la coincidencia esencial la existencia de la concurrencia?

4.º) Hay concurrencia de derechos cuando tienen por punto común de referencia un mismo bien.

(68) Vid. citas en la pág. 380, de su monografía.

(69) Op. cit., pág. 25.

Es la tesis defendida brillantemente por NATOLI. Argumentando que «el derecho es una relación de tensión entre el sujeto y un bien...» y que la actividad (contenido del derecho subjetivo) se centra necesariamente sobre ese bien, concluye afirmando que «no puede dudarse que solamente puede presentarse la eventualidad de una recíproca interferencia entre la actividad del ejercicio de varios derechos cuando tengan por único punto de referencia un mismo bien (70).

Esta tesis unifica y perfecciona las citadas en primer lugar. Tiene la ventaja sobre la primera de admitir la posibilidad de concurrencia de toda clase de derechos, puestos que todos los derechos—al ser intereses protegidos—, pretenden obtener alguna utilidad de algún bien. Perfecciona la segunda teoría en el sentido de explicar esa posible identidad de contenido en los derechos, al indicar que viene dada por la existencia de un bien común sobre el cual se centra o recae dicho contenido.

Nos parece exacta esta teoría, siempre que se habla de la concurrencia incompatible. Realmente, la referencia a un mismo bien o mejor aún, la limitación de los bienes ante las pretensiones concurrentes, explica perfectamente la razón de la incompatibilidad de los derechos, pero no nos explica la razón de ser de otros casos de concurrencia.

Para nosotros resulta evidente que hay concurrencia—coexistencia, interferencia—de varios derechos subjetivos, siempre que algunos de ellos se pongan en contacto—se acerquen o se crucen, como dice ARNDTS—; y que ese contacto se establece por medio de alguno de los elementos tradicionales del derecho: los sujetos, el objeto o el contenido.

No existen otros puntos de conexión: los derechos sólo pueden tener común a los sujetos, o el objeto o el contenido. De ahí que podamos hablar de tres tipos de concurrencia:

- 1.ª) Concurrencia subjetiva.
- 2.ª) Concurrencia objetiva.
- 3.ª) Concurrencia funcional.

La concurrencia subjetiva puede ser activa o pasiva. La primera se produce cuando dos o más derechos pertenecen al mismo titular. Es indudable que esos derechos concurren por razón del sujeto. Sin embargo, esa concurrencia no tiene importancia ante la teoría de la colisión salvo que pertenezcan a patrimonios distintos de un mismo titular y se dé, al propio tiempo, la concurrencia objetiva incompatible.

La concurrencia subjetiva pasiva se presenta cuando varios derechos tienen el mismo sujeto pasivo. Esta identidad de sujeto pasivo tampoco puede, por sí sola, engendrar ninguna colisión, pues cualquier deudor puede soportar toda clase y número de derechos, con tal que éstos no

(70) Pág. 382.

sean incompatibles por razón del objeto o por razón de la limitación de su patrimonio. Este tipo de concurrencia tampoco nos interesa, por tanto, salvo en estas dos últimas hipótesis.

La concurrencia objetiva tiene mayor importancia. Es aquella que se produce cuando los derechos reales recaen sobre una misma cosa o cuando los derechos personales tienen como referencia próxima o última un mismo bien, sea éste un objeto sometido mediatamente al poder del acreedor—por ejemplo, el derecho arrendaticio—o sea el conjunto de todos los bienes del deudor, es decir, su patrimonio, sobre el cual deben hacerse efectivas las responsabilidades que entraña todo crédito o derecho personal.

Esta concurrencia puede ser, a menudo, incompatible. Pero de este tema se hablará después.

Por último, el contacto por razón del contenido puede denominarse concurrencia funcional. No hay obstáculo ninguno a que los derechos se pongan en conexión en el momento de la actuación de su contenido o ejercicio. De hecho, la incompatibilidad siempre se presenta en el momento del ejercicio de los derechos, pero ello no quiere decir que ese ejercicio sea concurrente, sino que ese ejercicio resulta afectado por la concurrencia objetiva, la única que puede provocar la incompatibilidad.

La concurrencia funcional se da cuando se actúa, en idéntico sentido, el contenido de derechos distintos. Por ejemplo, en los casos de concurso, quiebra, suspensión o liquidación de una herencia. Los derechos distintos concurren por razón del ejercicio e incluso se someten a un mismo procedimiento judicial. Esta concurrencia podrá ser compatible o incompatible; pero la incompatibilidad derivará siempre de la concurrencia objetiva.

D.—Análisis del segundo presupuesto: incompatibilidad de ejercicio

Decíamos antes que este presupuesto se compone de tres premisas: ejercicio normal de los derechos, imposibilidad del cumplimiento total y simultáneo de todos ellos, y ausencia de una cierta prescripción legal.

a) *Ejercicio normal de los derechos*

Para que exista verdadera colisión, el ejercicio de los derechos ha de ser normal, es decir, ha de realizarse dentro de sus límites y sin abuso.

Cualquier lesión de los derechos o intereses ajenos provocada por un ejercicio extralegal o abusivo de los derechos da lugar a la aplicación de las respectivas teorías, y, por tanto, escapa al régimen de la colisión.

A veces será difícil precisar si un determinado conflicto encaja en la teoría del abuso o en el de la colisión de los derechos. Pero este es un mero problema de calificación, por difícil que se presente, sobre el cual haremos en el apartado siguiente las observaciones oportunas.

b) *Imposibilidad del ejercicio total y simultáneo de los derechos concurrentes*

En esta imposibilidad radica la esencia de la colisión. Esta nota es la que se toma por base en todos los ataques a la teoría que estudiamos, por resultar absurdo para muchos el hecho de que, protegido por la ley un determinado interés en la forma de derecho subjetivo, tal protección desaparezca o esté en contradicción con otra protección legal de signo opuesto.

Esta imposibilidad ha de ser del cumplimiento total del derecho. Normalmente—cuando la colisión se resuelve en una «coordinación»—el cumplimiento parcial siempre resultará posible.

Por otra parte, ha de tratarse del cumplimiento simultáneo. Muchas veces la colisión se resuelve, precisamente, transformando la simultaneidad en un aplazamiento del ejercicio de alguno de los derechos.

En las hipótesis de colisión de derechos reales, esta imposibilidad de ejercicio suele referirse, casi siempre, a las facultades de goce, disfrute o disposición. En las de derechos personales, la imposibilidad de ejercicio total y simultáneo suele referirse al cumplimiento del derecho, aunque no hay inconveniente a que también se manifieste en las facultades de conservación o de garantía.

El porqué de esta incompatibilidad se ha tratado de pasada anteriormente, al examinar los motivos y clases de concurrencia. Vimos que la incompatibilidad no podía proceder de la identidad de objeto, ni de contenido, ni de la esencia del derecho, sino de la identidad del bien sometido al poder del titular, en forma mediata o inmediata, es decir, o constituyendo el objeto próximo del derecho —v. g., la cosa, en los derechos reales— o el objeto remoto o substratum, como las cosas en algunos derechos de crédito o bienes de exigente utilización, en algunos derechos extrapatrimoniales, o el patrimonio del deudor, en toda clase de derechos.

Pero falta una nota ulterior: la limitación de los bienes, que hace que solamente puedan satisfacer un número limitado de pretensiones. De ahí que existan numerosos casos de concurrencia objetiva compatible en los derechos reales, y que en los derechos de crédito lo normal es que solamente exista concurrencia subjetiva pasiva, que sólo se transforma en concurrencia objetiva susceptible de colisión cuando el patrimonio del

deudor o el bien concreto sometido mediatamente al poder del acreedor resulte insuficiente para satisfacer todos los créditos, independientemente de que éstos tengan o no naturaleza dineraria, pues los derechos personales incumplidos pueden en cualquier momento transformarse en créditos dinerarios, mediante la ejecución por equivalente del «*id quod interest*».

La referencia a un mismo bien—causa de la concurrencia incompatible—no implica forzosamente que ese bien tenga naturaleza económica ni que las pretensiones sobre el bien sea el objeto del derecho, sino que basta con que su utilización (goce de algunos de sus beneficios, en cuanto es apto para satisfacer alguna necesidad) entre dentro de la esfera de poder del titular del derecho.

Se explica la primera afirmación teniendo en cuenta que las necesidades del hombre no son todas de carácter material. Los bienes satisfacen también necesidades del espíritu: la vida, el honor, la fama, la compañía de los hijos, etc. son bienes de naturaleza extrapatrimonial, protegidos por derechos de esta índole. Y no hay ningún inconveniente en que estos derechos puedan entrar en colisión no solamente entre sí, sino también con los otros tipos de derechos. En contra de las rotundas afirmaciones de NATOLI o de WROBLEUSKI, tenemos que mantener esta opinión. Pero también dejamos su estudio para un momento ulterior.

Ahora nos limitamos a aclarar el sentido de la concurrencia y de la incompatibilidad. Cuando un naufrago quita a otro la tabla salvadora, o cuando un hambriento hurta alimentos para subsistir, decimos que existe colisión entre los derechos a la vida de los respectivos naufragos, o entre el derecho a la vida del famélico y el derecho de propiedad del despojado.

Podría objetarse: en ambos casos no puede existir concurrencia de derechos (ni colisión, por tanto), porque los bienes sometidos a la acción de los distintos derechos son diferentes; en el primer caso, la vida del naufrago A, no es común con la vida del naufrago B, y en el segundo, la vida del hambriento es cosa distinta al pan hurtado. No hay base para la concurrencia de los derechos, si se quiere ser consecuente con la tesis mantenida anteriormente.

Estos argumentos, muy sólidos en apariencia, no resisten un análisis detenido de la cuestión.

En primer lugar, ya hemos dicho que esa referencia a un mismo bien —base de la concurrencia objetiva de los derechos—, no quiere decir que esos bienes constituyan el objeto de los respectivos derechos; es suficiente con que el poder otorgado por el derecho al sujeto pueda extenderse a dichos bienes. Es evidente que el derecho a la vida no tiene sólo como contenido el poder de rechazar las agresiones ajenas, sino que compren-

de también la facultad positiva de apropiarse de las cosas en cada momento necesarias para sostener esa vida. En el ejemplo antes expuesto de los dos naufragos, cada uno lucha por su propia vida, pero en aquel momento concreto existe un solo bien común—la tabla—, que puede salvarla. La común referencia a ese bien es la que origina la colisión entre ambos derechos. En el ejemplo de hurto famélico, ocurre otro tanto: el derecho a la vida del pobre exige la posesión de aquel bien, sometido al derecho de propiedad de otro. La referencia al mismo bien origina la concurrencia, así como la limitación del mismo origina la colisión.

Otro punto a tratar es el del momento en que puede surgir la incompatibilidad entre dos derechos. En la vida de todo derecho existen tres momentos claves: nacimiento, ejercicio y extinción. Lo normal—y admitido por la doctrina—es que la colisión surja en el momento del ejercicio de los derechos. Mas ¿es posible que surja en el momento del nacimiento o en el de la extinción?

En relación con el momento de la extinción, no existe ninguna dificultad, particularmente cuando se trata de derechos de crédito. Lo normal en estos derechos es que se ejerciten con vistas a su cumplimiento, es decir, a su extinción, y que sea entonces cuando surja la colisión.

La primera de las posibilidades ha sido, sin embargo, muy discutida. Se dice que si un derecho todavía no ha nacido, aún no es derecho, y que —por tanto—resulta absurdo hablar de su colisión con un derecho preexistente o con otro derecho en vías de nacimiento. Algunos autores —concretamente ECK (71) y WINDSCHEID-KIPP (72)—opinaron en sentido afirmativo, creyendo que cuando la existencia de un derecho en un sujeto impide el nacimiento del derecho de otro sujeto podía hablarse de conflicto o colisión.

Pero la doctrina más general opina en sentido contrario (79). Particularmente NATOLI objetó diciendo que «el mismo hecho que la existencia de un derecho no consienta la posibilidad de otro derecho igual y análogo, demuestra la imposibilidad del conflicto». Y que «si la situación tutelada no puede ser más que una, los eventuales intereses subjetivos en contradicción con aquélla, no pueden tener relevancia...» (74).

Y la misma solución hay que dar, aunque el derecho por nacer esté ya en proceso de formación de sus presupuestos. Pero en estos casos será a veces muy difícil precisar en qué momento concreto el derecho ha nacido, por haber completado en forma sucesiva los presupuestos de su existencia. Igualmente habrá que tener en cuenta la protección especial

(71) ECK: Comentario en el «Iherings Jahrbücher», año 1896. XXXV, págs. 309 y ss.

(72) Op. cit., pág. 603, nota 4.

(73) Vid. ARNDTS-SERAFINI, op. cit., pág. 178, nota 3.

(74) Pág. 378.

que las leyes suelen conceder—en forma de derechos eventuales o situaciones interinas—a estas situaciones jurídicas en vías de desenvolvimiento.

La norma general, sin embargo, parece clara, y ya fué expuesta al hablar del primer presupuesto de la colisión; para que éste exista han de colidir dos o más derechos perfectos e inimpugnados.

c) *Ausencia de solución legal.*

Es el tercero—y ciertamente muy importante—de los requisitos que se engloban en el segundo presupuesto fundamental de la colisión de derechos, la incompatibilidad en el ejercicio de éstos.

Resulta evidente que si existe una norma que previamente pone límites al ejercicio del derecho, no pueda hablarse de ninguna colisión, no puede hablarse de ningún ejercicio cuyo desarrollo se vea obstaculizado por otro derecho, sino de un ejercicio plenamente normal, puesto que el derecho nació con esta limitación, en beneficio quizá de otros derechos o intereses.

El problema surge, sin embargo, cuando se trata de calificar las distintas clases—con diferente grado de eficacia normativa—de prescripciones legales ante la previsión de una colisión y su influencia sobre ésta.

NATOLI, resumiendo el estado de la doctrina, habla de tres clases de previsión legal (75).

1.^a) Cuando la ley prevé el conflicto, poniendo límites al ejercicio de cada derecho.

2.^a) Cuando la ley—suponiendo en abstracto que sería imposible satisfacer simultáneamente todos los derechos—establece entre ellos un orden de preferencias.

3.^a) Cuando falta inicialmente una regla de coordinación o de subordinación.

Está claro e indiscutido que el primer caso elimina la posibilidad de colisión. Resulta también admitido universalmente que el tercero es el supuesto típico de esta institución. Pero el segundo de los supuestos ha dividido—desde muy antiguo—a la doctrina en dos grandes grupos: los partidarios de la tesis restrictiva, que también eliminan la posibilidad de colisión en estos supuestos; y los seguidores de la tesis amplia, que los incluyen como casos de colisión resueltos por la ley positiva.

Participan de esta opinión, entre otros THIBAUT, WAECHTER, HOLZSCHUHER, CROME, GIANTURCO, TEDESCHI, MESSINEO, BARASSI, etc. Siguen la tesis restrictiva THUR, ARNDTS, SERAFINI, CHIRONI, ABELLO, COVIELLO, STOLFI y el mismo NATOLI (76).

(75) Op. cit., pág. 372.

(76) Op. cit., pág. 373.

Argumenta este último autor que, sobre la base de que «la esencia de la colisión se funda en la abstracta posibilidad igual de actuación de todos los derechos, a la que no corresponde una análoga posibilidad de hecho, de modo que la actuación de uno o de alguno tiene por contrapartida el sacrificio total o parcial del o de los otros» (77), cuando hay una norma que resuelve la colisión preventivamente, falta ya esa posibilidad abstracta del igual ejercicio de todos los derechos, por lo que no puede hablarse de colisión, sino, en todo caso, de subordinación o de coordinación de derechos.

Distingue también NATOLI entre la intervención preventiva de la norma legal—que elimina la colisión—y la intervención sucesiva, que no la elimina (pág. 373). También habla de la intervención subsidiaria (pág. 375), que tampoco elimina la colisión, porque «en estos y otros casos (78), la norma interviene no para prevenir, sino para resolver el conflicto, y que ésta existe por eso, jurídicamente, en cuanto existen varios derechos que pueden desenvolverse todos en el mismo sentido y darse, por tanto, lugar a actividades interferentes o incompatibles» (pág. 376).

No están claras estas distinciones. Particularmente, no vemos ninguna diferencia entre la norma que previene la colisión, de la norma que la resuelve, pues resulta indudable que la norma que resuelve ha de ser también, forzosamente, preventiva, salvo que quiera forzarse el sentido de las palabras. Tampoco vemos clara esa categoría de norma que interviene sucesivamente.

Para nosotros la colisión existe aunque la norma resuelva el conflicto. Creemos que no puede existir intervención sucesiva de la norma en oposición a la intervención originaria, pues la norma siempre intervendrá después del planteamiento del caso, pero ha de existir antes del mismo.

Lo que sí ocurre es que existe una doble forma de solución legal de la colisión:

1.ª La solución específica, que para cada caso concreto el ordenamiento ha previsto, y a la cual se acomoda el régimen de la colisión. Son los casos, por ejemplo, en el Código civil español, de los artículos 612 (79), 1.522 y 1.524 (80), 1.922, 1923, etc.

2.ª La solución no prevista específicamente en la ley, pero que se puede obtener de la costumbre o de los principios generales del Derecho, de acuerdo con el artículo 6 de nuestro Código civil.

Puede decirse que los casos de previsión específica tienen, desde el

(77) Págs. 373-374.

(78) Tienen interés los ejemplos que expone.

(79) Que resuelve la colisión de derechos planteada entre los derechos pertenecientes, respectivamente, al propietario del enjambre de abejas y al de la finca invadida.

(80) Que resuelven algunos casos de colisión entre retrayentes.

punto de vista práctico, menor gravedad; y desde el punto de vista teórico, menor interés, puesto que el intérprete ha de limitarse a aplicar la norma. Pero ni puede decirse que no son casos de colisión, ni que no tienen interés para esta teoría.

Lo primero, porque este sacrificio—subordinación o disminución coordinada de los derechos—no puede interpretarse como un límite del derecho. El derecho se conserva potencialmente pleno, pero sacrificado en el caso práctico-concreto por la presencia del otro derecho con el cual colide. La razón de su sacrificio no ha de buscarse en su propio contenido y esencia—como sucedería de tratarse de un límite intrínseco—sino en la existencia del otro derecho concurrente. El propietario de un enjambre de abejas, en el caso del artículo 612, tiene todas las facultades inherentes al derecho de propiedad (uso, disfrute, disposición, reivindicación, etc.), y el propietario de la finca invadida tiene y conserva esas mismas facultades. Lo que ocurre es que, al entrar en colisión las facultades de persecución física del enjambre del propietario de éste con las facultades de exclusión del dueño del fundo, la ley prevé el conflicto y coordina ambas facultades, en la forma de una mutua restricción de sus respectivos derechos: al primero le limita su derecho de persecución física a un plazo de dos días consecutivos; al segundo, le sacrifica, por ese mismo plazo, su derecho de exclusión.

Lo segundo, porque estos casos tienen una gran importancia teórica: en primer lugar, porque son base para extraer de ellos los principios generales de derecho, aptos para resolver los casos de colisión no previstos; en segundo lugar, para realizar sobre sus soluciones una crítica que permita mejorarlas y encuadrarlas dentro del sistema general de la teoría de la colisión.

Precisamente, la teoría de la colisión nació y fué primariamente elaborada por los pandectistas sobre la base de los textos romanos que resolvían casos concretos de colisión.

E. *Examen de algunos pretendidos presupuestos de colisión*

a) *La necesidad de que los derechos concurrentes sean de naturaleza real*

Este presupuesto excluye del campo de la colisión a un número extraordinario de derechos. Son pocos los autores que lo mantienen tan categóricamente como se expone en el enunciado, pues aunque se trata de una opinión muy generalizada, se disfraza con abundantes temperamentos y matices.

WROBLEUSKI es uno de los más radicales. Para él, la colisión entre los derechos de obligación no puede plantearse por faltar una base de coincidencia entre los derechos, pues ésta no puede ser la voluntad de la persona obligada (81), tesis que también esboza KELLER y que han seguido otros muchos autores.

La crítica a esta teoría quedó hecha anteriormente al demostrar que la concurrencia o contacto entre los derechos se produce no por razón de su sujeto, sino por razón de algún bien que originaría o eventualmente puede quedar sujeto al mismo tiempo al poder de los titulares de derechos distintos. Naturalmente, que en los derechos reales esa concurrencia se produce con mayor facilidad. Pero ya explicamos, como esa concurrencia era también posible en los derechos de crédito, e incluso en los derechos de la personalidad, familiares, etc.

Ya TUHR (82), se declaró contra esta teoría, que limitaba tan extraordinariamente el campo de aplicación de la colisión de derechos. La mayor parte de la doctrina se ha ido inclinando en el mismo sentido. VAREILLES-SOMMIERS dedica un artículo a la colisión de derechos de crédito (83), y BOULANGER también lo admite sin ningún género de reservas (84).

En los tratados generales, MESSINEO (85), ROTONDI (86), MELUCCI (87), etc. hablan también de colisión y reglas de preferencia entre derechos de crédito.

NATOLI defiende también esta posibilidad, consecuente con su teoría de que la concurrencia de derechos se produce por su referencia a un mismo bien (88), pero excesivamente ceñido a su punto de partida niega que el patrimonio del deudor sea suficiente referencia objetiva de contacto, porque el patrimonio no es un bien en sí, sino un complejo variable de bienes, que por su vaguedad es insuficiente para justificar la coexistencia (págs. 388-389).

Limita, por tanto, la coexistencia o concurrencia de derechos de crédito a aquellos casos en que «los derechos de los acreedores se refieren todos a un bien individualizado y particular, que representan el objeto inmediato de la prestación a la cual está obligado el deudor (págs. 389-390).

Intransigente en esta postura, declara inexacta la afirmación de von TUHR, seguido implícitamente por MESSINEO, MELUCCI, etc., de que la

(81) Op. cit., pág. 100.

(82) TUHR: «Notstand im Zivilrecht», 1888, págs. 15 al 21.

(83) VAREILLES-SOMMIERS: «Du conflit de créances, et du droit de preference entre créanciers», Rev. Crit. Leg. et Jurp., 1905, pág. 529; y 1906, pág. 474.

(84) BOULANGER, Jean: Op. et loc. cit., pág. 545.

(85) Op. cit., pág. 93.

(86) Op. cit., pág. 94.

(87) Op. cit., pág. 635.

(88) Vid. págs. 384 y 388.

«coexistencia y el conflicto entre los acreedores surge siempre en caso de ejecución forzosa».

Nosotros opinamos, con él, que ni la identidad de sujeto pasivo, ni la simple referencia a un mismo patrimonio responsable es suficiente base de contacto capaz de provocar la concurrencia en algún bien concreto.

Pero, con los otros autores citados, creemos que tal referencia existe y provoca entre los derechos concurrentes verdadera incompatibilidad, cuando se llega al momento de la ejecución forzosa y por equivalente de los distintos créditos, pues entonces la referencia al patrimonio de cada uno de los créditos no es sólo genérica, sino específica en todos y en cada uno de los bienes concretos del patrimonio del deudor.

Los casos de insolvencia son casos de colisión entre los diferentes derechos que recaen sobre el patrimonio responsable. Es cierto que la colisión procede de la insuficiencia del patrimonio, pero también es indudable que el sacrificio de algunos o de todos los derechos concurrentes se origina por la presencia de los restantes derechos. Cada derecho entra en colisión con todos los demás. Es la presencia de varios derechos lo que origina la insuficiencia del patrimonio.

Las normas que regulan la concurrencia y la prelación de créditos en el concurso y la quiebra son normas de colisión de derechos y así se considera—siguiendo el parecer de von TUHR—por una gran parte de la doctrina.

Con relación a los derechos de la personalidad, admitir la colisión entre ellos es algo que aún resulta más difícil. NATOLI opina en sentido negativo (pág. 394), argumentando que no es posible la coexistencia de derechos de esta naturaleza pertenecientes a sujetos distintos, pues—dice—«si tales derechos tienen por objeto la misma personalidad del titular o determinados atributos o cualidades de la misma, no puede admitirse que tal bien constituya al mismo tiempo el punto de referencia de un derecho de otro sujeto, cualquiera que sea la naturaleza de tal derecho» (pág. 394).

Con base en estos razonamientos, combate también la tesis—sostenida entre otros autores por MESSINEO, con apoyo en el artículo 2.045 del código civil italiano—de que el estado de necesidad puede constituir un caso de colisión de derechos de esta naturaleza.

Anteriormente tuvimos ocasión de hablar del modo de concurrencia de estos derechos, cuyo contacto o interferencia no puede realizarse—tiene razón NATOLI—en el bien directamente protegido por los derechos de la personalidad, pero apuntamos la posibilidad de que tal concurrencia se realizase en otros bienes de carácter material eventualmente sometidos al poder o a la acción del titular del derecho de la personalidad, razona-

miento que soslaya el obstáculo expuesto y que hace perfectamente posible la colisión de estos derechos, preferentemente cuando se llega a los casos extremos del estado de necesidad.

Con relación a los restantes tipos de derechos valen los razonamientos expuestos. Habrá concurrencia y podrá haber colisión cuando exista un mismo bien sometido a la acción de los derechos antagónicos.

b) *La necesidad de que los derechos concurrentes sean de la misma naturaleza. (Pertenezcan al mismo tipo fundamental)*

NATOLI exige este presupuesto como requisito también indispensable para la colisión de derechos, por estimar—a esta idea se reducen todos sus argumentos—que cuando se ponen en contacto derechos pertenecientes a distintos tipos fundamentales (derechos reales y de crédito, reales y potestativos, etc.) no existen coincidencia entre los derechos, ni tampoco propia colisión, por la existencia de una norma preventiva general que da prevalencia al derecho real, o de normas preventivas de carácter singular, cuando el caso representa una excepción (v. g. conflicto en caso de venta de la cosa arrendada) (págs. 392-395).

Indica este autor que su tesis resulta más completa que las de CHIROPPI y ABELLO—que exigen para la colisión una rigurosa igualdad de la existencia y del contenido de los derechos coexistentes—o que la de CROME, que solamente exige una identidad de contenido parcial. Sigue diciendo que sería preciso distinguir entre el contenido típico de un derecho—como categoría—y el contenido concreto de cada derecho; que por razón de aquél, y entendiendo por contenido de un derecho el comportamiento permitido a un sujeto por la norma, se pueden distinguir tres casos típicos de comportamiento, que entrañan categorías de derechos diferentes:

- 1.ª) derechos que tienen por contenido la posibilidad del goce de un bien (derecho real),
- 2.ª) derechos que tienen por contenido recabar la colaboración (prestación) de otro sujeto (derecho de crédito), y
- 3.ª) derechos que tienen por contenido provocar un cambio en la realidad jurídica que afecta a la propia esfera jurídica de un sujeto o a la ajena (derechos potestativos).

Viene así a demostrar que aquella identidad de contenido se traduce en una identidad de naturaleza, sin perjuicio de exigir después que el contenido concreto de cada derecho sea incompatible con el del otro derecho, siempre dentro del mismo tipo fundamental.

Sus argumentos son muy brillantes, pero descansan sobre un punto

de partida anteriormente refutado, es decir, sobre la inexistencia de colisión cuando hay normas legales preventivas del conflicto. El hecho de que los derechos reales tengan mayor fortaleza que los de crédito—regla general incuestionable, aunque con excepciones—no excluye de por sí la colisión entre unos y otros. Como ya demostramos, en nuestra opinión, la colisión existe.

NATOLI cita a UNGER para confirmar su teoría, aunque reconoce que ya KRAINZ había opinado en sentido contrario. Y en este mismo sentido, confirmando nuestro parecer, podemos citar nosotros a MESSINEO (89), BOULANGER (90), etc.

3.—Naturaleza de la colisión de derechos

A.—Naturaleza independiente y compleja

La colisión de derechos es una institución con propia substantividad, y resulta improcedente tratar de subsumir su naturaleza en otras figuras jurídicas más antiguas y conocidas.

Además de una figura independiente es una figura compleja, es decir, que participa de la naturaleza de otras instituciones jurídicas, en las cuales tradicionalmente ha venido siendo estudiada a efectos sistemáticos. La colisión de derechos, es, al mismo tiempo, un límite externo del ejercicio de los derechos subjetivos, una causa de modificación o suspensión de dicho ejercicio y puede ser, en muchos casos, una causa de modificación objetiva de los derechos y una causa de extinción.

B.—La colisión, límite externo del ejercicio de los derechos

Es una tesis aceptada con mucha generalidad y admitida de modo particular por los tratadistas españoles. CASTÁN (91) no vacila en asignarle esta naturaleza y lo mismo hace, muy recientemente, ESPÍN (92).

A pesar de la generalidad de esta tesis, no nos parece totalmente exacta. La palabra límite externo, en oposición a los límites internos de los derechos subjetivos, empleada para indicar aquellas causas que impiden un ejercicio del derecho subjetivo de naturaleza exterior a los propios derechos y de aparición esporádica e imprevista, nos parece impropia. En realidad, creemos que no puede hablarse de «límite externo», o me-

(89) Op. cit., pág. 155.

(90) Op. cit., pág. 550.

(91) «Derecho Civil», 7.^a ed., pág. 314, vol. I.

(92) ESPÍN CÁNOVAS: «Manual de Derecho Civil», vol. I, Madrid, 1951, pág. 267.



por dicho, que no existen tales límites en oposición a los internos; que, en definitiva, los límites sólo son de una clase, y precisamente los que la doctrina califica de internos.

La palabra límite, aplicada al ejercicio de un derecho, quiere indicar que el derecho puede actuarse precisamente dentro de la extensión que le asigna su propia naturaleza u otras circunstancias, siempre intrínsecas, de tal modo que siempre se conoce de forma previa y constante, mayor o menor para cada derecho, en qué extensión y medida puede actuarse su contenido. Es decir, la ley concede el poder al sujeto y le indica los límites de ese poder.

Cuando algo externo al derecho impide de forma inopinada su ejercicio, surge lo que debe llamarse un obstáculo al ejercicio de tal derecho. La diferencia entre límite y obstáculo estriba en que aquél es algo interno al derecho, constante y previsto, mientras el obstáculo es algo externo, pasajero e imprevisto. Un derecho jamás puede ejercitarse fuera de sus límites; en cambio, sí puede ejercitarse cuando desaparezca el obstáculo. Si en la colisión de derechos desaparece por cualquier causa el derecho concurrente incompatible—aunque éste, en la colisión, tuviera mayor fuerza—aquél puede inmediatamente ser actuado en toda la extensión de su contenido. Esta posibilidad es algo incompatible con la idea propia de límite.

Obstáculos al ejercicio de los derechos subjetivos hay muchísimos. Unas veces son de índole subjetiva (v. g. la declaración de incapacidad, la ausencia, la menor edad, etc.); otras, de índole objetiva (la quiescencia, la colisión), y otras, finalmente, de índole formal (la ausencia de documentación o documentación insuficiente, los requisitos procesales, etc.). En todos ellos, para que el derecho pueda ejercitarse, el obstáculo debe ser superado, con ayuda de los medios que cada institución específica consagra.

Entre estos obstáculos, la colisión tiene una naturaleza muy peculiar por ser también una causa modificativa o extintiva de los derechos.

En conclusión: si se mantiene la categoría de los límites externos en el ejercicio de los derechos, la colisión es un límite externo. Pero nos parece más correcta la tesis antes apuntada.

C.—*La colisión, causa de modificación objetiva de los derechos*

En relación con su contenido, los derechos pueden modificarse cuantitativa y cualitativamente.

«Las modificaciones cuantitativas son aquéllas—dice CASTÁN (93)—

(93) CASTÁN, op. cit., 7.ª ed., pág. 321.

en que el objeto o elemento real del derecho se incrementa (por ejemplo, en los casos de accesión o en los de créditos a los que se incorporan los intereses), o, por el contrario, disminuye (por ejemplo, el crédito en los casos de concurso o quiebra)».

«Las modificaciones cualitativas—sigue diciendo—son aquellas en que el derecho se transforma experimentando un cambio en su naturaleza, en su objeto o en su eficacia».

Las causas que pueden provocar estas transformaciones son tantas y tan dispares, que ningún autor se detiene a enumerarlas o clasificarlas. Pero si tal enumeración se hiciera, no podría faltar en la lista la colisión de derechos, como una de las más típicas e importantes.

Efectivamente, una de las consecuencias de la colisión más corrientes es la reducción objetiva de alguno o de todos los derechos en contacto, con objeto de hacerlos mutuamente compatibles. Tal ocurre cuando en el art. 1.929-2.º del Código civil se ordena satisfacer a prorrata los créditos no privilegiados que tengan fecha común, o cuando en el artículo 820-2.º se dispone también reducir a prorrata, sin distinción alguna, las donaciones inoficiosas.

También la colisión es causa frecuente de modificaciones cualitativas. Sucede así cuando la colisión se resuelve en el llamado sacrificio temporal de uno de los derechos concurrentes (por ejemplo, la suspensión, durante dos días consecutivos, de la acción de exclusión del propietario del fundo invadido por las abejas, en el artículo 612 del Código civil), o cuando se resuelve en su transformación (por ejemplo, cuando se transforma en el derecho a la indemnización de daños y perjuicios el derecho de un acreedor a obtener una prestación de un deudor, que a su vez se ha obligado a lo mismo—en forma incompatible—con otro acreedor.

D) *La colisión, causa de extinción de los derechos*

En otros casos, la colisión es tan grave que no hay forma de coordinar los derechos incompatibles. Sólo queda el remedio de declarar la extinción de algunos de ellos. Tal sucede cuando en el artículo 1.473 se declara inexistente el derecho de propiedad del primer comprador que no ha inscrito su derecho, frente al derecho del comprador posterior que inscribe.

Otros ejemplos son la extinción del derecho no preferente cuando la satisfacción del derecho preferente ha agotado el patrimonio del deudor en concurso (artículo 1.929 Código civil) o la pérdida de lo edificado con mala fe en suelo ajeno (art. 362 del Código civil).

E) *¿Es la colisión una relación jurídica?*

La pregunta nos deja al principio un poco perplejos. Es difícil de resolver sin unas previas consideraciones.

Doctrinalmente, ningún autor se plantea el problema en toda su magnitud. Von TUHR (94) parece inclinarse a la tesis afirmativa. Pero lo hace muy de pasada y casi incidentalmente, al hablar de «una relación recíproca de los diversos titulares de los «iura in re aliena»... «y de la existencia de una relación jurídica entre los acreedores que adquieren derechos sobre el mismo objeto, por embargar la misma cosa o por consecuencia de la declaración de quiebra del deudor».

WROBLEUSKI dedica el cap. I, parágrafo 1, de su obra a la «colisión, relación de derechos subjetivos privados» (95), pero su contenido no ilumina ni resuelve el problema planteado.

Resulta indudable que la colisión es una relación de derechos subjetivos, desde el momento en que se requiere el contacto de dos o más derechos, cuyo ejercicio resulta incompatible. Pero la cuestión es esta otra: esa relación entre los derechos ¿se traduce en una relación jurídica entre los titulares de los respectivos derechos?

Hay razones en favor de la tesis afirmativa y razones en contra. Desde el punto de vista puramente lógico y formal, parece que tal naturaleza no puede negarse. Si relación jurídica es toda relación de vida regida por una norma, es indudable que la colisión entre los derechos origina una relación entre sus titulares, regida por las normas que van a resolver dicha colisión.

Entendida la relación jurídica como «la situación jurídica en que se encuentran las personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico» (96), se advierte—en el caso que indagamos—la ausencia de los requisitos típicos y fundamentales de la relación: la organización unitaria y el principio jurídico informante.

Quizá una solución fuera considerar a la colisión de derechos como una relación jurídica de tipo accesorio, de contenido primordialmente formal, provocada entre los titulares de derechos subjetivos incompatibles por cada caso concreto de colisión. Aquel contenido consistiría en la modificación de los poderes otorgados por la norma a los titulares de los

(94) VON TUHR: «Derecho Civil», trad. mejicana, Buenos Aires, 1946, I-1.º, pág. 156.

(95) «Die Collision, ein Verhältniss subjectiver Privatrechte».

(96) CASTRO, op. cit., I, pág. 556, 2.ª ed.

derechos en colisión, y subjetivamente se traduciría en el poder de obtener esa modificación (97).

F) *La colisión, hecho jurídico*

Desde el momento en que la colisión es un acontecimiento que provoca consecuencias jurídicas, no se le puede negar naturaleza de hecho jurídico. Hecho y no acto, pues como se ha observado la colisión surge normalmente en forma involuntaria, provocada por alguna de las causas que se estudiarán.

Su naturaleza de hecho jurídico no tiene mayor importancia dada la generalidad de esta figura. No es un obstáculo, tampoco, para su consideración como relación jurídica de tipo especial, pues como ocurre con numerosas instituciones—compraventa, arrendamiento, etc.—tiene el mismo nombre el acto creador de la situación jurídica (negocio de compraventa, por ejemplo), que la situación jurídica creada (la relación jurídica de compraventa).

4.—La colisión de derechos y su relación con figuras jurídicas afines

A) *Colisión y concurrencia de derechos*

Anteriormente (98) hemos hablado ampliamente de la concurrencia de derechos. La colisión no es más que una subespecie de la concurrencia, aquella que—por diversas razones—se caracteriza por el ejercicio incompatible de los derechos en presencia.

Vimos también un ensayo de clasificación de las distintas especies de concurrencia (concurrencia objetiva, subjetiva y funcional) e igualmente las razones en virtud de las cuales solamente la concurrencia objetiva podía transformarse en colisión de derechos, como asimismo las tesis sostenidas en torno a las causas de tal transformación. Nos remitimos a dicho lugar.

B) *Colisión y abuso de derechos*

Ambas instituciones surgen con ocasión del ejercicio de los derechos, representando una alteración en el desarrollo de dicho ejercicio.

Pero la diferencia una nota radical: el abuso de los derechos supone

(97) FERRICO DE CASTRO llega a conclusiones similares, al apuntar el problema. Creo que no es una propia relación jurídica, pero que se le podría quizá aplicar el término de «relación jurídica incidental», en la que falta la organización unitaria. (Op. cit., I, pág. 557, nota 8).

(98) Vid. cap. II, 3-C.

un ejercicio anormal y egoísta de los mismos, opuesto al respectivo espíritu de cada uno, cual indica JOSSERAND (99), o a su finalidad social, en expresión más reciente, base de la teoría objetiva, que en España recoge, con el sentir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, MARTÍNEZ USEROS (100), mientras que en la colisión el ejercicio que se intenta se acomoda perfectamente a los límites, al contenido y al espíritu de cada derecho, y únicamente no puede realizarse por la imposibilidad de ejercicio simultáneo.

La diferencia es clara. Anteriormente tuvimos ocasión de observar, sin embargo, la especial posición de DESSERTAUX, que ahora desarrollamos más extensamente.

Estableció este autor, movido por la intención de combatir o evitar la tesis de PLANIOL de que la expresión «abuso de derecho» era una logomaquia, porque «de droit cesse où l'abus commence», que el abuso de derecho consistía en violar otro derecho igualmente respetable, y de ahí que en buena terminología al abuso de derecho debiera llamarse «conflicto de derechos».

Decía, para apoyar su tesis, que en el ejercicio de los derechos podían darse las siguientes modalidades:

- 1.º) acto lícito, que resulta del ejercicio de un derecho, y que no daña a ningún derecho,
- 2.º) acto ilícito, que no tiene por base ningún derecho, y que daña a un derecho, y
- 3.º) acto abusivo, que resulta del ejercicio de un derecho que lesiona otro derecho, comprendiendo en este tercer supuesto el conflicto o abuso de derecho.

Este tercer apartado no es correcto y origina la confusión de este autor. Examinado con atención debe observarse que encierra dos subcasos bien distintos, a saber:

a') el acto abusivo, mediante el cual se actúa anormalmente un derecho, del que resulta lesión intencionada (criterio subjetivo) o no intencionada (criterio objetivo) de otro derecho, y que constituye específicamente el abuso del derecho, y

b') el supuesto de colisión, en el cual no puede ejercitarse ninguno de los derechos concurrentes normalmente—con arreglo a su finalidad o espíritu—por razón de incompatibilidad.

La colisión se diferencia así, perfectamente, del abuso del derecho, atendiendo al ejercicio normal o anormal de éstos. Aparte, el abuso pue-

(99) JOSSERAND: «De l'esprit des droits et de leurs relativités», París, 1939.

(100) MARTÍNEZ USEROS: «La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico-administrativo», Madrid, 1947.

de presentarse en todos los casos de ejercicio de los derechos, mientras que la colisión únicamente surge en las hipótesis de concurrencia.

DA CUNHA tampoco distingue con claridad las dos figuras que nos ocupan cuando dice que «la teoría del abuso del derecho no es más que un aspecto o una fase de esta más amplia de la colisión» (101).

No tiene razón. Ambas figuras jurídicas surgen con ocasión del ejercicio de los derechos; pero el abuso no representa en modo alguno un aspecto de la colisión, pues tienen naturaleza, presupuestos y fundamentos muy diferentes.

C) *Colisión de derechos y colisión de intereses*

Los intereses que una persona puede tener en la vida son ilimitados e inclasificables; por ello el campo del simple interés suele ser extrajurídico.

Decimos «suele ser» porque en algunas ocasiones sin necesidad de proteger directamente el interés, elevándolo a la categoría de derecho, el Derecho los tiene en cuenta y dicta medidas indirectas que tienden a su protección. Tal sucede, por ejemplo, con las medidas de garantía exigidas por la legislación para permitir el autocontrato, o esas disposiciones que exigen el nombramiento de un defensor judicial al hijo no emancipado, o un protutor al pupilo, cuando tienen el menor o el pupilo intereses contrapuestos a los del padre o tutor, respectivamente.

Como fórmula general común a todas estas medidas, suele exponerse la razón contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de diciembre de 1922, según la cual no se permiten actos «que puedan envolver una posible contradicción de intereses o un peligro inmediato o remoto de los derechos de otro» (considerando 5.º).

Sin embargo, a pesar de estas medidas de protección que tienen por base fundamental el principio de seguridad, un interés jamás puede actuarse contra un derecho, ni a su vez, el ejercicio de un derecho, dentro de sus límites, puede verse coartado por la existencia de simples intereses.

Entre derecho e interés, por tanto, no se dá problema. Entre los intereses es posible que pueda surgir colisión, pero sus efectos quedan al margen de lo jurídico. De hecho, el hombre vive en continua pugna de intereses contrapuestos a los de sus semejantes, y precisamente la misión más difícil del jurista es la de determinar cuando esa pugna llega a tener tal trascendencia social que merezca regularse por el legislador, poniendo ya como árbitro de las mismas al poder judicial.

(101) DA CUNHA: «Tratado...», cit. vol. I, pág. 451.

D) *Colisión de derechos, colisión de normas y Derecho de colisión*

La relación posible entre estas figuras jurídicas radica en que si los derechos subjetivos proceden inmediatamente de normas que los reconocen, cualquier colisión entre éstas puede traer consigo colisión de derechos.

La afirmación es exacta. Lo que ocurre es que apenas tiene trascendencia en el estudio que nos ocupa, como no sea el de la mención de su existencia y su correspondiente inclusión entre las causas que originan la colisión (102), y ello porque el problema de la colisión de derechos subjetivos, así planteado, no tiene propia substantividad y le son aplicables las reglas de solución de la colisión de normas positivas. La colisión se resuelve en una colisión de tipo más grave, y le sigue en su desarrollo y efectos.

La colisión de normas, si surge por proceder éstas de ordenamientos jurídicos distintos en el espacio, dá lugar al llamado derecho internacional privado, interregional o interlocal. Si se produce a consecuencia de la sucesión en el tiempo, dá lugar a los problemas del derecho intertemporal o transitorio. Si se produce dentro de un mismo ordenamiento jurídico, dá lugar a las antinomias.

En las dos hipótesis primeras, la colisión de derechos subjetivos que pueda plantearse por incompatibilidad de dichas normas encuentra su solución en el llamado por GOLDSCHMIDT «Derecho de colisión».

Bajo dicha denominación engloba este autor, desde su concepción normológica del Derecho, «el conjunto de normas que indican cuál de varios ordenamientos jurídicos, posiblemente aplicable al caso, ha de aplicarse, sea que se trate de ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes (Derecho de colisión atemporal), sea que se trate de ordenamientos jurídicos sucesivamente vigentes (Derecho de colisión intertemporal) (103). Reúne, por tanto, el Derecho internacional privado y el Derecho transitorio en un estudio único, postura que ya tuvo su precedente en SAVIGNY.

CASTRO (104) impugna este sistema, por entender que «el concepto carece de interés teórico o práctico, pues, conforme a él, no sólo cada grupo o grupito de normas, sino cada regla tendrá su justificación para for-

(102) Vid. infra. cap. IV.

(103) GOLDSCHMIDT, Werner: «Sistema formal del Derecho de colisión en el espacio y en el tiempo», Rev. Crit. Deho. Inm., 1944 y 1945, págs. 705 y 42, respectivamente.

(104) CASTRO: Op. cit., pág. 682.

mar parte de ese Derecho de colisión, en cuanto delimitadores de su peculiar supuesto de hecho».

Los casos de antinomia tienen su forma especial de solución en la vigencia y derogación de las normas y en su interpretación.

CAPÍTULO III

CLASES DE COLISIÓN

I.—Clasificaciones tradicionales

A) *Dificultades de una exposición completa*

La doctrina no se ha preocupado de establecer con rigor la clasificación de los distintos casos de colisión. Y es ello porque no admitiéndose por buena parte de la misma la colisión entre derechos de naturaleza no real o entre derechos de distinta naturaleza, quedaba sin sentido la clasificación de mayor trascendencia, la que tiene su base en la naturaleza de los derechos. É igualmente ocurre con la clasificación fundada en la previsión legal de la colisión.

Adoptada en el capítulo anterior una postura de amplia comprensión, proponemos nuestra clasificación, luego de examinar las obras de algunos de los más caracterizados tratadistas de la colisión.

B) *Las clases de colisión en WROBLEUSKI*

WROBLEUSKI, en su monografía, después de dedicar una primera parte a la exposición de problemas generales, estudia en la segunda la colisión entre derechos reales, dedicando a este estudio los siguientes capítulos especiales:

a) La colisión entre derechos con diferente tiempo de nacimiento (prg. 8, pág. 122).

b) La colisión entre derechos de nacimiento simultáneo (pr. 9, pág. 140).

- c) La copropiedad (prg. 10, pág. 150).
- d) Colisión de iguales derechos de servidumbre (prg. 1, pág. 207).
- e) Colisión de iguales derechos de prenda (prg. 12, pág. 227).

No se advierte en esta exposición ningún criterio de clasificación, salvo el del momento del nacimiento de los derechos en los dos primeros apartados. En definitiva, no nos ilustra gran cosa sobre este punto.

C) *Las clases de colisión en MACKELDEY*

Este autor agrupa los diferentes casos con objeto de exponer los distintos criterios de solución que imperaban en el Derecho Romano. De esta forma, realiza una doble distinción, fundada la una en la naturaleza de los derechos, y la otra, en la naturaleza o forma de la colisión.

Habla así de:

a) En atención a la naturaleza de los derechos, de colisión entre derechos *especiales* (protegidos por los privilegios), y derechos *generales* o *comunes* (pág. 119).

b) En atención a la naturaleza o forma de la colisión, de colisión *directa* y colisión *indirecta*.

Dice que los derechos están *directamente* en colisión cuando «los que los invocan pueden ejercerlos el uno contra el otro». Afirma que la colisión es *indirecta* cuando los derechos en colisión «tienen relación con un tercer objeto» (pág. 119).

Ninguna de estas clases tienen importancia en la actualidad. La segunda clasificación, en particular, es muy oscura, y sólo podría tener algún sentido, según las respectivas definiciones, refiriendo la colisión directa a la colisión de derechos de crédito, y la indirecta, a la colisión de derechos reales.

D) *Las clases de colisión en BARASSI*

También indirectamente, y sólo con base para exponer los sistemas de solución de la colisión, distingue BARASSI los siguientes grupos (105):

- a) colisión entre derechos reales que limitan la propiedad y el derecho de propiedad,
- b) colisión entre derechos reales limitativos del dominio,
- c) colisión entre derechos de crédito, por razón de la insolvencia del deudor común.

Tiene interés el primer grupo—que en realidad sólo entraña una colisión aparente—y el tercero, por consagrar de forma tan rotunda la po-

(105) BARASSI: Obras citadas, págs. 137-138 y 157-158.



sibilidad de colisión entre derechos de crédito y precisamente por razón de la insolvencia del deudor común.

E) *Las clases de colisión en otros autores*

Para terminar con esta exposición de antecedentes, citemos la clasificación adoptada por BOULANGER (106) y la seguida en España por PUIG BRUTAU (107).

El ilustre profesor francés comienza por adoptar una clasificación base, fundada en el hecho de la publicidad: distingue entre la colisión de derechos sometidos a publicidad, y la de derechos exentos de ella, reduciendo su estudio al análisis de este segundo grupo de derechos en colisión.

Posteriormente, distingue las siguientes subclases:

a) Colisión entre derechos personales que tienen otro objeto que el pago de una suma de dinero (de obligaciones no dinerarias).

En este grupo, distingue a su vez:

a') Colisión de obligaciones que tienen por objeto un hecho o una abstención concerniente exclusivamente a la actividad del deudor.

b') Colisión entre derechos personales con reflejo patrimonial.

b) Colisión entre derechos reales que recaen sobre ciertos muebles incorporales (fundos de comercio, derechos de propiedad artística, etc.) y

c) Colisión entre un derecho personal y un derecho real inmobiliario.

El sistema de BOULANGER aparece un poco forzado por el punto de partida inicial. Con vista, por tanto, a una clasificación más general, apenas nos sirve.

En España PUIG BRUTAU ha realizado una enumeración de casos de colisión bastante completa, inspirada parcialmente en BARASSI. Analiza los distintos casos de colisión de la legislación positiva española con arreglo al siguiente sistema:

a) Colisión de derechos reales de contenido limitado, que comprende:

a') derechos reales de naturaleza inmobiliaria,

b') derechos reales de naturaleza mobiliaria.

b) Colisión originada por la doble venta de una cosa.

c) Colisión entre dos derechos dominicales de distinta naturaleza.

d) Colisión entre una adquisición a título gratuito y otra a título oneroso, o entre adquisiciones voluntarias y forzosas.

(106) BOULANGER: Op. y lugar citados.

(107) PUIG BRUTAU: Op. y lugar citados.

- e) Colisión entre los derechos de los legatarios.
- f) Colisión entre los derechos de los retrayentes.
- g) Colisión entre derechos de crédito.

A esta enumeración de casos, más que clasificación, le falta unidad de criterio. Aparecen mezclados, en el mismo plano de igualdad, tres criterios de selección distintos: el de la naturaleza de los derechos, el de su eficacia y el de su origen.

2.—Ensayo de una clasificación

Toda clasificación debe tener por base dos condiciones: primera, que agrupe casos homogéneos; segunda, que tal agrupación tenga interés y trascendencia en orden a la integración de conceptos y a la deducción de consecuencias.

La que proponemos creemos que, dentro de su sencillez, reúne todas estas condiciones.

Los diferentes casos de colisión podrían quedar clasificados así:

A) *Por razón de la propia existencia de la colisión*

- a) Colisión aparente.
- b) Colisión real.

B) *Por razón de la naturaleza de los derechos*

- a) Colisión de derechos extrapatrimoniales:
 - 1) de derechos de la personalidad,
 - 2) de derechos familiares puros,
 - 3) de otros derechos extrapatrimoniales.
- b) Colisión de derechos patrimoniales:
 - 1) de derechos reales,
 - 2) de derechos de crédito,
 - 3) de derechos sobre bienes inmateriales,
 - 4) de derechos familiares patrimoniales,
 - 5) de derechos sucesorios.
- c) Colisión de derechos de diferente naturaleza.

C) *Por razón de la causa de la colisión*

a) Colisión voluntaria, originada por la creación de negocios jurídicos incompatibles.

b) Colisión involuntaria:

1) por la inexacta determinación del contenido y del límite de los derechos.

2) por la colisión de leyes,

3) por el estado de necesidad,

4) por las situaciones de apariencia.

5) por las situaciones de insolvencia.

6) por la accesión.

D) *Por razón de la solución legal*

a) colisión prevista y resuelta (reglada),

b) colisión imprevista.

E) *Por razón de sus efectos*

a) Colisión que provoca la coordinación de los derechos.

b) Colisión que provoca la subordinación de alguno de los derechos concurrentes:

1) en forma de extinción de alguno de los derechos,

2) en forma de reducción del contenido,

3) en forma de un aplazamiento en su ejercicio.

3.—Análisis y desarrollo de la clasificación expuesta

A) *Colisión aparente y colisión real*

Sólo son supuestos de colisión los de la llamada real; pero puede tener importancia la mención de la colisión aparente o pseudocolisión. Porque nos ayuda a precisar el contenido, concepto y naturaleza de la colisión real y porque muchas veces es imposible calificar sin error dónde comienza y dónde acaba uno u otro tipo de colisión.

La aplicación de los principios indicados antes acerca de los presupuestos de la colisión resolverá muchas veces el problema. Aplicando unos u otros criterios, serán casos de colisión real o presunta la colisión entre derechos de crédito, la que aparece prevista por la ley, la provocada por la insolvencia del deudor común, etc., etc.

Merecen especial cita las situaciones de cotitularidad, que, a pesar de las opiniones de von TUHR (108) y de R. M. (109), son, en realidad, meras apariencias de colisión. El derecho de copropiedad en especial tiene naturaleza propia, y lo que parece en la ley una reducción de contenido y coordinación de funciones (artículo 398 del Código civil, por ejemplo), es, en realidad, no una reducción, sino una especificación y delimitación del contenido del derecho de cada comunero.

B) *Clases de colisión de derechos por razón de su naturaleza*

Constituye la clasificación más elemental, no exenta de controversias. Carece de sentido, por ejemplo, para quienes (110) limitan la clasificación al ámbito de los derechos reales, o para quienes, como NATOLI (111) exigen como presupuesto la pertenencia al mismo tipo fundamental de los derechos concurrentes. Para estos autores, solamente existen casos, no clases, de colisión.

Ya hemos señalado nuestro criterio amplio y como consecuencia hemos aplicado la teoría de la colisión incluso al campo de los derechos extrapatrimoniales, puesto que creemos que en ellos es posible la concurrencia y la incompatibilidad de ejercicio. En algunos casos, como en los derechos de la personalidad, porque pueden requerir la apropiación o utilización incompatible de bienes materiales; en otros, como en los derechos de patria potestad, porque pueden tener objeto común. Todo ello implica admitir sin reserva que el estado de necesidad es un caso—o mejor dicho, una causa—de colisión, como veremos en su momento oportuno.

En los derechos patrimoniales, hemos preferido seguir la clasificación tradicional (derechos reales, de crédito, sucesorios, etc.), por su universalidad y sencillez.

Esta clasificación, combinada con alguna otra, será la que seguiremos en el estudio concreto de los casos de colisión en la legislación española.

C) *Clases de colisión por razón de las causas originarias*

La colisión es un efecto atribuible a alguna causa. Dedicado un capítulo al estudio de éstas, ahora nos limitaremos a recordar que también puede ser una buena base de clasificación.

Particularmente, puede tener interés la denominada «colisión volun-

(108) VON TUHR Op. cit., ed. española, pág. 195.

(109) R. M.: *Diccionario de Derecho Privado*, Madrid, 1950, voz «colisión», pág. 975.

(110) Véase, anteriormente, cap. II, n.º 2. F.

(111) NATOLI: obra citada, pág. 396.

taria», es decir, la que es consecuencia de actos o negocios que pudieron evitarse.

TEDESCHI (112) ha dedicado un excelente estudio a los negocios incompatibles. Más adelante se recogen y utilizan algunas de sus conclusiones, al considerar las fuentes de la colisión.

Todos estos casos tienen una problemática peculiar, especialmente estudiada por BOULANGER, NATOLI y TEDESCHI.

La colisión de origen involuntario es la corriente y tiene las particularidades propias de cada causa.

D) *Clases de colisión por razón de su predeterminación legal*

Resulta obligado distinguir los casos de colisión previstos legalmente de otros cuya solución no está predeterminada.

La distinción tiene una gran importancia. Teóricamente, porque se ventila algo tan importante como es decidir si la colisión prevista por la ley es realmente una verdadera colisión, o más bien, una delimitación de la extensión de cada derecho subjetivo. Anteriormente hemos realizado la crítica de esta postura, mantenida en la actualidad, entre otros, por NATOLI. Nos remitimos a aquel lugar (113), en todo lo referente a la defensa de la posición contraria.

Conviene añadir que, efectivamente, tienen carácter muy distinto los casos de colisión previstos de aquéllos que no lo están. En los primeros, el conflicto discurre por cauces prestablecidos con claridad, y el sacrificio de alguno de los derechos parece tener menos trascendencia; en los segundos, al faltar las reglas de carácter especial, es necesario arbitrar reglas generales que resuelvan el conflicto concreto, expuestas con relación a otros casos, o deducidas de los principios generales de Derecho. La solución resulta más difícil. El porqué determinados supuestos de colisión resultan previstos en la ley y otros no, es algo que pertenece a la política legislativa, pero que tiene su fundamento último en la imposibilidad de prever todos los casos concretos, y en la difícil adaptabilidad de los principios generales —de origen romanístico la mayor parte— a la complejidad de la vida moderna y a los principios inspiradores de la legislación más reciente.

CASTÁN realiza una distinción muy parecida, al indicar que la colisión se resuelve, o en una «preferencia de derechos», cuando «los derechos están entre sí en relación de subordinación, por no tener fuerza igual, ya por la diversidad de su naturaleza, ya por la fecha de su anti-

(112) TEDESCHI: «Negocii giuridici incompatibili», ya citada.

(113) Véase supra capt. II, 2.

güedad», o en una colisión de derechos, «en sentido propio y estricto», cuando no existe jerarquía ninguna ni orden de preferencia» (114).

E) *Clases de colisión por razón de sus efectos*

Algún autor (115) ha dicho que la colisión elimina siempre alguno de los derechos, que la cuestión «no es de mero ejercicio, sino propiamente de existencia de los derechos».

Esta opinión resulta exagerada. La colisión puede provocar, en algunos casos—los menos, precisamente por la gravedad de la decisión—la extinción de alguno de los derechos incompatibles; pero lo corriente es la subsistencia de los derechos, en alguna de estas formas, que tan acertadamente ha resumido BARASSI (116): estableciendo la preferencia de alguno de los derechos, o estableciendo una coordinación entre los mismos. Preferencia o coordinación, he ahí las dos soluciones a la colisión. Queda una tercera, muy rara: la extinción de ambos derechos.

(114) CASTÁN, 7 ed. vol. I, pág. 314.

(115) FERRINI: obra citada en pág. 51, nota 3.

(116) BARASSI: Obras citadas, págs. 135-136.



CAPÍTULO IV

FUENTES (CAUSAS) DE LA COLISIÓN

1.—Introducción a las fuentes de la colisión

A) *Significado y naturaleza*

Fuente, causa u origen de la colisión es aquel negocio, hecho o simple situación jurídica que provoca su nacimiento.

Es cierto que el origen inmediato de toda colisión está en el mismo ejercicio del derecho. Si los derechos permanecieran inactivos, sin actuación de su contenido, la colisión no surgiría. Pero ello sólo nos evidencia que el ejercicio es condición—o presupuesto—de la colisión, pero no fuente o causa de ella; es indudable que la razón en virtud de la cual el ejercicio de un derecho resulta incompatible con el ejercicio simultáneo y total de otro derecho ha de buscarse fuera de ese ejercicio, en algo capaz de provocar dicha incompatibilidad.

Comprendemos la dificultad de nuestro empeño en descubrir las fuentes de la colisión. Carecemos en absoluto de precedentes que puedan orientar la investigación en este punto, pero es algo que no podemos ni debemos eludir.

B) *Intervención de la voluntad en el origen de la colisión*

Inicialmente parece absurdo que la voluntad del hombre pueda tener eficacia en orden al planteamiento de la colisión. Si tenemos presente que el orden jurídico constituye la finalidad fundamental del ordenamiento de Derecho—para lo cual se configuran como instrumentos técnicos las instituciones, las relaciones y los derechos subjetivos— ¿cómo concebir

que la sola voluntad humana pueda ser capaz de trastornar ese orden, tan cuidadosamente buscado? Es posible y, además, frecuente. La explicación se encuentra en la propia función de la voluntad individual que colabora con la voluntad social—manifestada en forma de ley o costumbre—en la consecución de ese orden. Esa voluntad, capaz de crear derechos subjetivos por medio del negocio jurídico, puede crearlos de forma incompatible, de modo que colidan en su ejercicio. Es algo que no puede evitarse, aunque deba y pueda preverse.

Precisa distinguir, sin embargo, entre la actuación dolosa y la actuación de buena fe. Cuando la colisión es fruto del error o del suceso imprevisto, el problema pertenece por entero a la teoría de la colisión; cuando la colisión surge porque ha mediado la mala fe o el fraude, los culpables no pueden resultar protegidos por los principios normales de la colisión de derechos, sino que se aplican principios más generales, resolviéndose la colisión a favor de quienes han sufrido la actuación dolosa o la confabulación fraudulenta. El principio «*fraus omnia corrumpit*» domina en este punto; el fraude, como recoge RIPERT de la jurisprudencia francesa (117), hace excepción a todas las reglas.

A pesar de lo dicho, lo excepcional es que la voluntad intervenga causalmente en el origen de la colisión.

C) Clasificación de las fuentes

El apartado anterior nos dá pie para una clasificación inicial de cierta importancia: la de causas voluntarias y causas involuntarias de la colisión.

Las *voluntarias*, a su vez, podrían ser:

- a) Los negocios jurídicos incompatibles.
- b) La insolvencia voluntaria.

Las *involuntarias* serían:

- a) Las antinomias,
- b) la imprecisión legal del contenido de los derechos,
- c) la colisión de leyes,
- d) el estado de necesidad,
- e) las situaciones de insolvencia involuntaria.
- f) las situaciones de apariencia,
- g) la accesión continua.

(117) RIPERT: «*La règle moral dans les obligations civiles*», París, 1935, pág. 329.



2.—Análisis de las diferentes fuentes o causas de la colisión

A) *Los negocios jurídicos incompatibles*

La importancia de esta fuente de la colisión procede de la propia trascendencia y enorme desarrollo alcanzado por el negocio jurídico, como instrumento técnico utilizado por los sujetos para la creación y configuración de sus derechos.

Afirma TEDESCHI que es postulado fundamental de todo sistema es la ausencia en el mismo de contradicción; y preocupado por este postulado, dedica casi toda su interesante monografía a su estudio y remedio (118).

Es importante—en orden a la justificación de los negocios incompatibles—la distinción que realiza este autor 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 uno más que con exclusión de otros (la «utilidad», en el fondo, del derecho), el sistema no puede conceder permiso a actividades incompatibles, surgiendo en este caso la colisión de derechos.

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

La cuestión —advierte también muy agudamente— es muy análoga a la de las antinomias, con la diferencia de que éstas crean imperativos abstractos frente a los imperativos concretos que surgen de los negocios jurídicos (pág. 211).

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

Los ejemplos que pueden citarse son numerosos; los más clásicos son la doble venta de una misma cosa a varias personas, la gestión del mandatario contraria a la del mandante, el doble arrendamiento de servicios incompatibles, etc.

(118) TEDESCHI: Obra citada, pág. 211.

B) *La insolvencia voluntariamente buscada*

El estado de insolvencia del deudor común provoca la colisión entre los diferentes derechos que recaen sobre el patrimonio de aquél.

A veces esa insolvencia está preparada voluntariamente por el deudor. A los efectos penales y de derecho concursal, este origen de la insolvencia tiene una gran importancia.

A los efectos de la teoría de la colisión, sólo presenta la particularidad de que al amparo de los negocios fraudulentos celebrados por el insolvente, hayan surgido derechos o situaciones jurídicas incompatibles con los derechos de los acreedores, lo cual provoca el ejercicio de las acciones subrogatorias, pauliana o reivindicatoria de la quiebra, que para algunos autores tiene su fundamento en la colisión de derechos que se había originado. Por lo demás, si la insolvencia—aunque dolosa—es real, la colisión surge también entre los diferentes derechos concurrentes sobre el patrimonio.

Esta causa puede originar dos grandes círculos de relaciones de colisión: uno, constituido por las colisiones que pueden surgir entre los derechos de los acreedores y los de los adquirentes con base en el negocio fraudulento, y otro por las relaciones de colisión que nacen entre los propios acreedores.

La primera, no obstante, solamente origina colisiones aparentes, pues los derechos nacidos de los negocios fraudulentos se extinguen al merecer esta calificación, de tal forma que no pueden colidir—por falta de presupuesto fundamental de su propia existencia—con los derechos de los acreedores. Solamente al amparo de teoría de la apariencia jurídica podrían subsistir algunos derechos; pero en estos casos la fuente de la colisión sería la apariencia jurídica y no la insolvencia voluntaria.

C) *Las antinomias*

Constituyen las antinomias uno de los orígenes de la colisión, cuyo paralelismo con los negocios jurídicos incompatibles ya ha sido advertido. En efecto, al existir derechos subjetivos que proceden de una manera directa de los textos legales, la incompatibilidad entre éstos no puede por menos de originar incompatibilidades o colisiones entre los derechos subjetivos por ellos reconocidos.

ESCRICHE (119) define las antinomias como «la contradicción real o aparente entre dos leyes o entre dos lugares de una misma ley». Con

(119) ESCRICHE: «Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia», Madrid, 1874.

más precisión, SEMERANO (120) indica: «la antinomia supone dos leyes o dos artículos de una misma ley, igualmente vigentes en el Estado, que contienen sanciones opuestas, de tal modo que no es posible aplicar una sin destruir la otra, ni afirmar el principio contenido en una sin negar el principio contrario contenido en la otra».

Es fácil el principio teórico de solución de estos casos. Basta con deshacer la antinomia para que la colisión desaparezca. La teoría de la colisión entronca en este punto con la de la aplicación del Derecho, en su momento de actividad correctora del ordenamiento jurídico.

La doctrina sigue los principios de solución que dictara SAVIGNY, repitiendo sus dos procedimientos de conciliación de los textos contradictorios: la conciliación sistemática y la conciliación histórica. CASTÁN resume en los siguientes los principios de solución que propone la doctrina reciente: (121).

a) Principio de acumulación.—Para aquellos casos en que las consecuencias jurídicas de las disposiciones concurrentes pueden producirse sin limitación recíproca.

b) Principio de alteridad.—Para aquellos otros en los que las consecuencias jurídicas se producen alternativamente, de modo que el titular puede elegir la que prefiera.

c) Principio lógico de especialidad.—Que dá preferencia a la «lex specialis» sobre la general.

d) Principio de conciliación histórica.—Aplicable cuando se trata de leyes cuyas partes integrantes proceden de épocas diversas—(como el código justiniano)—y que considera prevalente la ley o disposición que contenga el más alto grado de evolución jurídica, en atención a que no es de suponer que el legislador se propusiera un retroceso.

e) Principio de rango legal.—A virtud del cual se tiene en cuenta para resolver las antinomias legales el grado de importancia de las normas contradictorias. Si una disposición meramente accesoria o secundaria (por ejemplo, de naturaleza procesal), está en contradicción con una disposición principal, se debe tener por no escrita la primera, quedando en pie la disposición fundamental.

f) Interpretatio abrogans.—Si la contradicción es irreductible, por ser principales o de igual importancia las disposiciones antagónicas, el intérprete ha de tener por no escrita aquella que representa una desviación de los principios generales, o bien, según una fórmula muy general hoy, ha de tener por anuladas recíprocamente las disposiciones que se

(120) SEMERANO: «Digesto italiano», vol. III, parte 1.ª, pág. 42.

(121) CASTÁN TOBEÑAS: «Teoría de la aplicación e investigación del Derecho», Madrid, 1947, pág. 283.

DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO, Ed. Labor, vol. II, 1950, pág. 2218.

contradigan y reputar, por ende, que se está en el caso de una laguna de la ley».

El código civil presenta algunos ejemplos de antinomias que la doctrina y la jurisprudencia han resuelto, no sin que todavía subsistan opiniones contradictorias, con arreglo a algunos de los principios anteriores. Son ejemplos típicos las contenidas en los artículos 759 y 799, 623 y 629, 190 y 195, etc. Una exposición más completa de todas ellas no es de este lugar (122).

D) *La imprecisión legal del contenido de los derechos*

Esta causa origina en realidad situaciones de colisión aparente. Requisito imprescindible de toda colisión es la concurrencia incompatible de derechos perfectos e inimpugnados, tanto en su existencia como en su extensión.

Por ello, son ajenas a la teoría de la colisión las hipótesis de conflicto de derechos que se resuelven fijando, en forma contenciosa o voluntaria, las fronteras exactas de cada uno de los derechos en litigio. No obstante, algunas veces tales conflictos suelen presentar los caracteres de la colisión, cuando la defectuosa delimitación de los derechos procede de la ley o es consecuencia de la misma naturaleza de aquéllos.

Algunas veces la perfecta fijación de fronteras entre los derechos resulta imposible. Por ejemplo, es muy difícil conciliar las respectivas facultades de los propietarios de predios colindantes, origen de las relaciones de vecindad. Estas relaciones han de ser forzosamente imprecisas en su extensión, por cuanto ninguno de los propietarios puede dominar totalmente ciertas prolongaciones—fundamentalmente acústicas, visuales u olorosas—de actuaciones que, en principio e inicialmente, le están permitidas. Las nuevas corrientes técnico-jurídicas y sociológicas en torno al derecho de propiedad—abuso del derecho, límites, función social de la propiedad etc.—han contribuido, con soluciones progresivas, a la clarificación de estos problemas, en el doble sentido de poner límites tanto a las facultades de aprovechamiento de unos propietarios como a las de exclusión de otros.

E) *La colisión de leyes*

Los casos típicos de colisión de leyes surgen, bien por la sucesión de

(122) La consideración de los preceptos concretos de colisión que las antinomias plantean la realizaremos en los capítulos siguientes, al efectuar el estudio sistemático de los casos de colisión.

éstas en el tiempo (problemas de derecho transitorio), bien por su coexistencia en el espacio (problemas de derecho internacional privado o interterritorial), bien por la incompatibilidad entre sus disposiciones (antinomias).

Toda colisión de leyes—particularmente si éstas amparan directamente derechos subjetivos—envuelve colisión entre los derechos concedidos. De tal modo que uno de los principios que informan el derecho transitorio es el del respeto a los derechos adquiridos, especialmente recogido en la disposición preliminar de las transitorias del Código civil español.

Por lo demás, al Derecho de colisión, en la acepción de GOLDSCHMIDT (ya conocida) (123), y no a la teoría de la colisión, corresponde resolver estos problemas, motivo que nos dispensa de detenernos más en su estudio.

F) *El estado de necesidad*

Las relaciones que existen entre el estado de necesidad y la colisión de derechos pueden apreciarse sin más que examinar la definición legada por COVIELLO: «Es el encuentro de dos derechos reconocidos y cuyo ejercicio simultáneo no puede efectuarse sin el total sacrificio de uno en favor del otro» (124).

El estado de necesidad, según este concepto, se identifica con la colisión. Lo cual, si bien es prueba de las grandes afinidades que entre ambas instituciones existen, prueba también que es defectuosa la definición expuesta, al carecer de notas diferenciales. De ahí que nos agrade más la de CHIRONI: «El conflicto entre dos situaciones jurídicas, determinado por una fuerza extraña que no permite la pacífica coexistencia de ellas» (125).

Constituye, pues, el estado de necesidad una manifestación de la colisión de derechos que se produce, no ya por su inexacta determinación o por su naturaleza, sino por la concurrencia de una circunstancia extraña a ellos que les obliga a enfrentarse. Precisamente porque esta circunstancia es lo que define al estado de necesidad, es por lo que puede ser

(123) Véase, antes cap. II, n.º 4-D.

(124) COVIELLO: «Lo Stato di necessita nel diritto civile», Filangieri, 1898, pág. 3.

(125) CHIRONI: «Stato di necessita in diritto privato», Torino, I. Otra definición, muy expresiva, es la de CUELLO CALÓN: «El estado de necesidad es una situación de peligro actual, e inmediata para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitable mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona», en su *Derecho Penal*, 8.ª ed. Barcelona, 1947, pág. 362. También es interesante la de TRAVIESAS, que cita a PRINICE: «cuando un hombre se halla en una situación en que sólo puede guardar su derecho o cumplir un deber jurídico mediante la lesión de un derecho ajeno». «La defensa privada», *Rev. Dcho. Privado*, 1915, pág. 195.

considerado como una causa de colisión, mejor que como una manifestación de ella, como entienden DA CUNHA o MESSINEO (126).

Caracteriza al estado de necesidad el representar una eximente de responsabilidad penal ante la lesión causada al derecho ajeno. Nuestro Código penal recoge esta circunstancia en el artículo 8, que determina: «Están exentos de responsabilidad: ...El que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero: Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar; Segundo: Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; Tercero: Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse».

El propio Código Penal, en el artículo 20, da solución a la colisión a base de indemnizar por el derecho sacrificado.

Examinando solamente aquellos aspectos del estado de necesidad que más relación tienen con nuestro tema, debemos preguntarnos primero por su fundamento, es decir, la razón o principio en virtud del cual se establece el sacrificio de un derecho a otro.

Existen, sobre este punto, opiniones numerosas y contradictorias. CUELLO CALÓN (127) expone hasta doce grupos de teorías, siguiendo a SERMET. Entre todas, nos parece la más acertada aquella que, sin distinguir si los intereses en presencia son o no del mismo valor, soluciona la cuestión aplicando los principios del conflicto o de la colisión de derechos.

Cuando la coexistencia de los derechos resulta imposible, aquel derecho que proteja un bien o interés inferior debe ceder ante el otro; y si ambos derechos protegen intereses del mismo rango entonces juegan razones de tipo extrajurídico—de fuerza, de oportunidad, etc.— que deciden. Y este principio no es injusto: si en el ámbito de la ilicitud se predica el principio «in pari causa turpitudine melior est causa possidenti»; si para justificar la usucapión o la prioridad se alega aquel otro de «iura succurrunt vigilantibus et non durmientibus», ¿por qué en el ámbito de lo lícito no puede ser también mejor la posición de aquel que lograr resolver a su favor la situación de hecho? El principio es peligroso, indudablemente, pero se justifica por la inminencia del peligro y la no exigibilidad del heroísmo.

Esta explicación parece ser la más aceptable, aunque no deja de admitir variantes. FERRINI, por ejemplo, cree indudable que existe una colisión de derechos, pero a continuación razona en el sentido de que ambos

(126) DA CUNHA: «Tratado de Direito Civil», ya citado, vol. I, pág. 454.—MESSINEO, obra citada, I, pág. 93.

(127) CUELLO CALÓN: Obra citada en vol. I, pág. 363.



derechos ya han perdido, por causa de la situación de necesidad, su protección jurídica (128), opinión que aprovecha PERGOLA (129) para decir que no puede hablarse en el estado de necesidad de protección de dos derechos subjetivos, porque el «derecho limita su protección a los intereses que tienen en sí la posibilidad de ser protegidos».

Finalmente, precisa diferenciar el estado de necesidad de la legítima defensa, en el sentido de que en esta última no se produce ninguna colisión de derechos, desde el momento en que una de las dos partes se coloca, mediante la agresión injusta, fuera de él. Como dice JAPOCE (130), en la legítima defensa el conflicto nace por culpa de una de las dos partes, y esa culpa excluye la posibilidad de colisión.

G) *Las situaciones de insolvencia*

Anteriormente hemos defendido la tesis de que el concurso y la quiebra constituyen casos de colisión de derechos, cuyo origen o fuente radica en la insolvencia del deudor común. El patrimonio de toda persona constituye, en virtud del principio contenido en el artículo 1911 del Código civil, la garantía última del cumplimiento de sus obligaciones. Y como esa garantía es común para todos los acreedores, cuando el valor del patrimonio es inferior a la suma total de sus responsabilidades, surge indirectamente una relación de colisión entre los derechos que han de satisfacerse con el valor de ese patrimonio.

Representa, por su larga evolución histórica, y por la gravedad de sus consecuencias, el supuesto de colisión más detenidamente regulado por las legislaciones. Es una causa de colisión unánimemente contemplada, y en cuya solución se han aplicado, de modo orgánico, los principios fundamentales de nuestra teoría.

Como observaremos con más detalle en su lugar oportuno (131), el sistema de solución seguido ha sido el de agrupar los derechos concurrentes en distintas categorías o grupos, estableciendo dentro de éstas, relaciones de jerarquía u órdenes.

Por la índole del deudor, según tenga o no la cualidad de comerciante, estas situaciones de insolvencia se traducen procesalmente en las instituciones de la quiebra y del concurso. Como anteriormente se advertía serán analizadas más adelante.

(128) FERRINI: «Delitti o quasideitti», en Dig. Italiano, voz, «delitti», pág. 788.

(129) PERGOLA: «Entità giuridica dello stato di necessita», Supp. alla Riv. Dir. Pen., vol. XVIII, pág. 89, cit. por JAPOCE.

(130) JAPOCE: «Lo stato di necessita del diritto privato», Milano, 1917, pág. 12.

(131) Cap. V, n.º 11, 2.ª parte.

El mismo fundamento tiene la colisión que se origina, en los casos de sucesión hereditaria, cuando el valor de los bienes dejados por el causante es inferior al de las deudas, y la herencia no se acepta o solamente se acepta a beneficio de inventario.

H) *Las situaciones de apariencia jurídica*

Existe en la vida jurídica una situación de apariencia cuando alguien se muestra o comporta como titular de un derecho que no le pertenece realmente.

Las hipótesis de apariencia jurídica se presentan con una frecuencia extraordinaria; son, por ejemplo, titulares aparentes del derecho hereditario los herederos que han sucedido «ab intestato» existiendo un testamento válido en el que se designan herederos distintos; de un estado familiar, las personas que aparecen como casadas sin previo matrimonio, y los hijos de éstas; de un derecho real, quien tiene a su favor un derecho inscrito en virtud de un título nulo, pero no cancelado aún, etc.

La apariencia es causa de profundos problemas jurídicos, cuando la persona favorecida por ella transmite o intenta transmitir sus derechos. La primera cuestión que se plantea es la siguiente: ¿Son válidas las adquisiciones realizadas por aquéllos que han confiado en la situación de apariencia? De ser válidas, ¿Cuál es el fundamento de esta adquisición?

El problema de la validez tiene soluciones distintas, según la doctrina se sitúe en el terreno de la lógica o en el de la seguridad jurídica.

La lógica del Derecho nos dá una respuesta negativa, con base en el postulado de que uno de los presupuestos de todo negocio jurídico es el de la legitimación (132). Como enseña CARNELUTTI, a quien debemos la diferenciación de este concepto del de capacidad, «la Ley ofrece como premisa necesaria no ya que el agente y el paciente puedan ser, sino que verdaderamente sean los sujetos de la relación jurídica inicial y, por tanto, la efectiva coincidencia entre los sujetos activos y pasivos del acto y los sujetos de la situación, sobre la cual, determinado el cambio, el acto se destina a producir sus efectos» (133).

Pues bien, el titular de una situación jurídica aparente carece de la legitimación precisa para concluir negocios jurídicos respecto de los ob-

(132) Vid. CARNELUTTI: «Teoría general del Derecho», trad. española, Madrid, 1941, pág. 257.—BETTI: «Teoría general del negocio jurídico», trad. esp., Madrid, 1950, pág. 166. En España: LADARIA CALDERÓN: «Legitimación y apariencia jurídica», Barcelona, Bosch, 1952.

BETTI define la legitimación como aquella «competencia (de la parte) para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, la cual resulta de una especial posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular».

(133) CARNELUTTI: *Ibidem*, pág. 259.

jetos que integran su especial posición jurídica y faltando este presupuesto, los negocios que realice deben ser ineficaces.

Cuando se trata de negocios de atribución patrimonial, es requisito que se integra dentro de la legitimación la previa pertenencia del derecho transmitido, recogido en el clásico aforismo «*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*» (Dig. L. 17, pr. 54) o en el otro más breve, «*nemo dat quod non habet*».

Pero frente a esta concepción romanista—principio de regularidad—, que obedece a una concepción estática del Derecho y también a una visión más teórica que real (134) se han alzado modernas construcciones doctrinales, que quieren encontrar fundamento jurídico y legitimidad suficiente a las adquisiciones realizadas en las situaciones de apariencia, con base en una concepción dinámica del Derecho, y en el principio de la seguridad jurídica. Ha surgido así la «teoría de la apariencia», cuyas conclusiones son las siguientes, según la síntesis de BÉRGAMO (135):

a) Los actos realizados por una persona engañada por una situación jurídica que es contraria a la realidad, pero que presenta exteriormente las características de una situación verdadera, son definitivos y oponibles, como lo serían los actos fundados en situaciones absolutamente regulares.

b) Los derechos adquiridos al amparo de esta situación se consolidan instantáneamente, y producen todos sus efectos «*erga omnes*».

c) Cuando estos derechos adquiridos en base de una situación aparente se opongan a los derechos del verdadero titular, esta yuxtaposición, o mejor dicho, esta superposición, debe resolverse a favor del titular aparente. Pero, al mismo tiempo, el titular verdadero debe ser investido de una acción personal de indemnización, dirigida contra el que creó la situación aparente, causa inicial del perjuicio.

d) Esta simple reparación por equivalencia debe exponer, y expone al titular verdadero de la situación jurídica, a sufrir las consecuencias de la insolvencia del titular aparente.

En definitiva, y con arreglo a estas conclusiones, la apariencia de un derecho equivale al derecho mismo, como indica JORDANO BAREA (136), tesis muy peligrosa y difícilmente justificable. La justicia no debe sacrificarse de tal forma a la seguridad, cualesquiera que sean las circunstancias político-sociales y económicas de la sociedad actual. Ocurre que esta teoría trata de dar una formulación general a lo que solamente son principios de excepción. Es cierto que existen en las legislaciones numerosas

(134) Cada vez eran más numerosas las excepciones al principio mencionado, como señala CASTÁN: «Derecho Civil», 7.ª ed., tomo II, pág. 273.

(135) BÉRGAMO LLANRÉS: «La protección de la apariencia jurídica en el Derecho Español», Col. Notarial de Valencia, Conferencias de 1945, ed. en 1946, pág. 243.

(136) JORDANO BAREA: «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros», Anuario de Derecho Civil, fasc. II del vol. II, año 1950, pág. 668.

adquisiciones «a non domino», con base en la apariencia, de las cuales constituyen ejemplo en nuestro Derecho positivo los artículos 1.160, 1.295-2.º, 1.540, 1.738, 1.765, 1.778, 1.897 y 976, cuidadosamente estudiados por JÓRDANO (137), pero deben ser considerados como casos excepcionales.

Para que una situación jurídica pueda ser calificada de aparente necesita reunir los siguientes elementos, según la exposición de BÉRGAMO (138):

a) Un elemento material, que constituye una situación contraria a la realidad, pero que confiere a su detentador los signos exteriores de un título verdadero; y

b) Un elemento psicológico (calificado diversamente como error común, error invencible o de buena fe), que está constituido por la convicción del que confió en aquellos signos exteriores de que no se le pueden exigir racionalmente que reconociera dicha exactitud.

Los ejemplos o tipos de apariencia jurídica pueden ser tantos como derechos existen, y por ello no se ha intentado una clasificación. SOTGIA (139) no llega a proponerselo, y únicamente distingue entre la apariencia en el derecho civil y en el mercantil, analizando distintos supuestos.

BÉRGAMO, refiriéndose más bien a los orígenes de la apariencia, estima que el elemento material de la apariencia puede consistir en una medida de publicidad, en un acto jurídico o en una situación aparente, clasificación acertada pero imprecisa, pues los términos no se excluyen entre sí.

A nuestro entender se puede ser titular aparente:

a) O de un estado (situación jurídica objetiva, posición jurídica), o

b) De una relación jurídica (situación jurídica subjetiva).

Son titulares aparentes de un estado que no poseen los supuestos cónyuges, en caso de matrimonio putativo o meramente de hecho; los padres, hijos y demás parientes, respecto de la prole nacida en la situación anterior; quien adopta una falsa personalidad o nacionalidad; el heredero aparente, etc.

En el segundo caso, son titulares aparentes los que hayan adquirido un derecho en virtud de un negocio jurídico nulo; o, simplemente, quien asuma con caracteres externos de legitimidad, la titularidad o posesión de cualquier derecho, independientemente de su buena o mala fe. La buena fe sólo es requisito esencial para la protección de quien confía en la situación de apariencia.

(137) JÓRDANO: *Ibidem*, págs. 701 y ss.

(138) BÉRGAMO, *Id.*, pág. 244.

(139) SOTGIA: «Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalita», Roma, 1930.

La apariencia jurídica se caracteriza, en definitiva, por la ausencia de legitimidad. Es la situación aparentemente legal, no legítima. La legitimidad representa el fundamento último de todo derecho, el principio de justicia que yace en el fondo de toda relación jurídica, y cuya verificación o comprobación siempre resulta difícil.

La teoría de la apariencia tiene no solamente fundamentos de tipo económico o social, sino también técnico-jurídico. Se han alegado los siguientes, que tratan de justificar la razón jurídica de la protección dispensada al protegido por la situación de apariencia, y especialmente, el fundamento de las adquisiciones verificadas con base en ella.

1.º Teoría del «error communis facit ius» (140).

Argumenta H. MAZEAUD (141), que «siendo el «error communis» un error invencible, el orden público y la seguridad social exigen que quienes incurrieron en él no sean dejados sin protección, por lo que el principio significa simplemente que una situación de hecho contraria al derecho es mantenida cuando ha nacido de un error invencible».

2.º Teoría de la legitimación formal.

MENCONI (142) estima que en las adquisiciones realizadas de titulares aparentes no existe en la realidad una verdadera derogación o contradicción del presupuesto de la legitimación, por entender que este presupuesto ha sido mal formulado; que, en términos exactos nada obsta a que el ordenamiento jurídico substituya en el supuesto de hecho del negocio de que se trata la titularidad del «dominus» verdadero por una situación de hecho objetivamente considerada como equivalente. Las adquisiciones «a non domino» serían así según este autor, adquisiciones derivativas; la legitimación sería no más que una relación real (existente) o formal (supuesta por la ley) entre el sujeto y el objeto.

3.º Teoría de la adquisición «ex causa nova».

Es la que cuenta con mayores partidarios en la escasa doctrina española sobre el particular.

BATLLE, por ejemplo (143) entiende que el fundamento de estas adquisiciones se encuentra en una atribución especial del «ius disponendi» otorgada por la ley a los no titulares en circunstancia de excepción.

JORDANO BAREA, refutando la postura de MENCONI, entiende que las adquisiciones «a non domino» que contempla nuestra legislación consti-

(140) Puede verse una exposición completa de este principio en LONIEWSKI: «Rôle actual de la máxima «error communis facit ius», Aix, 1905.—H. MAZEAUD: «La máxima error communis facit ius», Rev. Trim. Droit civil, 1924, pág. 929.—ALGIUS: «Etude sur la règle: «error communis facit ius», París, 1912.—DEMOCQUE: «Traité des obligations en general», tomo I, núm. 276.—RIPERT: «La règle moral dans les obligations civil», citada.—BERGAMO: op. cit. loc. cit., etc.

(141) MAZEAUD: Op. cit., pág. 150.

(142) MENCONI: «L'acquisto à non domino», Milano, 1949.

(143) BATLLE: «Apéndice al Derecho Civil (Registros)», vol. II, pág. 29.

tuyen en todos los casos ejemplos de adquisiciones originarias y no derivativas, con base en el argumento de que el principio de la apariencia jurídica es más bien un principio general de Derecho. Y si esto es cierto, no queda más recurso—sigue diciendo este autor—que explicar el fenómeno a base de un mero poder de hecho del «non dominus» derivado «ex lege», para llevar a cabo, mediante actos jurídicamente eficaces, la modificación del derecho ajeno, que se extinguiría por obra de la Ley, renaciendo en las manos del tercer adquirente de buena fe (144).

Cualquiera que sea el fundamento de la adquisición de derechos con base en la apariencia jurídica, lo cierto es que origina en todo caso una evidente colisión entre los derechos del titular verdadero y del adquirente de buena fe, que confía en la apariencia.

Cuando el principio de la regularidad actúe, la colisión se resolverá a favor del titular verdadero; cuando actúe el principio de la apariencia, se resolverá en favor del tercer adquirente de buena fe, quedando al verdadero titular solamente una acción personal de indemnización.

Concretamente, en la legislación española rigen los siguientes principios:

1.º) Se sigue el sistema de la regularidad en la transmisión de los derechos. Cualquier aplicación de la teoría de la apariencia debe estar expresamente declarada en la ley.

2.º) Tiene excepcional importancia la existencia de la buena fe. Nunca se protege al adquirente doloso o fraudulento.

3º) El titular verdadero que resulte vencido en la relación de colisión debe ser indemnizado.

I) *La accesión continua*

La accesión continua origina siempre una relación de colisión entre el titular de la cosa principal y el de la cosa incorporada, desde el momento en que ninguno de los derechos que recaen sobre ellas pueden ejercitarse sin lesión del otro, a causa de la compenetración física de los objetos.

Desde antiguo, el legislador ha procurado resolver estos casos de colisión armonizando distintos principios, que nuestro Código recoge.

Existen, sin embargo, casos de accesión no resueltos por el Código, como el de la edificación extralimitada; todo lo cual será estudiado más adelante.

(144) JORDANO: Op. cit. y recensión de la obra de MENGONI, Anuario de Derecho Civil, tomo III, fasc. III, pág. 783.

CAPÍTULO V

SOLUCIONES A LA COLISIÓN DE DERECHOS

1.—Efectos generales de la colisión

La colisión supone siempre un estado de anormalidad en el ejercicio de los derechos, caracterizado porque el ejercicio de uno de ellos «hace imposible o perjudica el del otro» (ENNECERUS) (145).

El primer efecto, por tanto, de la colisión es el de una modificación en el ejercicio de uno, varios o todos los derechos concurrentes.

Esta modificación puede afectar solamente al ejercicio de los derechos, o también a su contenido, a su naturaleza y a su misma existencia.

Afecta solamente al ejercicio del derecho cuando, sin resultar afectada la integridad de su contenido, se limita o pospone temporalmente su ejercicio (v. g. artículo 612 C. Civil). Afecta al contenido de los derechos cuando se reducen sus facultades—bien en su proyección económica, bien en la jurídica (artículos 656, 1.522, 1.926-4.º, 1.928, etc.). Afecta a su transformación, cuando el derecho real se convierte en otro de distinta naturaleza (propiedad que se convierte en condominio: artículo 381 del C. Civil), o cuando el derecho de crédito que no se cumple «in natura», se transforma en el derecho a la indemnización. Por último, la colisión afecta a la misma existencia de los derechos cuando provoca su extinción (artículos 1.524-2.º).

Estos efectos no son caprichosos. Obedecen a una serie de criterios o principios que reciben desde antiguo el nombre de principios de solución y que se concretan teóricamente en los denominados sistemas o fórmulas de la colisión de derechos.

(145) ENNECERUS: «Derecho Civil...», 1.º, vol. II, pág. 529.

Sistemas y principios son los instrumentos teóricos utilizados para encontrar la solución concreta a cada colisión de derechos. Su intervención resulta innecesaria cuando la colisión está resuelta por la ley; pero se hace imprescindible cuando el supuesto no está regulado específicamente, y sobre todo, para la construcción teórica de la colisión de derechos.

2.—Los sistemas de colisión

Por razón de sus efectos o soluciones, existen dos sistemas, últimamente tratados por BARASSI (146): el sistema de *preferencia* y el sistema de *conciliación*.

A) *Fórmula o sistema de preferencia*

Se dá—dice BARASSI—cuando «uno de los derechos en colisión debe ser necesariamente sacrificado al otro, que resulta preferido».

Indica las siguientes formas de aplicación de este criterio:

a) Cuando se enfrentan un derecho cuyo sacrificio representaría la obtención de un lucro con otro, cuyo sacrificio representaría una pérdida. En estos casos, resulta preferido este último derecho.

b) Los derechos reales que limitan la propiedad ajena prevalecen en la colisión con esta propiedad.

Opinamos, por nuestra parte, que este es uno de los casos de pseudo-colisión. En estos derechos falta el requisito de la concurrencia e incompatibilidad; cada derecho tiene su propia extensión.

c) En caso de conflicto entre varios derechos reales limitados se prefiere aquel que se ejercita el primero.

d) En caso de colisión entre acreedores por razón de la insuficiencia del patrimonio del deudor, cuando algunos gozan de alguna de las causas de prelación.

Todas estas son las formas de aplicación de este sistema, tal como las estudia BARASSI, quizás no convenientemente, por mezclar los sistemas de solución con las hipótesis de colisión y sus principios.

De un modo más preciso podríamos indicar que el sacrificio de alguno de los derechos se concreta en las siguientes soluciones:

1.ª) La extinción de alguno de los derechos.

Es el sacrificio máximo, al cual la ley llega en contadas ocasiones. Ya tuvimos ocasión de citar la opinión de FERRINI, para quien esta solución resulta la normal y correcta en los casos de colisión.

2.ª) La reducción de su contenido.

(146) BARASSI, Opus cit., págs. 137 y 157.

Cuando no se sigue el sistema de la conciliación, ésta es la solución más corriente. Teniendo presente que la incompatibilidad suele tener su origen en la limitación de las cosas para satisfacer necesidades, la colisión se resuelve cuando se limita alguna de las pretensiones opuestas.

3.ª La transformación de alguno de los derechos.

Es muy frecuente esta solución cuando la colisión procede de negocios jurídicos incompatibles celebrados por un deudor con varias personas. Alguno de los acreedores sacrifica su derecho, pero le queda el derecho a la indemnización (v. g. artículo 1.473 en sus efectos personales, art. 1.101, etc.).

4.ª La postergación temporal del derecho.

En todo caso, la colisión impide el ejercicio *simultáneo* de los derechos; resulta lógico que cuando la naturaleza de los derechos lo permita, la colisión se resuelve postergando alguno de estos ejercicios, manteniéndose íntegro el contenido del derecho. Pero esta solución, tan lógica, no siempre actúa con eficacia, pues para muchos derechos el *momento* de su ejercicio es algo substancial a su contenido, de tal modo que—pasado aquel momento—el derecho queda sin posible realización.

Los ejemplos más claros son los de los créditos con derecho de prelación o privilegios (artículos 1.922, 1.923, 1.924, del C. Civil, en relación con los artículos 1.926, 1.927, 1.928 y 1.929; artículos, 680, 375, etc. del Código de Comercio).

5.ª Otras soluciones.

La más notable—por razón de las discusiones en torno a su posibilidad—es la que opera en el sentido de impedir el nacimiento de algunos de los derechos concurrentes.

Vimos no obstante, que estos son casos de colisión aparente: la colisión exige la presencia de dos o más derechos *existentes*; cuando un derecho impide el nacimiento de otro nos encontramos ante una figura jurídica distinta de la colisión.

B) *Fórmula o sistema de conciliación*

BARASSI no explica en qué consiste este sistema, pero indica que se puede actuar de dos modos:

a) «Dejando a uno de los titulares el ejercicio íntegro del derecho (en forma específica), y transformando la facultad contenida en el otro derecho en la facultad de pretender una suma de dinero, que proporcione la misma satisfacción que le habría dado el ejercicio de aquella facultad».

b) «Dejando el ejercicio de los derechos en forma específica a ambos titulares; pero limitando la intensidad de aquel ejercicio en la medi-

da proporcional al valor económico de cada uno de los derechos» (sistema concursal) (147).

No estamos de acuerdo con BARASSI en la primera de las formas de actuación de este sistema que expone. Si la fórmula de conciliación—a diferencia del sistema de preferencia o subordinación—consiste en que ninguno de los derechos concurrentes resulte vencido por el otro, es decir, que a ambos se les dé un trato idéntico y se les exija un mismo sacrificio, resulta evidente que la primera solución no es de *conciliación*, pues uno de los derechos—aquel que se satisface por equivalente—resulta subordinado al que se cumple «in natura», pues esta fórmula de cumplimiento de los derechos es siempre preferida a aquélla. Estos casos—como hemos expuesto antes—encajan mejor en la fórmula de subordinación, modalidad «transformación de alguno de los derechos».

En cambio, nos parece exacta la segunda forma de aplicación de este sistema.

Nuestro Código civil la admite en los casos de insolvencia, cuando no existen créditos preferentes por razón de la naturaleza o del tiempo, o, existiendo, con relación al activo remanente (arts. 1.928-2.º y 3.º).

3.—Los criterios o principios de solución

A) *Conceptos*

Los principios o criterios de solución son aquellos que en cada caso concreto han inclinado al legislador o inclinan al juez hacia alguna de las soluciones antes estudiadas.

Es muy difícil concretar en un sistema unitario este conjunto de principios tan variados y dispares. PÉREZ y ALGUER renuncian por ello a hacerlo, alegando que las soluciones no pueden ser reducidas a normas generalísimas (148).

Aunque esta posición es razonable a primera vista, no seguimos sus consecuencias. Por muy generales que puedan ser los principios que se expongan, su estudio unitario y sistemático no deja de tener importancia, con vistas a la solución de múltiples casos singulares y a la obtención de nuevos criterios.

Por otra parte, corresponde a la doctrina ir formando un cuerpo de principios, tomados de la historia o de la realidad, que depurados de sus errores puedan servir al legislador para sus proyectos futuros y al juez para sus cuestiones actuales. No aceptamos la cómoda postura de algu-

(147) BARASSI: Op. cit., págs. 136-137.

(148) PÉREZ y ALGUER: Notas a Enneccerus, 1-2.º, pág. 530.

nos tratadistas que dejan «al arbitrio judicial» la solución de los problemas más difíciles, por la sencilla razón de que el juez nunca juzga según su arbitrio (149), sino según los fundamentos positivos concretos, o en su defecto, según los principios últimos, generales, del Derecho o de justicia. Dejar al juez que los descubra, en la urgencia de cada momento, es prestar una cooperación tácita a la posible injusticia y al error.

B) *Precedentes en el Derecho Romano*

El Derecho romano no conoció la figura teórica de la colisión de derechos; pero como en tantas otras instituciones, no analizadas sistemáticamente, dictó soluciones concretas para numerosos supuestos de colisión. Y estas fueron tan precisas que, al generalizarse, constituyen la base de los actuales criterios de solución.

Ha sido MACKELDEY (150) quien ha realizado la enumeración más completa de estos principios. Le seguimos en la exposición, completando sus indicaciones con notas de FERRINI (151) y COVIELLO (152), según el siguiente esquema:

1.º El derecho especial debe ser preferido al derecho general; el privilegio tiene, pues, la preferencia sobre el derecho singular (*ius singulare*), y éste, sobre el derecho común (*ius commune*).

Ejemplo: «*In toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est*» (Papiniano) (153).

2.º Si los derechos entre los cuales existe la colisión son derechos comunes o especiales, la preferencia está por el que la ley favorece más.

Porque el favor que se concreta por la ley en cada caso particular es una solución por sí misma. Y cuando las propias legislaciones dan la solución al problema, ésta debe ser la preferida.

Cita MACKELDEY el ejemplo de los textos Dig. XIV, 6 frg. 3. 2 y D. IV, 4. 12 pr.

COVIELLO cita igualmente la máxima «*privilegiatum contra aequum privilegiatum privilegium non obtinet*» (154), cuya explicación y fundamento son lógicos, aunque WAECHTER no lo considere así (155).

3.º Cuando la ley no ha determinado expresamente a cuál de los derechos, iguales en lo demás, concede la preferencia, entonces es menester distinguir:

(149) Es muy errónea la postura de KANTOROVIC, por ejemplo.

(150) Obra citada, pág. 183.

(151) Obra citada, págs. 51 y ss.

(152) Obra citada, pág. 489.

(153) Dig. 50, 17, 80.

(154) COVIELLO, op. cit.

(155) WAECHTER: «*Pandekten*», I, pr. 96, Beil, I, núm. 2, cit. Wroblewski.

a) Derechos que están directamente en colisión, porque quienes los invocan pueden ejercitarlos el uno contra el otro.

Solución 1.^a) El que por medio del ejercicio de su derecho quiere preservarse de una pérdida real tiene la preferencia sobre el que quiere hacer una ganancia.

Se justifica esta solución por la aplicación del principio «qui certat de damno vitando» es preferido a «qui certat de lucro captando» (156).

Solución 2.^a) Si ambos temen una pérdida real, tendrá la preferencia el que ha recibido alguna cosa de otro, sin ser enriquecido por esto.

Recoge el principio «melior es conditio possidentis», que también se estudia más adelante (157).

Solución 3.^a) Dice MACKELDEY que en todos los demás casos, los dos derechos en colisión directa se destruyen, y ninguno de ellos puede ser ejercitado.

b) Derechos que no están directamente en colisión, es decir, que tienen relación con un tercer objeto, sobre el cual varias personas pretenden ejercer un derecho exclusivo.

Solución 1.^a) Es preferido quien tiene la posesión del objeto. Son aplicación de este principio los textos Dig. L. 17. 127. («In pari causa possessor potior haberi debet», y Dig. L., 17, prf. 126, fg. 2 («quum de lucro duorum quaeretur melior est causa possidentis»).

Solución 2.^a) Si ninguno de los sujetos está en posesión de la cosa, y ésta es divisible, se reparte entre todos aquellos que tienen el mismo derecho.

Aplicación del principio del trato igual, y sistema de reducción parcial de cada derecho.

Solución 3.^a) Que ninguno de los titulares esté en posesión del objeto, y que éste sea además, indivisible. Caben dos soluciones.

a) Estimar inexistentes ambos derechos. Solución semejante a una de las citadas anteriormente.

b) Designar titular a quien decida la suerte.

Este sistema era del agrado de los juristas romanos, que empleaban la suerte como forma de decisión en caso de duda. FERRINI cita los textos Dig. V, 1, fr. 14 y Dig. X, 2, fr. 5.

4.º A esta exposición de MACKELDEY, muy completa, conviene añadir el principio de prioridad, que tuvo en el Derecho Romano manifestaciones muy variadas, y que constituye, como observaremos posteriormente, (158) e indica BOULANGER, el más racional y lógico de todos ellos.

(156) Véase más adelante, cap. V, n.º 13.

(157) *Infra*, cap. V, n.º 6.

(158) *Infra*, cap. V, n.º 5.

C) *Los principios de colisión en la actualidad y clasificación*

Algunas de las soluciones acogidas por el Derecho romano casi no tienen importancia actualmente (por ejemplo, la decisión por suerte). En cambio, necesidades e instituciones nuevas han provocado la aparición de nuevos criterios o la ampliación de los existentes. Tal ha ocurrido con el principio de publicidad—con base en los modernos sistemas—y con el principio de prioridad referido al momento de la formalización, inscripción o documentación de los derechos, ampliación del antiguo principio aplicable solamente al momento del nacimiento.

Son muchos los principios de solución que recogen la legislación y la doctrina modernas. Con base en el fundamento de cada uno de ellos, creemos que se puede aceptar la siguiente clasificación:

1.º Por razón de la jerarquía del bien protegido: Principio de la supremacía del derecho que recoge un interés superior.

2.º Por razón de la seguridad y del orden jurídicos:

- a) Principio de prioridad.
- b) Principio de prevención (o de posesión previa).
- c) Principio de la mayor diligencia.
- d) Principio de publicidad, fe pública y legitimación.

3.º Por razón de la distinta fortaleza de los derechos.

- a) Principio de supremacía de los derechos reales.
- b) Principio de preferencia o prelación.

4.º Por razón de la igualdad de trato.

- a) Principio «concurso partes fiunt».
- b) Principio de la decisión por sorteo.

5.º Por razón de equidad: Principio «de damno vitando».

6.º Principios complementarios: Principio de buena fe.

4.—El principio de la supremacía del interés superior

Sin necesidad de tomar parte en la ya larga disputa sobre la naturaleza de los derechos subjetivos, nos conviene de momento citar la teoría de IHERING, que concibe los derechos como «intereses jurídicamente protegidos» (159), y la teoría de la «jurisprudencia de los intereses», desarrollado por HECK (160), con base en la anterior; ambas posiciones doctri-

(159) IHERING: «El espíritu del derecho romano», t. IV, pág. 366, de la edición española.

(160) Vid. «Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz», 1914, o la traducción portuguesa de OSSORIO: «Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses», Coimbra, 1947.

nales van a ayudarnos a concretar el sentido del principio jurídico que estudiamos.

Dice LARENZ (161) resumiendo la tesis de HECK, que para este autor el Derecho «es un producto de los intereses que en el seno de la sociedad luchan por su reconocimiento».

Efectivamente, indica HECK, que «la forma de interpretación de las leyes que mejor satisface los intereses prácticos está constituida por la investigación histórica de los intereses», por lo que el Juez debe dar la preferencia al interés que en la Ley ha alcanzado hegemonía (162).

Con base, por tanto, en esta teoría—a la que reconocemos un gran fondo de verdad—resulta claro que en todo caso de colisión y siempre que pueda advertirse la presencia de derechos que protegen intereses distintos, con supremacía de alguno de estos intereses, la colisión debe resolverse en favor del interés más protegido.

Solución o principio que también recoge COVIELLO (163), cuando afirma que si la colisión se presenta entre derechos de diversa entidad debe prevalecer aquél de los derechos que la tenga mayor; y también RODRÍGUEZ DE CEPEDA (164), al decir que «los fines próximos se han de subordinar a los remotos o últimos, los inferiores a los superiores, los menos nobles a los más excelentes».

Mas ¿cómo determinar esa relación de superioridad o inferioridad? El problema no es fácil de resolver. Sería preciso llegar previamente a una jerarquización de intereses.

Es interés, en términos generales, la especial relación de afecto que liga al hombre con los bienes, resultado de cada particular juicio sobre el valor que éstos pueden tener en orden a la satisfacción de nuestras necesidades, o, como dice IHERING, (166), «el valor en relación particular con el sujeto y sus fines».

Intervienen, pues, dos factores en la determinación del interés: uno, objetivo, que consiste en el valor del bien en sí; otro, subjetivo, que depende de la aptitud para sentir ese valor y de las circunstancias particulares de cada sujeto.

Desde el momento en que existe este factor subjetivo es imposible hacer, con exactitud, una jerarquía de intereses, porque la valoración de un mismo bien varía mucho de unos sujetos a otros.

Ante la imprecisión del factor subjetivo, debe prescindirse de él y recurrir al objetivo, como clave para una jerarquización. El derecho debe

(161) LARENZ: «La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado», trad. esp. Ed. Rev. Dcho. Priv. Madrid, 1942.

(162) HECK: op. cit., pág. 11.

(163) COVIELLO, op. cit., pág. 489.

(164) RODRÍGUEZ DE CEPEDA, op. cit., pág. 185.

(166) IHERING: op. cit., tomo IV, pág. 366, ed. española.

construirse sobre los casos generales, y en esa misma generalidad el interés correspondiente a un bien superior resulta siempre preferido sobre el que responde a un bien inferior.

La jerarquización de los derechos nos ha llevado a la de los intereses, y la de éstos ha de responder, según lo expuesto, a una jerarquización de los bienes de la vida.

El problema obtiene así una concreción que nos permitirá, al menos, intentar resolverlo. Mas ¿cómo y dónde obtener una jerarquía de los bienes de la vida que sea jurídica?

No podemos buscarla en la jerarquía de los valores—como quizás fuese lo procedente en un riguroso proceso mental—porque muchos de éstos son ajenos al mundo jurídico. Basta con recordar a este efecto la conocida clasificación de los valores en útiles, lógicos, estéticos y religiosos. ¿Cómo encuadrar los valores lógicos o estéticos en su relación con los derechos subjetivos? Los valores religiosos, por su universalidad, sí pueden interesar; pero no en cuanto religiosos, sino en cuanto útiles y esenciales al hombre y a la sociedad.

Solamente, pues, los valores útiles, o bienes, pueden conducirnos a una jerarquización de derechos.

COVIELLO, en relación con todo este problema, se limita a exponer simplemente que los derechos de la personalidad deben prevalecer sobre los simplemente patrimoniales. RODRÍGUEZ DE CEPEDA es más explícito, diciendo que el bien común se ha de preferir al particular, el mayor al menor, el más noble al menos noble, el más necesario al menos necesario y el bien absoluto o supremo a todos, por lo que establece la siguiente clasificación de los bienes según su excelencia: A) Bienes del alma; B) Bienes del cuerpo, divididos a su vez: a) Bienes de la vida; b) Bienes del estado, y c) Bienes de la comodidad, según sean necesarios, menos necesarios o superfluos.

No queremos pasar de aquí. Cualquier nuevo avance en el desarrollo de la jerarquía de los intereses sería quizá pueril. Es imposible llegar a mayores concreciones, salvo que incidiésemos en una casuística sin interés práctico, sometida a mil excepciones, porque—en definitiva—cada supuesto concreto aparece rodeado de aquellas genuinas circunstancias que ayudan a clasificar la jerarquía del interés.

Por último, debemos advertir que este principio—tan lógico—es sin embargo, excesivamente doctrinal; sus aplicaciones prácticas son escasas y salvo en contadas ocasiones—(presencia de algún derecho de la personalidad en la colisión)—no se aplica, siendo substituído por algún otro de los que pasamos a examinar (167).

(167) Vid, no obstante, la aplicación que del mismo se hace en los artículos 1.924 del Código civil y 913 del Código de Comercio, que se analizan en capítulos posteriores.

5.—El principio de prioridad

A) Concepto y precedentes históricos

El principio de prioridad es aquél que concede supremacía al derecho más antiguo en las hipótesis de conflicto.

Conocido de antiguo, representa la aplicación al orden jurídico de un principio universal: la supremacía del que primero nace, conquista o realiza algo, cuyo fundamento radica en la exigencia de un orden en todas las cosas. Cuando no existen otras razones, la prioridad marca un orden natural de preferencia. En el deporte, gana una carrera el que primero llega; en la familia, es primogénito el que primero nace; en Derecho, es adquirente el que primero ocupa una «res nullius», o el que primero inscribe un título, o el que primero consigue una concesión administrativa, o el que primero obtiene una promesa.

El principio aparece formulado con toda claridad desde el Derecho justiniano con arreglo a la clásica expresión «prior tempore, potior iure».

Tratándose de servicios dados en arrendamiento a dos personas en forma incompatible, ULPIANO decide que «se satisfaga antes al primer arrendatario» («priori conductori ante satisfieri») (168).

En otro texto (169), Augusto concede a Varo la preferencia sobre el fundo que recibió en prenda antes de que fuese obligado a favor de la República, porque «sicut prior est tempore, ita potior est iure». En fin, en el Digesto (170), HERMOGENIANO dicta la regla siguiente: «Quoties utriusque causa lucri ratio vertitur, is preferendus est, cuius in lucrum causa tempore praecedit».

También PAULO había decidido que «vetustas, semper pro leger habetur» (171), para justificar que en aquel caso concreto el lugar inferior presta servidumbre al superior.

En el Derecho medieval, el principio fué recogido por glosadores, postglosadores, comentaristas y legisladores. En el Corpus Iuris Canonici se recoge con la fórmula «qui prior est tempore, potior est iure» (172), constantemente repetida por los prácticos. Existen otras formulaciones, bien latinas (173), germanas (174), o francesas (175) del mismo principio.

(168) ULPIANO, Dig. XIX, 2, pr. 26.

(169) Cód. 8, 18, L. 4.

(170) HERMOGENIANO, Dig. 50, 18, 98.

(171) PAULO, Dig. de aqua, 39, 3, 2 pr.

(172) Cód. 54, de reg. iuris, in Sexto, 5, 12.

(173) «A primordio titulo, semper, posterior, formatus eventus».

(174) «Die ältesten Briefe, gehen vor».

(175) «Les premiers vont devant»; «qui premier vient, premier engraine»; «ancienneté a autorité».

lo que prueba su aceptación universal y constante aplicación práctica.

En los tiempos modernos el principio de prioridad se ha estudiado con especial atención en el derecho hipotecario, en íntima relación con el principio de publicidad. En esta dirección, pueden verse entre nosotros los estudios de ROCA SASTRE (176), SANZ FERNÁNDEZ (177), RUIZ MARTÍNEZ (178), PELAYO HORE (179), etc.

Con aplicación a la colisión de derechos BOULANGER indica que es el principio más lógico de solución (180), aunque sea insuficiente.

B) *Fundamento*

Hemos expuesto anteriormente algunas ideas acerca de su justificación, que remotamente se encuentra en el mismo valor del tiempo como un instrumento natural y primario de orden. Más técnicamente, existe otro doble fundamento:

1.º Las exigencias de la seguridad jurídica.

El nacimiento de un derecho, y más aún, el cumplimiento en primer lugar de las solemnidades que la Ley puede exigir, (tradicción, documentación, inscripción etc.), están al servicio de la seguridad jurídica. Debe observarse que la idea de Derecho no se agota en la idea de justicia pues como destaca RADBRUCH (181), existen otras dos notas constitutivas de ella, la de FINALIDAD y la de SEGURIDAD, que «dominan conjuntamente a éste en todos sus aspectos, aunque puedan surgir entre estos elementos agudas contradicciones».

2.º El castigo de la negligencia

Esta es otra de las justificaciones del principio de prioridad, expuesta con maravillosa claridad en la exposición de motivos de la ley Hipotecaria de 1861, al indicar que «en el interés de los que adquieran un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro, por error, a contratar acerca de la misma cosa, que dejó de inscribirse oportunamente».

Esta explicación, sin embargo, resulta insuficiente; no explica los ca-

(176) ROCA SASTRE: «Derecho Hipotecario», Barcelona, 1948, vol. I, pág. 666.

(177) SANZ FERNÁNDEZ: «Instituciones de Derecho Hipotecario», Madrid, 1947.

(178) RUIZ MARTÍNEZ: «El principio de prioridad», Rev. Dcho. Inmobiliario, 1925, pág. 865.

(179) PELAYO HORE: «La angustiosa prioridad», Rev. Dcho. Priv., 1952, pág. 281.

(180) Se expresa así: «A n'envisager le problème que du point de vu rationnel, c'est, semble-t-il, l'ordre chronologique de la création ou de la transmission des droits qui devrait, en toute hypothèse, fournir le principe de solution, qu'il s'agisse de droits personnels ou de droits réels». Op. et loc. cit., pág. 545.

(181) RADBRUCH: «Filosofía del Derecho», Madrid, 1933, págs. 99 y ss.

sos en que se aplica la prioridad, a pesar de la diligencia del que puede resultar perjudicado (182).

C) *Formas de manifestación del principio de prioridad*

La prioridad puede ser referida a diversos momentos en la vida de los derechos subjetivos. Lo natural es que se aplique al momento del *nacimiento* que es diverso para los distintos tipos de derechos: mientras para los reales depende de la existencia de alguno de los modos de adquirir, para los derechos de obligación depende normalmente de la perfección de los contratos, y para los derechos sucesorios, del momento de la muerte del causante o de la fecha de aceptación de la herencia. En algunos ordenamientos jurídicos (v. g. alemán, suizo, italiano, etc.), el nacimiento de los derechos reales inscribibles se verifica en el momento de la *inscripción*; pero en nuestro Derecho, con excepción del derecho de hipoteca, la inscripción no es constitutiva.

Pero la prioridad puede referirse a otros momentos, generalmente al del cumplimiento de determinadas *formalidades*. En estos casos, el Derecho ha estimado más importante el momento de la *solemnización* del derecho que el de su nacimiento, quizá por la mayor precisión de la fecha en aquél, quizá para excitar el mismo cumplimiento de estas fórmulas.

Lo que ocurre es que el principio de prioridad en la inscripción recibe con frecuencia, pero erróneamente, el nombre de principio de publicidad. BOULANGER así lo califica, indicando que gracias al imperio de este principio es «preferido el primero que ha recurrido a las formas de publicidad previstas para la salvaguardia de las prerrogativas jurídicas». A continuación indica que en el derecho francés se aplica a «la venta de los inmuebles, constitución de hipotecas, venta de un navío, de una aeronave, de la cesión de derechos de invención o patentes de fábrica. Y aclara que «el orden en que se sucederán las formalidades coincidirá, es cierto, en la mayor parte de los casos, con el orden mismo de la transmisión de los derechos, de tal manera que la regla de conflictos obtenida de la noción de publicidad estará prácticamente de acuerdo con la regla racional del adagio tradicional «*prior tempore, potior iure*» (183).

(182) Vid, en este sentido RUIZ MARTÍNEZ, ob. cit., 867, ss.

(183) BOULANGER, op. cit., pág. 547.

D) *Aplicación del principio de prioridad al derecho privado.*

El principio de prioridad se aplica a numerosas instituciones, cuando no existe ningún otro principio que impida su aplicación.

En el campo del derecho inmobiliario constituye uno de los principios básicos, recogido en los artículos, 17, 20, 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, y artículo 1.473 del Código civil.

Se aplica también en todos los casos de concurso y concurrencia de derechos (184). E igualmente tiene un gran juego en la determinación del momentos de adquisición de los mismos (185).

E) *Principio de prioridad y la colisión de derechos*

En numerosas ocasiones las leyes y la jurisprudencia resuelven la colisión en favor del derecho más antiguo. Y aunque la ley no indique expresamente la preferencia, el aforismo «prior tempore, potior iure» ha adquirido en nuestro ordenamiento categoría de principio general de Derecho sancionado por el Tribunal Supremo. Son numerosas las sentencias que recogen este principio, tanto anteriores como posteriores al Código civil. Pertenecen al primer grupo las de doce de abril de 1884 (186), 1.º de junio y 6 de octubre de 1866; 10 de marzo de 1881; 5 de enero de 1884 (187), etc., etc. Son posteriores al Código, entre muchas, las de 13 de febrero de 1892 (188), 21 de marzo de 1928 (189), 10 de marzo y 1.º de mayo de 1947, etc., etc.

Legalmente, el principio aparece sancionado en los artículos 1.473, 1.923, 1.924 «in fine», 1.927, 445, etc. del Código civil; artículos 916-1.º y 2.º del Código de Comercio; artículo 17 de la Ley Hipotecaria, etc., etc.

Son requisitos para la aplicación de este principio los siguientes:

1.º Que se refiera a derechos de la misma fortaleza, pero que no sean los créditos comunes del artículo 1.925, del Código Civil (190).

Sucede que cuando se trata de derechos de distinta naturaleza o fortaleza operan otros principios, especialmente el de la supremacía de los derechos reales y el de la preferencia o prelación.

(184) Vid. arts. 1.922-1.923-1.926-1.927, etc. Cód. Civil.

(185) Vid. arts. 609-1.473, Cód. Civil, etc.

(186) Que establece la preferencia de los créditos escriturarios por las fechas, al amparo de la ley 5.ª, lit. 24, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

(187) Que ordenan pagar primero las obligaciones que nacen de títulos más antiguos.

(188) Considerando 2.º: «El crédito de X... es más antiguo que el de Y...». Ha debido acordar el pago preferente de aquél, con arreglo al principio de derecho, sancionado con repetición por este Tribunal Supremo, «qui prior est tempore, potior est iure».

(189) Considerando primero: «Todo el sistema inmobiliario vigente está basado en el principio cardinal «prior tempore, potior iure».

(190) Arg. artículo 1.924, in fine; art. 1.929.

2.º Que ambos acreedores o titulares de derechos en colisión intenten obtener un lucro.

Este requisito se exige con objeto de evitar el choque del principio de prioridad con el principio de equidad, «prior est causa eius qui certat de damno vitando, quam illius qui certat de lucro captando».

El requisito ya fué exigido por HERMOGENIANO al indicar la aplicación del principio de prioridad «quoties utriusque causa lucri ratio veritur» (191).

3.º Que no existan en los textos legales excepciones expresamente consignadas.

Efectivamente, a veces resulta preferido el derecho más nuevo. Recogen esta excepción los artículos 1.927-3.º del Código Civil y 730 del Código de Comercio (192).

El fundamento de la excepción radica en el carácter y finalidad de ciertos préstamos, que exige la mayor protección del crédito posterior en beneficio de la cosa refaccionada e incluso de los créditos anteriores, al servir de medio para evitar la destrucción de dicho objeto.

Con referencia al ámbito de aplicación de este principio, algunos autores—y especialmente FERRINI (193)—defendieron la tesis de que solamente podía aplicarse a los derechos reales, pero no a los de crédito.

Esta opinión es inexacta. Teóricamente, porque no existe ninguna razón suficientemente en su favor; legalmente, porque desde el Derecho Romano (194), hasta nuestros días (195), el principio de prioridad ha venido aplicándose a los derechos de crédito, dentro de los límites que acabamos de exponer.

6.—El principio de prevención (o de posesión previa)

A) Concepción y precedentes históricos

La prevención significa la precedencia, siempre en orden de tiempo, de una acción respecto de otra sucesiva (196).

(191) HERMOGENIANO: Dig. de reg. iuris, 50, 17, 98.

(192) Artículo 1.927-3.º Cód. Civil: «Los (créditos) refaccionarios no anotados ni inscritos en el Registro, a que se refiere el núm. 5.º del art. 1.923. gozarán de prelación entre sí por orden inverso de antigüedad».

Artículo 730 del Cód. de Comercio: «Los préstamos (a la gruesa) hechos durante el viaje tendrán preferencia sobre los que se hicieron antes de la expedición del buque y se graduarán por orden inverso al de sus fechas».

(193) FERRINI, op. cit., pág. 52, nota 1.

(194) Vid, por ejemplo ULIANO, Dig. XIX, 2, pr. 26, que aplica el principio al derecho de arrendamiento.

(195) Vid. artículos 656, 1.924-3.º, 1.929-2.º del Cód. Civil.

(196) Véase «Dizionario práctico de Diritto Privato», vol. V, parte II, pág. 481.

Esta acción puede consistir en el ejercicio judicial del derecho, en la ocupación de una cosa, en la documentación de un negocio, etc. Los casos más frecuentes de prevención son los de ocupación previa.

El principio de prevención, aplicado a la colisión de derechos, significa la preferencia a favor del titular que ha precedido a los otros titulares en alguna de las formas mencionadas, y fundamentalmente, en la posesión de la cosa sobre la cual recaen directa o indirectamente los derechos en colisión. En estos casos el principio de prevención se concreta en el principio «*melior est conditio possidentis*».

En el Derecho Romano el principio tuvo una gran aplicación práctica en la resolución de conflictos. Son textos importantes el de ULPIANO (197) que decide la mejor condición—«*et verius est accupantis meliorem esse conditionem*»—del acreedor por acción noxal que *posee* al esclavo causante de daños o delitos a diversas personas; el de PAULO (198) que decide el mejor derecho —«*melior est causa consumentis*»— del menor que ha recibido el dinero y lo ha consumido respecto del menor que se lo entregó en préstamo; el de GAYO, al decidir que «*in actione de peculio occupantis melior est conditio*» (199).

Aparte otros textos (200), citados por FERRINI (201), PAULO lo recoge con carácter general en la siguiente formulación: «*in pari causa, possessor potior haberi debet*» (202).

B) *Fundamento*

Su razón de ser es análoga a la del principio de prioridad, del cual en el fondo es una aplicación. Tiene por base la seguridad, el respeto que debe dispensarse a las situaciones consolidadas. Para BARASSI (203) se justifica en el principio «*quieta non movere*».

Existe, además, otra razón de orden práctico y de equidad. En muchas ocasiones el principio se aplica a situaciones de origen antijurídico, y entonces tiene un cierto sentido correctivo para algunos de los infractores de la ley. No sin razón, generalmente se enuncia el principio así: «*in pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis*».

(197) ULPIANO, Dig. 9, 4, fr. 14.

(198) PAULO, Dig. IV, 4, fr. 34.

(199) GAYO, Dig. 15-1, fr. 10.

(200) Vid. Dig. 20, 1; fr. 10, 16, pr. 8; Dig. 45, 2, fr. 2, 3, pr. 1 y fr. 16; Dig. 6, 2, fr. 9, pr. 4.

(201) Opus cit., págs. 52 y 53.

(202) PAULO, Dig. 50, 17. L. 128.

(203) BARASSI: Obra citada, pág. 157.

C) *Aplicaciones actuales del principio*

Según BARASSI el principio de prevención se aplica en el derecho italiano para decidir las controversias cuando ambos acreedores «certant de lucro captando» o de «damno vitando», en favor del poseedor; y también, en la colisión entre derechos quirografarios, en favor de aquel acreedor que ha actuado singularmente su crédito (204).

En el Derecho civil español se contienen aplicaciones del principio en los artículos 1.306 y 1.798.

7.—Principio de la mayor diligencia

A) *Concepto y fundamento*

Intimamente relacionado con el principio de prevención, el principio de la mayor diligencia tiene también numerosos antecedentes en el Derecho Romano.

Consiste este principio en la protección dispensada por el Derecho a aquél que cuida con especial atención de la seguridad de sus derechos, procurando en todo momento aprovechar las disposiciones favorables del ordenamiento o las mejores coyunturas de la vida social y económica. Representa tanto un premio a la diligencia como un castigo al abandono.

Se justifica teniendo presente que los derechos no existen solamente en interés exclusivo de su titular, sino que afectan a la comunidad en general. Y así como a nadie le es lícito ejercitarlos anormalmente, tampoco se le permite una pasividad absoluta, en interés de los obligados por el Derecho, en interés de la seguridad jurídica e incluso en interés de la economía del país.

Existen numerosas formulaciones doctrinales de este principio, que dan idea de su generalización y empleo en la justificación de diversas figuras y soluciones de Derecho. La expresión más corriente es la de «iura succurrunt vigilantibus et non dormientibus»; MANS (205) cita estas otras: «iura civile vigilantibus scriptum est»; «iura vigilantibus, non dormientibus, subveniunt»; «iura vigilantibus prosunt et subveniunt»; «Ubi maius periculum, ibi cautius agentium est», etc.

B) *Aplicaciones actuales de este principio*

El principio de la mayor diligencia no suele aplicarse directamente en la solución de los casos de colisión; más bien informa y sirve de fun-

(204) BARASSI: *ibídem*, págs. 157-158.

(205) MANS PUIGARNAU: «Los principios generales del Derecho», Barcelona, 1947, pág. 141.

damento a otras instituciones que están al servicio de la seguridad y del orden jurídico, evitando el planteamiento de colisiones.

Son instituciones en las que se manifiesta este principio las de caducidad, usucapción y prescripción, que al aclarar en el orden jurídico la subsistencia y pertenencia de los derechos evitan el planteamiento de colisiones. También sirve de fundamento a los principios hipotecarios de publicidad y prioridad, en cuanto sirve de estímulo a los sujetos para la inscripción de sus derechos.

8.—Los principios de publicidad, fe pública y legitimación

A) Concepto y fundamento

Mediante el juego de estos tres principios se consigue que—en las relaciones con los terceros—los asientos de los Registros se consideren exactos—verdaderos e íntegros—de tal forma que cualquier derecho no inscrito no pueda perjudicar al que inscribe un derecho opuesto, ni en general, pueda alegarse contra quien adquiere un derecho que consta como libre en el Registro la existencia de gravámenes o limitaciones. En definitiva, lo que en el Registro consta es sola y toda la verdad—principio de fe pública—, y al titular que tiene un derecho inscrito a su favor se ha de considerar a todos los efectos como verdadero dueño, mientras los asientos del Registro no se modifiquen—principio de legitimación.

El fundamento de estos principios es claro y evidente. Sirven al postulado de la seguridad jurídica, lograda a través de la clasificación registral de las situaciones jurídicas. Los derechos son realidades incorpóreas que no se aprecian sensitivamente; pero a través de los asientos de los Registros puede conseguirse una idea exacta sobre su existencia y contenido. El Registro representa un paso hacia la corporeización de los derechos.

Estos principios—que alcanzan su máximo desarrollo en el campo hipotecario—también se aplican a sistemas de registro menos perfectos, como son los del Registro mercantil y del estado civil de las personas.

B) Aplicaciones a la colisión de derechos

En virtud de estos principios, quedan resueltas a favor de los derechos inscritos las colisiones que puedan existir entre derechos reales y entre algunos derechos de crédito.

Son básicos, a este respecto, los artículos 31, 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, y el artículo 1.473 del Código Civil.

Conviene tener presente, no obstante, que estos preceptos no son de aplicación absoluta. Precisa la observancia de determinados requisitos, y especialmente, la condición de tercero hipotecario en el adquirente que quiera ser protegido por la apariencia registral. Sin necesidad de traer a colación las numerosas opiniones sobre el concepto de tercero (206), destaquemos que en el orden legal resuelve el problema el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Es curioso observar cómo en este precepto se exige la intervención del principio de buena fe y también la del principio de equidad que favorece a «qui certant de damno vitando» (al precisarse que la transmisión sea a título oneroso), principios complementarios que se estudiarán posteriormente.

9.—Principio de supremacía de los derechos reales

A) *Concepto y fundamento*

Por virtud de este principio, los derechos reales tienen siempre supremacía sobre los derechos de crédito en caso de colisión entre unos y otros. Recordemos que muchos autores son contrarios a la posibilidad de este tipo de colisión, y por tanto, a la posibilidad de aplicación de este principio. Pero MESSINEO lo recoge expresamente (207) y nosotros vemos con toda claridad que en las hipótesis de insolvencia (208) existe colisión de derechos de este tipo y aplicación del principio enunciado.

El principio tiene su fundamento en la misma naturaleza del derecho real, que al recaer sobre cosa específica y determinada sujetándolo al poder del titular en la totalidad (dominio), o en parte (*ius in re aliena*) de sus relaciones, excluye cualquier otro poder que pueda recaer sobre la cosa (salvo los casos de indivisión), y fundamentalmente, el poder ejecutivo de los acreedores

Pero esta mayor intensidad del derecho real se compensa con la menor extensión de su garantía; el titular del derecho real tiene como garantía—permítasenos la expresión—solamente la cosa objeto de su derecho, mientras el titular de un derecho de crédito puede dirigirse contra todos los bienes que constituyen el patrimonio del deudor (artículo 1911 del Código Civil), pero siempre en posición subordinada respecto a los derechos reales que existan sobre esas cosas (con la sola excepción de que estos derechos reales no estén inscritos y el acreedor obtenga la anotación preventiva de su demanda o crédito).

(206) Roca, *op. cit.*, pág. 402, Sanz, *op. cit.*

(207) MESSINEO, obra citada, pág. 93.

(208) Vid. cap. IV, n.º 26 g.

B) Aplicaciones de este principio

En el Derecho español se aplica este principio en los artículos 1.923-3.º y 4.º, del Código Civil; artículos 1.917 y 1.927 del mismo; artículos 914 y 918 del Código de Comercio, etc.

La excepción que antes se expuso se contiene en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, con fundamento en el principio de fe pública.

10.—Principio de preferencia de los créditos privilegiados

A) Concepto y precedentes históricos

Son créditos privilegiados los que gozan de preferencia sobre el patrimonio del deudor, concedida directamente por la Ley en atención al especial origen o naturaleza del crédito.

Los créditos privilegiados constituyen—conjuntamente con los hipotecarios y pignoratícios—la excepción del principio de igualdad que el artículo 1.911 del Código Civil parece definir al decir que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros» y que expresamente reconoce el artículo 2.741 del Código italiano de 1.942, tomando del artículo 1.949 del antiguo (209). Estas tres figuras jurídicas—créditos hipotecarios, pignoratícios y privilegiados—reciben por esta razón el nombre de causas de prelación.

La prelación, a su vez, se define en el derecho moderno como «aquel instituto en virtud del cual un acreedor que se encuentre en una cierta relación jurídica frente al vínculo obligatorio, es preferido a todos los otros acreedores frente al patrimonio del deudor común, de suerte que su crédito se satisface íntegramente en primer lugar...» (210).

El Derecho romano conocía perfectamente la institución, y en las fuentes se encuentran numerosos ejemplos de crédito privilegiado. Merece especial mención la protección dispensada a los gastos de entierro—los denominados hoy gastos por funeral, del artículo 1.924-2.º letra B del Código Civil—considerados como gastos de la herencia y de carácter preferente en el texto de MECIANO (211): «Impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quae etiam omne creditum solet praecedere, quum bona solvendo non sit». También se recogía, en la forma de una prenda

(209) Artículo 2.741 C. C. italiano: «Concorso dei creditori e cause de prelazione: I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni debitore, salvo le cause legittime di prelazione»

(210) Concepto del «Dizionario Pratico del Diritto Privato», vol. V, p. II, pág. 351.

(211) Dig. VI, 7, l. 45.

tácita, el privilegio a favor del arrendador sobre los frutos de la cosa arrendada y en garantía del precio del arrendamiento (hoy privilegio del artículo 1.922-7.º del Código Civil español), en el texto de NERATIO: «eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenire» (212). Finalmente, podemos citar como un caso curioso de juegos de privilegios el del texto de PAULO, Dig. 15, 1 L. 52, comentado recientemente por SOLAZZI (213).

B) *Fundamento*

Indica BIANCHI (214) que la preferencia se otorga a algunos créditos por razones de humanidad, de justicia o de conveniencia política, e incluso en interés del propio deudor que puede encontrar así créditos con mayores facilidades.

Efectivamente, el privilegio hace que la garantía genérica del artículo 1.911, se convierta en una garantía específica que bien recaerá sobre algunos bienes, muebles o inmuebles, del deudor, o bien, con carácter general, sobre todo el patrimonio, en forma de una preferencia sobre el precio de los bienes vendidos. Los derechos privilegiados adquieren así una intensidad parecida a la de los derechos reales, pero diferenciándose de éstos en una nota muy importante: que esta fuerza no se dá contra los terceros, sino únicamente contra el deudor y contra los demás coacreedores quirografarios o con privilegio inferior. Esta regla general sufre no obstante, una excepción en el derecho español con relación a los créditos singularmente privilegiados sobre bienes muebles (artículo 1.922), pues este precepto concede al acreedor la posibilidad de dirigirse contra terceros, legitimándole para el ejercicio de la acción reivindicatoria, si bien en el plazo limitado de treinta días (215).

Esta mayor protección de los créditos privilegiados tiene su base, ya lo hemos advertido, en razones de justicia, de humanidad o de conveniencia política.

Las razones de justicia y de humanidad, son, en realidad, las mismas que servían de fundamento al primero de los principios de colisión que hemos estudiado, es decir, al principio de la supremacía del derecho que protegía un interés superior. Este fundamento se aprecia con claridad en alguno de estos créditos, principalmente en los recogidos en el artículo

(212) NERATIO, Dig. XX, 2, L. 4.

(213) SOLAZZI: «I crediti privilegiati in D. 15, 1, 52 e 14, 5, 3 in la rivista «Studia et documenta historiae et iuris», XVI, 1950, pág. 273.

(214) BIANCHI, obra citada, pág. 48.

(215) Artículo 1.922, in fine: «Si los bienes muebles sobre que recae preferencia hubieren sido substraídos, el acreedor podrá reclamarlos de quien los tuviere, dentro del término de treinta días contados desde que ocurrió la sustracción»

1.924: gastos de justicia y administración, funerales del deudor, última enfermedad, jornales y salarios de dependientes y criados domésticos, anticipos al deudor y familiares, pensiones alimenticias, etc. En todos ellos existe un interés digno de una especial protección. Por ejemplo, con relación a los gastos funerarios, los justificaba ULPIANO (216), diciendo: «sic enim fieri, ne insepulta corpora iacerent, neve quis de alieno fune-retur», motivos que han sido repetidos por todos los comentaristas posteriores (217), aunque, como advierte acertadamente BIANCHI (218), «en el moderno derecho las leyes sobre sanidad pública proveen a la tutela de la higiene».

En otros tipos de crédito—los recogidos en el artículo 1.922, del Código Civil español—por ejemplo—las razones son preferentemente de justicia y de equidad. Parece lógico que quien ha construido, reparado, vendido o transportado una cosa tenga una cierta preferencia—con relación al precio de venta de dicha cosa—sobre los restantes acreedores, así como quien lo ha arrendado tenga un cierto derecho preferente sobre sus frutos, etc.

Por último, hay razones de conveniencia política o de carácter público, que justifican la preferencia concedida a ciertos créditos, cual son, por ejemplo, los créditos a favor del Estado o de las Corporaciones locales por razón de algunos impuestos, o los créditos a favor de los aseguradores.

C) Aplicaciones de este principio

En la legislación extranjera, los privilegios constituyen una de las causas de prelación, perfectamente diferenciados de la prenda y de la hipoteca. BIANCHI (219), señala las siguientes diferencias:

a) Mientras la prenda y la hipoteca pueden tener un origen convencional, el privilegio tiene siempre un origen legal.

b) Mientras la hipoteca tiene vida solamente desde el momento de la inscripción, el privilegio deriva directamente de la Ley.

c) Mientras en la hipoteca, la prelación entre ellas se determina por la fecha (220), en los privilegios de la jerarquía entre ellos depende de la

(216) ULPIANO: Comentarios al Edito. Lib. XXV (Dig. XI, 7, 12, pr. 3).

(217) Por ejemplo, LAURENT, op. cit., XXIX, 357; «Y'l y a encore un motif d'humanité et de pitié tout aussi évident, quelles que soient les croyances religieuses, le législateur doit veiller, par respect pour la personnalité humaine, à ce que les cadavres ne soient pas abandonnés en proie aux bêtes fauves».

(218) BIANCHI, ob. cit., pág. 195.

(219) BIANCHI, ob. cit., pág. 50.

(220) Con algunas excepciones. En el derecho alemán, por ejemplo, se determina por el rango.

naturaleza del crédito, pudiéndose darse el caso de que el último tenga preferencia sobre el primero.

d) La hipoteca y la prenda, en fin, constituyen garantías más fuertes que el privilegio, en cuanto que, subsistiendo la cosa, hipotecada o pignorada, ningún otro crédito puede sobreponerse.

En el Derecho Civil español toda la teoría que venimos examinando se encuentra aplicada en los artículos 1.922, 1.923 y 1.924 del Código civil, en relación con los artículos 1.926, 1.927, 1.928 y 1.929, pero de una forma bastante rudimentaria y confusa.

En primer lugar, no existe una declaración expresa del principio de igualdad de todos los créditos, como ocurre en el artículo 2.741 del código italiano, por ejemplo. Pero ese principio lógico se deduce del propio artículo 1.911—en cuanto es común a todos los créditos la responsabilidad universal del deudor—y del artículo 1.925, que si bien se expresa en forma negativa (221), puede traducirse de la siguiente forma: todos los acreedores tienen el mismo derecho para dirigirse contra los bienes del deudor salvo que gozasen de preferencia, taxativamente enumerada en los artículos anteriores.

En segundo lugar, se mezclan en la enumeración del Código los créditos privilegiados con los créditos hipotecarios o pignoratícios, estableciendo una unidad de régimen que no se corresponde con una unidad de naturaleza en estas causas de prelación. Por ejemplo, en el artículo 1.922 son créditos privilegiados los de los números 1.º, 4.º, 5.º, 6.º y 7.º, y aún en el número 1.º se mezcla el privilegio con el derecho de retención, mientras los números 2.º y 3.º constituyen ejemplos de créditos pignoratícios.

En el artículo 1.923, son privilegiados los créditos de los números 1.º, 2.º (confirmados por los artículos 194 y 196 LH) y 5.º, mientras son hipotecarios los números 3.º y 4.º. Conviene advertir que los dos primeros pueden también ser hipotecarios, cuando para alcanzar una garantía superior a los dos años o dividendos, se exija la constitución de la hipoteca legal que autoriza el artículo 168 LH, núm. 6.º y 7.º.

Por último, son privilegiados todos los créditos consignados en el artículo 1.924.

En el Derecho Mercantil español existen ejemplos muy frecuentes de créditos privilegiados (por ejemplo, artículos 320, 340, 375, 573, etc.). Especialmente en el derecho marítimo, por su especial técnica, hasta tal punto que llegan a tener preferencia sobre los créditos hipotecarios en un gran número de casos. Como advierte muy agudamente GELLA (222), la hipoteca naval es «uno de tanto privilegios que ocupan un lugar y no pre-

(221) Artículo 1.925: «No gozarán de preferencia los créditos de cualquiera otra clase, o por cualquier otro título, no comprendidos en los artículos anteriores».

(222) VICENTE GELLA: «Curso de Derecho Mercantil», t. II, Zaragoza, 1945, pág. 208.

cisamente de los más preeminentes». Por fin en el Derecho Mercantil general y a los efectos de la quiebra, los créditos se clasifican en dos grupos, entre los cuales los artículos 913 y 914, establecen determinadas reglas de prelación, con un sistema similar al del Código civil (223).

Más adelante detallamos las soluciones de nuestro derecho positivo.

11.—Principio «concurso partes fiunt»

A) Concepto y fundamento

No son bien conocidos los antecedentes históricos ni el significado preciso de este principio, del cual los autores hablan con gran libertad, aplicándolo a las instituciones más dispares (224).

En general, el principio quiere significar que cuando en una concurrencia o incompatibilidad de derechos, todos los titulares son llamados al todo de algo (cosa, herencia, patrimonio), la solución más justa es atribuir a cada uno una parte en ese todo, con objeto de no excluir a ninguno. Cuando tal exclusión se realiza—e incluso, según SEGRÉ (225)—, cuando las partes que se realizan son desiguales, el principio no se aplica («concurso partes non fiunt»).

El principio tiene como base la igualdad de trato a los derechos iguales, y el principio de menor sacrificio, que se cumple cuando el sacrificio—si es necesario—es idéntico para todos los derechos en la forma de una reducción de su contenido (226).

B) Aplicaciones a la colisión de derechos

Requisito fundamental para la aplicación de este principio es que la concurrencia sea de derechos iguales, y, además, que ningún otro motivo aconseje la aplicación de alguno de los restantes principios de la colisión.

No se aplica, por tanto, cuando concurren derechos de distinta naturaleza, e, incluso, de distinta fecha, según la solución más corriente, aunque no general.

En nuestro Derecho positivo, aplican este principio los artículos 381,

(223) Véase más adelante, 2.ª parte, cap. V, n.º 11, G.

(224) Con relación a la copropiedad, por ejemplo, puede leerse, SEGRÉ: «Corso di Diritto Romano. La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali». Torino, 1931, págs. 42 y ss. quien cita, a su vez, textos de GAYO, (II, 199, 205, 206) y otros autores clásicos.

(225) Ob. cit., pág. 45

(226) Son interesantes, aunque discutibles, las aplicaciones que de este principio realiza DANTOINE («Les règles du Droit...», Lyon, 1710, págs. 314-315) en las hipótesis de concurrencia de los derechos de diversos legatarios o donatarios «mortis causa» sobre los mismos bienes.

1.926—regla 4.^a, 1.929—regla 2.^a y 3.^a del Código civil, y el artículo 916 del Código de Comercio, entre otros. En todos estos casos la colisión se resuelve en el sentido de conceder la misma fuerza a los derechos que coliden, sin más que una reducción proporcional—«a prorrata»—de todos los créditos que concurren. Creemos que en todos estos casos, las partes que se hacen en el concurso son, o bien las reducciones mutuas de cada derecho, o bien cada una de las partes que se realiza en el patrimonio del deudor común y que se atribuyen privativamente a cada derecho.

12.—Principio de la decisión por sorteo

A) *Concepto, fundamento y precedentes históricos*

Consiste en decidir los conflictos o colisiones en favor del titular que la fortuna o la suerte designen.

Inicialmente el jurista se extraña de que se admita solución en apariencia tan poco jurídica. El Derecho es, substancialmente, un orden previsto; su máxima perfección radica en la eliminación de lo arbitrario. Su esencia parece incompatible con este abandono al azar. Es afán de todo legislador la reducción al mínimo de lagunas legales.

Sin embargo, el principio de la decisión por sorteo no es absurdo ni antijurídico. Investigando los casos de aplicación de este principio se advierte, por un lado, que solamente se utiliza cuando no puede aplicarse ninguno de los otros principios, y cuando, aparentemente al menos, la decisión, cualquiera que sea, no perjudica a nadie en concreto.

El Derecho romano nos muestra alguna aplicación. Un texto de GAYO, recogido en el Digesto (227) concede las escrituras o títulos de los derechos existentes en una herencia, atribuida por partes iguales y en defecto de convenio, al heredero que designe la suerte.

También decide la suerte en el texto de ULPIANO. Dig. V, 1, pr. 14); pero el caso contemplado no es de colisión.

B) *Aplicaciones actuales*

En el derecho moderno se encuentran algunos ejemplos de la decisión por medio de sorteo, aplicada a las instituciones muy diversas.

En el derecho español, por ejemplo, se recoge el procedimiento en el artículo 616 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a propósito de la elección de peritos. La insaculación no es más que una de las formas del sorteo. Igualmente, la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 establece el

(227) GAYO: Dig. X, 2. pr. 5.

sistema del sorteo como uno de los medios de recogida o extinción de las obligaciones, en su artículo 130, que sigue los precedentes de la práctica y de las legislaciones extranjeras.

En el Código civil no existe ningún caso expreso de aplicación. El artículo 1.243, sin embargo, remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo referente a la «forma» del procedimiento de la prueba de peritos, pudiendo considerarse como un caso de admisión tácita del principio, que también puede tener cabida en el artículo 6.

Al margen de nuestro Derecho, podemos citar el artículo 729 del Código italiano de 1942, que establece el procedimiento del sorteo para la adjudicación de los lotes a los herederos, y el artículo 1.116, que por remisión a aquél, también lo recoge en la distribución de las partes de la cosa común que se divide.

13.—Principio de «damno vitando»

A) *Concepto, fundamento y precedentes*

Los romanistas expresaron que «potior est causa eius qui certat de damno vitando quam illius qui certat de lucro captando», resumiendo en esta fórmula el significado de numerosos pasajes del Derecho.

Supone este principio un fundamento de equidad: parece que se causa un daño menor al impedir el aumento de un patrimonio que al permitir la disminución de otro; es preferible dejar de enriquecerse que empobrecerse.

MACKELDEY alega el argumento del Dig. XII, 6, fr. 14; «iure natura aequum est, neminen cum alterius detrimento fieri locupletiozem (228), aunque en realidad, este texto se refiere a la prohibición del enriquecimiento indebido, y directamente no tiene relación con el principio «de damno vitando»: éste tiene su base en la equidad, y aquél lo tiene en el «alterius detrimentum».

La exposición de motivos de la ley de reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, al justificar el artículo 34, dice elocuentemente que «es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente».

Entre los numerosos textos del Derecho romano que podemos aducir uno de JAVOLENO dice: «Interesse eius videtur, qui damnum passurus, est, non eius qui lucrum facturus est» (229). Aunque se aplica no

(228) MACKELDEY: ob. cit., pág. 119.

(229) JAVOLENUS: Dig. 47, 2, pr. 71.



a un caso de colisión, sino a la legitimación para el ejercicio de la acción de hurto, es muy preciso y significativo.

Tienen también importancia, porque presuponen la existencia del principio, otros dos textos de HERMOGENIANO y ULPIANO, respectivamente: «quoties utriusque causa lucri ratio vertitur, is preferendus est, cuius in lucrum causa tempore praecedit» (230), y «Quum de lucro duorum quaeretur, melior est causa possidentis» (231). En ellos se recogen, en realidad, los principios de prioridad y de posesión previa, pero subordinados en su aplicación a que «de lucro duorum quaeretur» o «utriusque causa lucri ratio», es decir, a que las partes en presencia persigan todas un lucro. Por lo tanto, bastaría que alguna de las partes no persiguiese un lucro, sino que, por ejemplo, tratase de evitar un perjuicio, para que ambos principios no se apliquen, en beneficio del principio «de damno vitando» (232).

Otros pasajes (233) sólo en forma muy discutible contiene aplicación de este principio.

B) Aplicaciones en el derecho moderno

MESSINEO menciona el principio como aplicable al derecho italiano vigente, pero no especifica requisitos ni supuestos (234). BARASSI lo considera como una de las formas de aplicación del sistema de la preferencia (235), y concretamente cita las instituciones de la acción pauliana y del heredero aparente, exponiendo un supuesto muy claro de excepción al principio: el del conflicto entre legatarios («qui certant de lucro captando»), y los acreedores personales del heredero («qui certant de damno vitando») en el cual prevalece el derecho del legatario.

En el derecho español se aplica con toda claridad el principio en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al exigirse para la integración del concepto de tercero hipotecario que la adquisición sea a título oneroso, cuyo

(230) HERMOGENIANO: Dig. 50, 17, 98.

(231) ULPIANO: Dig. 50, 17, 126. pr. 2.

(232) Aparentemente, parece existir una contradicción entre ambos textos de HERMOGENIANO y ULPIANO, por aplicar el primero la prioridad en el título y el segundo, la prioridad en la posesión.

En realidad, las soluciones son diferentes porque son muy distintas las hipótesis contempladas. En el primer texto se ventila una cuestión, más grave, de atribución de propiedad; en el segundo, sólo la apropiación de frutos—los obtenidos con la posesión de buena fe de bienes ajenos—sin desconocerse la propiedad sobre estos bienes de quien no los poseía. Como dice DANTOINE (op. cit., pág. 375) el lucro que se reconoce al poseedor es como «una recompensa a su buena fe».

(233) Dig. IV, 4, fr. 11, pr. 6; fr. 34; fr. 27, pr. 1.

(234) BARASSI: ob. cit., pág. 93.

(235) *Ibidem.* pág. 157.

fundamento se explica en las palabras de la exposición de motivos anteriormente citadas.

Del mismo modo, el artículo 1.027, del Código Civil, preceptúa que en la herencia aceptada a beneficio de inventario deben pagarse antes los acreedores, porque «certant de damno vitando».

Aunque más lejano, el fundamento de la revocación de donaciones por causa de sobrevivencia o supervivencia de hijos—artículos 644 al 646 del Código civil—puede encontrarse también en este principio.

Por último, creemos también con BARASSI que la acción pauliana entraña una colisión de derechos, resuelta con arreglo a este principio, cuando se aplica a los contratos celebrados a título gratuito, pues la presunción de fraude del artículo 1.927, es más una ficción que una presunción, como se demuestra ya con toda evidencia en el texto del artículo 37, núm. 4 de la Ley Hipotecaria.

14.—Principio de la buena fe

A) Conceptos y precedentes

La «buena fe», desde el punto de vista natural, es un fenómeno psicológico o moral. Pero la importancia de los efectos jurídicos que este fenómeno produce es tal que la buena fe (como su contraria, la mala fe), son nociones jurídicas de gran transcendencia (236).

Resulta difícil definirla. Advierte VOUIN (237), que «si se quiere dar verdaderamente una definición *única* de la buena fe, esta definición no puede ser más que vaga e incompleta», de escasa utilización práctica, porque la buena o la mala fe, son conceptos que operan en el campo de lo jurídico sobre situaciones muy distintas y con efectos muy diferentes.

Por buena fe se podría entender, como dice SACCO (238), la «conciencia en el obrar de un hombre honesto, o la voluntad de no dañar a otro». Y como explica LEVI, «la buena fe comporta el deber de actuar rectamente, es decir, sin malicia, sin violencia, sin fraude, con los otros». De aquí una serie de obligaciones positivas o negativas: como el decir la verdad, el atenerse a la palabra dada, el cumplir la prestación prometida, el no tratar con engaño a los demás, el no prometer nunca aquello que se sabe no se podrá cumplir; por decirlo todo en una palabra: el no dañar, consciente y voluntariamente a otro (239).

(236) Sobre la relación entre la buena fe social y la buena fe jurídica, puede verse SACCO, R.: «La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato», Torino, 1949, cap. II.

(237) VOUIN: «La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français», París, 1939, pág. 38, n.º 27.

(238) SACCO, R.: Op. cit., pág. 3.

(239) LEVI: «Sul concetto dei buona fede», Génova, 1912, pág. 10.

En el Derecho Romano la «bona fides» tenía múltiples sentidos. BENZACAR (240), señala que la buena fe en Roma o equivalía a *ignorancia o error* (241) o era la *antítesis de dolo y fraude* (242) o se empleaba como calificativo para ciertos actos o contratos *denominados de buena fe*, en oposición a los de derecho estricto.

En la doctrina moderna se ha hablado de la buena fe *objetiva* (que sería la legalidad apreciada objetivamente, según el uso establecido entre los ciudadanos honestos) (243), y la buena fe *subjetiva* (que es la creencia errónea, la antítesis del disimulo o de la mentira) (224). También se habla, como hace JAUBERT (245) de la buena fe *activa* y de la buena fe *pasiva*, o como distingue VOUIN, de la buena fe en materia de responsabilidad (subdistinguiendo la buena fe de los *contratos* de la buena fe de los *contratantes*) o en materia de ineficacia de los actos jurídicos.

Haciendo referencia al juego general de la buena fe en el Derecho privado, GÓMEZ ACEBO (246), expone que en el Derecho Romano «la buena fe es ante todo y sobre todo, un resorte técnico para llenar las lagunas o corregir las injusticias ineludibles en todo sistema centrado en el formalismo jurídico» (247), función que cumple también en el derecho germano, a través de la «guter Glaube» (creencia errónea, ignorancia inexcusable), o de la «treue und Glauben» (lealtad y confianza recíprocas) (248), y en el derecho canónico, aunque en éste, menos rígido, la buena fe se impregna de matices lógicos, de conciencia y equidad (249).

En definitiva, la buena fe es un principio que debe informar toda actuación humana social y jurídica, tanto en la asunción de obligaciones y adquisiciones de derechos, como en el ejercicio, defensa y cumplimiento de los mismos. Sobre todo, la buena fe subjetiva es imprescindible en todo aquel que quiere gozar de la protección jurídica (250).

(240) BENZACAR: «De la bonne foi», Bordeaux, 1890, cit. por VIČIĆ, pág. 29.

(241) Este significado tiene en algunos textos de ULPIANO (Dig. 41, 3, 27) y de PAULO (Dig. 41, 4, 2.).

(242) Por ejemplo, PAULO: «Fides bona contraria est fraudi et dolo», (Dig. 17, 2, 1, pr. 3).

(243) Vid. VOUIN, op. cit., pág. X, 34, etc. VOLANSKY: «Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi», París, 1929, núm. 125, ss.

(244) En el Derecho español, buena fe objetiva es, por ejemplo, la citada en el artículo 1.258; buena fe subjetiva, la del artículo 69.

(245) JAUBERT: «Des effets civils de la bonne foi», París, 1899, prólogo.

(246) GÓMEZ ACEBO: «La buena fe y la mala fe en la teoría general del Derecho Privado», Rev. Dcho. Priv., 1952, págs. 102 y ss. y 192 y ss.

(247) Entre muchos son interesantes los siguientes textos: JAVOLENO: «bona fides exigit, ut, quod convenit, fiat», pr. 1. 21 Dig. 19, 3; TRIFONINO: «bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summum desiderat», 1, 31. Dig. 10, 3. ULPIANO: «bona fidei non congruit de apicibus iuris disputare», 1, 29 pr. 4, Dig. 17, 1. Otros: pr. 24, Dig. 41, 3; 136, Dig. 50, 17; 109, Dig. 50, 16; 57, Dig. 50, 17; L. 4, Cod. 4, 10.

(248) Vid. la exposición de VOUIN, ob. cit., págs. 30 y ss.

(249) Véase GÓMEZ ACEBO, op. et loc. cit., pág. 105.

(250) Nos parece innecesario profundizar ahora más en este principio. Puede examinarse la bibliografía citada, sin olvidar la clásica obra de RIPERT: «La règle moral dans les obligations civiles», París, 1935, y la reciente de ZIZAK: «La coscienza nel diritto», Milano, 1954.

B) *Aplicaciones de este principio a la colisión de derechos*

Este principio no actúa directamente en el sentido de resolver la colisión de derechos, pero condiciona las soluciones y la aplicación de todos los anteriormente citados. De ahí su carácter complementario.

En el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por ejemplo, se exige la buena fe como requisito para la aplicación del principio de publicidad; en el artículo 1.473, del Código Civil se exige para la aplicación del principio de prioridad en la inscripción, posesión o fecha del título; en el artículo 381, para la aplicación del principio de igualdad, etc. Y así en todos los casos de colisión, cuando la buena o la mala fe puedan tener intervención. Aunque en algunos supuestos la ley no lo exija, se considera aplicable como principio de derecho al amparo del artículo 6 del Código.

