

# La colisión de derechos

POR EL  
DR. JOSE LOPEZ BERENGUER  
*Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho*

## SEGUNDA PARTE

### Los casos de colisión en el Derecho Privado español

#### CAPÍTULO I

#### INTRODUCCIÓN

##### **1.—Los casos de colisión en el Derecho privado español**

Quedaría incompleto nuestro estudio sin una exposición de los casos o supuestos de colisión que se presentan en el Derecho español.

En esta segunda parte se pretende un doble fin: En primer lugar, contrastar con la realidad la teoría general de la colisión construída en la primera parte, construcción que para algunos quizá resulte excesivamente teórica, y en segundo lugar, dar consistencia científica a las soluciones prácticas de nuestro ordenamiento de Derecho.

Ha representado un gran esfuerzo seleccionar los distintos casos de colisión, dada la amplitud del campo sometido a nuestra investigación y la complejidad y diversidad de hipótesis. En la necesidad de concretar, hemos recogido aquellos supuestos más frecuentes y de mayor interés de la legislación civil y mercantil, sin ánimo exhaustivo.

##### **2.—Sistema de exposición**

En la necesidad de adoptar un punto de vista que nos permita clasificar las distintas hipótesis de colisión seleccionadas, nos ha parecido oportuno escoger aquél que distingue los derechos según el bien que pro-



tegen. Teniendo presente que el derecho privado protege fundamentalmente los bienes de la personalidad, los familiares y los patrimoniales, se estudian en capítulos sucesivos la colisión entre los derechos de la personalidad, entre derechos familiares puros y entre derechos patrimoniales.

Los dos primeros grupos de derechos pertenecen a la categoría de los «extrapatrimoniales», aquéllos «cuyos fin radica en la satisfacción de necesidades no económicas», según NERSON, su mejor tratadista (251).

Puede resultar un poco prematuro tratar de la colisión entre estos derechos por muchos motivos, principalmente por la ausencia de legislación positiva privada que los regule, y por su insuficiente construcción técnica. Efectivamente los capítulos que les dedicamos pertenecen más al campo del ensayo, que al de la ciencia, pero aún así—a pesar de su imprecisión—pueden resultar útiles.

Los derechos patrimoniales los dividimos para su estudio en derechos reales, derechos de obligación y derechos de sucesión «mortis causa», incluyendo en un capítulo especial la colisión provocada por las situaciones de insolvencia.

---

(251) NERSON: «Les droits estrapatrimoniaux»...

## CAPÍTULO II

## COLISIÓN DE DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

## I.—Concepto y caracteres de estos derechos

AHRENS (252), definió en su tiempo los derechos de la personalidad como «el conjunto de las condiciones de que dependen el respecto, la conservación y el desarrollo de la personalidad, bajo todas sus fases y en todas sus manifestaciones», concepto muy impreciso, actualmente superado.

DUSI los concibe como derechos de naturaleza compleja que «en tanto en cuanto tienden a garantizar al sujeto las condiciones esenciales de su existencia y de su actividad, se llaman derechos de la personalidad o derechos fundamentales o esenciales, o en fin, individuales» (253).

Observa CASTÁN que estos derechos se consideraban antes «cuanto más, materia propia del Derecho político o del Derecho Penal»; pero que hoy «es ya bastante general, principalmente en la doctrina extranjera, estimarlos como derechos privados en cuanto pueden gozar de protección civil, aunque sea todavía objeto de grandes discusiones la naturaleza y construcción de tales derechos (254).

Resulta difícil, por razón de su novedad científica, la precisión concreta de cuales sean los derechos de la personalidad, dentro de una enumeración que quiera ser completa. DUSI realiza un esbozo interesante (255), superado actualmente por las clasificaciones de DE CUPIS (256) y del mismo CASTÁN (257).

(252) AHRENS: «Derecho Natural», citado pág. 283.

(253) DUSI: «Istituzioni di Diritto Civile», 4.<sup>a</sup> ed. Torino, 1943.

(254) CASTÁN: «Derecho Civil...», cit. tomo 1.<sup>o</sup>, 7.<sup>a</sup> ed., pág. 41.

(255) DUSI: op. cit., pág. 6364.

(256) DE CUPIS: «I diritti della personalità». Milano, 1950.

(257) CASTÁN: «Los derechos de la personalidad», Madrid, 1952.

Algún sector de la doctrina, no obstante, no parece dispuesto a admitir fácilmente la exuberante floración de derechos de la personalidad que quieren ver estos autores, estimando que no todas las posibilidades de actuación humana pueden admitirse como derechos, aunque resulten protegidas. NERSON muestra su desconfianza ante la inflación que se ha producido, causa de confusiones y perturbaciones en la técnica del derecho subjetivo. Estima que el sistema jurídico «asegura la protección de todos los intereses tanto morales como materiales, en cuanto es posible, pero no resulta del hecho de esta protección que todos los poderes del individuo sean derechos» (258), explicando la protección dispensada a los mismos por medio de lo que él llama «derechos sancionadores», cuyo estudio no podemos afrontar en estos momentos. Opinan en el mismo sentido IONESCU (259), CAPITANT (260), etc.

Nos parece prudente y acertada esta última posición. No todos los pretendidos derechos de la personalidad son tales, sino simples manifestaciones de la capacidad jurídica o permisiones legales que delimitan el campo de «lo lícito» jurídico.

Si se comienza por discutir la construcción de estos derechos, más discutibles y azarosa ha de ser lógicamente la teoría de la colisión de ellos.

## 2.—Colisión entre derechos a la integridad física

### A) Colisión con derechos de la misma naturaleza

Para nuestro objeto es indiferente emplear la expresión «derechos a la integridad física», o la denominación «derecho a la vida», utilizada por otros autores y que parece demasiado amplia.

La colisión entre estos derechos es de difícil planteamiento. Por una parte, porque parece no existir razón o motivo de concurrencia (261); como dice AHRENS «no oponen traba alguna a los derechos análogos de los demás» (262), al tener cada cual un objeto propio y específico, sin interés para nadie distinto del propio titular. De otra parte, porque su carácter de inalienables e irrenunciables excluyen una de las más frecuentes causas de colisión, es decir, la presencia de terceros con interés en la relación jurídica.

Ahora bien, abundando en argumentos ya expuestos y con palabras del propio AHRENS, debe precisarse que «el derecho (a la vida) sólo es

(258) NERSON: Op. cit., pág. 331.

(259) IONESCU: «La notion de droit subjectiv dans le droit privé», París, 1931.

(260) CAPITANT: «Sur l'abus de droit», Rev. Trim. Droit civil, año 1928, pág. 373, 74 s. s.

(261) Véase, anteriormente la postura de NATOLI y nuestra réplica.

(262) AHRENS: Op. cit., pág. 173.

absoluto por su ejercicio y desarrollo, considerado en general; las aplicaciones particulares deben amoldarse al principio del concurso de los derechos (263). Y desde el momento mismo en que puede admitirse la posibilidad del concurso no se debe descartar la posibilidad de la colisión.

El derecho a la vida—manifestación suprema de los derechos de la personalidad—no es absoluto. La vida, como dice CORTS GRAU; «no es un fin en sí, sino un don condicionado» (264) y «si bien nuestro derecho a la vida tiende a dilatar esa misma vida, penetrándola de sentido y dignidad puede surgir un bien o un fin que se imponga a nuestros fines individuales o terrenos: el bien de los nuestros, el de la Patria, el servicio de Dios; y entonces aquel derecho nuestro se subordina a ese fin, cobrando todavía mayor nobleza».

Teóricamente, nuestro derecho a la integridad personal puede encontrarse en colisión con el derecho de conservación de los grupos sociales o de los otros individuos. El primer aspecto, del cual forman parte el derecho a imponer la pena capital, derecho a la guerra, derecho al reclutamiento, etc. del Estado, no nos interesa en este estudio de derecho privado.

El derecho a la integridad física de una persona puede encontrarse en colisión con el derecho idéntico de otra cuando ambas precisen los mismos medios para la conservación de esa integridad y estos sean insuficientes para conservar la vida o la integridad corporal de ambas personas en contacto. Aquí la concurrencia de los derechos es más bien indirecta que directa, pues versa sobre los medios, materiales o ideales, de defensa y conservación de la integridad física. Los ejemplos más citados son los siguientes:

1.º) Dos náufragos encuentran un salvavidas, que puede sostener el peso de uno de ellos solamente. Uno de ellos puede salvarse, pero a costa de la vida del otro. Es un caso evidente de colisión, motivado por un estado de necesidad.

2.º) Varias personas se encuentran afectadas por una enfermedad gravísima, cuyo tratamiento no admite dilación. Y sólo existe medicamento en cantidad o dosis suficiente para salvar la vida de una de ellas.

Propiamente, no existen soluciones para estas hipótesis de colisión de derechos. Desde los tiempos del Derecho romano se viene admitiendo la licitud de la solución singular, impuesta incluso por la fuerza. Un texto de FLORENTINO—«quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse extimetur» (265)—recoge esta idea.

(263) ABBENS: Op. cit., pág. 174.

(264) CORTS GRAU: «Principios de Derecho Natural», Madrid, 1944, pág. 76.

(265) Florentino: Dig. I, 1, 3.

CORTS GRAU dice que debe recurrirse en estas ocasiones a la equidad (266).

Los penalistas explican la ausencia de responsabilidad por reputar la acción como no antijurídica, mientras que algunos civilistas han pretendido explicarla con base en el argumento de que en tales hipótesis cesa la protección del derecho objetivo a ambos derechos contrapuestos, que dejan por ello de ser derechos en el instante de la lesión o colisión. Esta última concepción (267) no nos parece aceptable. Creer que en el momento del conflicto—que es precisamente cuando la protección debe ser mayor—cesa la protección del orden jurídico a los intereses en colisión, es una solución anticuada. Desde el momento en que una determinada relación de vida encaja en la hipótesis de la norma, aquella relación es jurídica y no dejará de serlo hasta que la norma no se modifique.

Creemos más preciso entender que la colisión entre estos dos derechos exige la reducción o aniquilamiento de uno al menos de los derechos concurrentes.

Pero ¿cuál es el derecho que debe desaparecer en beneficio del otro? El Ordenamiento jurídico no responde «a priori» a esta cuestión. La vida es un bien que tiene el mismo valor para todos los hombres y a nadie se puede exigir que sacrifique su vida en beneficio de otra persona. Ni el Derecho ni la Moral consideran injusto o recriminable la falta de heroísmo en estos casos.

Constituye hipótesis distinta la colisión que pueda surgir entre el derecho a la vida de una persona y la seguridad de la Patria, de la sociedad o de la Fe—colisión que sobrepasa los límites del Derecho privado—, en cuyos casos el Estado y la Iglesia pueden exigir el sacrificio de la vida individual en defensa del interés colectivo o de la Fe, de aquéllos que por su cargo tienen obligación de sacrificarse—v. g. militares—o de aquéllos cuya vida es gravemente peligrosa a la sociedad (fundamento de la pena de muerte).

Pero ante el Derecho privado, solamente existe un criterio de solución posible, que es el que todos los ordenamientos de Derechos recogen, desde los tiempos del Derecho romano: el principio de prevención, el de los hechos consumados. Es legítima cualquier solución, incluso la de la fuerza: el náufrago o el enfermo que logra apoderarse—incluso por estos medios—de los instrumentos o medicinas necesarios para su salvación no incurre en responsabilidad, aunque su conducta provoque la extinción de las vidas ajenas.

El Código penal español de 1944 da la solución al estado de necesi-

(266) CORTS: *Ibidem*, pág. 57.

(267) Puede verse FRUINI: «Delitti e quasi-delitti», en *Dig. Italiano* voz «Delitti»; pág. 788.

dad, en su artículo 8.º, párrafo 7.º, del que ya nos ocupamos anteriormente (268).

### B) Colisión con derechos de naturaleza diferente

Puede ocurrir que el derecho a la integridad física entre en colisión con un derecho de naturaleza diferente, perteneciente a otra persona.

En estos casos, es procedente seguir el criterio de hacer prevalecer el derecho que protege el interés superior. Y como la vida es un interés superior a cualquier otro de naturaleza privada que pueda oponérsele, la opinión es unánime en resolver la colisión en favor del derecho a la integridad física.

FERRINI (269), siguiendo el parecer de CARRARA (270), quien a su vez cita a GROCIO, configura como un caso de colisión entre el derecho a la vida y el derecho de propiedad, el supuesto del hurto famélico, que desde el punto de vista moral fué estudiado anteriormente por Santo Tomás. Los ejemplos podrían multiplicarse, y todos quedan resueltos por aplicación del anteriormente citado artículo 8, núm. 7.º del Código penal.

## 3.—Colisión provocada por el ejercicio del derecho moral de autor

### A) Concepto y contenido de este derecho

Este derecho protege, como dice CASTÁN (271), siguiendo la teoría clásica en esta materia, «el vínculo espiritual entre la obra y el creador».

PÉREZ SERRANO (272) asigna al derecho moral de autor este cuádruple contenido:

a) Derechos de publicación, es decir, la decisión de publicar o no publicar la obra, y el modo o la forma.

b) Derecho de paternidad intelectual, gracias al cual puede exigir que conste su nombre como autor en ella y excluir que se atribuya a personas ajenas.

c) Derecho de modificación, que autoriza al autor, en su aspecto positivo, a cambiar la forma o la substancia de la obra, y en su aspecto negativo, a impedir alteraciones en ella.

d) Derecho de arrepentimiento, es decir, el de retirar la obra de la circulación por graves motivos personales.

La más moderna regulación del derecho de autor, constituida por la

(268) SUPRA, I.ª parte, cap. IV, F.

(269) FERRINI, obra y lugar citados.

(270) CARRARA: «Opuscoli», 1, 3.

(271) CASTÁN: Ob. cit., tomo II, 7.ª ed., pág. 343.

(272) PÉREZ SERRANO: «El derecho moral de los autores», Anuario de Derecho civil, 1949,

ley italiana de 22 de abril de 1941, recoge totalmente los anteriores aspectos, destacando la protección que dispensa al derecho moral (273), que también protegen los convenios internacionales (274).

La colisión entre el derecho moral de autor y el derecho de otras personas puede surgir, principalmente, como consecuencia de la relación jurídica del contrato de edición, o de la comunidad del derecho en cuestión.

### B) *Colisión con el derecho de los editores*

Resulta muy difícil en algunos casos armonizar los derechos morales del autor con los derechos patrimoniales cedidos a los editores.

Indica NERSON (275) que ciertos autores han admitido un derecho absoluto en favor del autor de retirar de la circulación la obra cedida, incluso en el caso de cesión sin reserva del derecho pecuniario, y a pesar de la oposición del editor. Cita, en este sentido, a DARRAS (276), y a GORGUETTE D'ARCOEUVRES (277), porque, según argumentan estos autores, «es necesario dar al autor el medio de substraerse a responsabilidades que no quiere correr. NERSON dice que «cualquier solución que se adopte conduce a resultados poco satisfactorios». Que «no se puede dejar al editor a merced del autor, tolerando el ejercicio del derecho de recoger su obra»; pero que «si se permite al cesionario continuar la publicación, a pesar de las legítimas protestas del autor, se coloca a éste último en una situación intolerable (278). Tampoco le convence una tercera solución: la de permitir al editor continuar la publicación, pero concediendo al autor la facultad de desautorizar públicamente la obra.

Desde el punto de vista de la teoría de la colisión, el conflicto debe resolverse en favor del autor, titular del interés jurídicamente superior; su derecho de la personalidad debe prevalecer sobre los derechos patrimoniales del editor, pero con ciertos límites. Solamente unos motivos graves, que verdaderamente afecten a la personalidad del autor, pueden justificar el ejercicio del derecho de no publicar o de arrepentimiento. Unos motivos banales constituirían abuso del derecho, con perjuicio de los derechos del editor, e incluso de la sociedad en general, si la obra reúne calidades estéticas de mérito.

(273) Vid. VALERIO-ALGARBI: «El diritto d'autore». Milano, 1943, págs. 113, s. s.

(274) En especial la de Roma de 2 de junio de 1928 (art. 6.º bis), y Bruselas de 26 de junio de 1948 (arts. 11 y s. s.).

(275) NERSON: Op. cit., pág. 220.

(276) DARRAS: «Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux», París, 187, pág. 57, n.º 41 y nota.

(277) GORGUETTE D'ARCOEUVRES: «Du droit moral d'l'auteur sur son oeuvre artistique ou litteraire», Lille, 1924, pág. 103.

(278) NERSON: Ob. cit., pág. 221.

Cuestión marginal es la de si el ejercicio del derecho de arrepentimiento lleva consigo el deber de indemnizar al editor. Normalmente debe acompañarle, aunque admitamos la posibilidad de la solución contraria, para casos de máxima gravedad.

### C) Colisión entre coautores

La comunidad del derecho de autor puede también ser fuente de colisiones, cuando los coautores no se pongan de acuerdo en el ejercicio de sus derechos. La ley italiana de 1941 establece la necesidad de la unanimidad para las decisiones que afecten al mismo.

En España, en ausencia de una regulación específica, rigen los principios de aplicación general a todo tipo de comunidad de los artículos 392-406 del Código Civil, según el cual para los actos de administración basta la mayoría, pero es precisa la unanimidad para los actos de disposición. Sin embargo, el artículo 23 de la Ley de 10 de enero de 1897, dicta reglas para la disposición de las obras dramático-musicales (279).

No nos parece aceptable la solución que proponen PERREAU-CHARPENTIER (280), de «que el derecho moral de autor disidente puede ser respetado por la supresión de su nombre sobre la obra», que únicamente puede admitirse cuando tal coautor consienta en ello.

Es preferible lo que sostiene STOLFI (281), con arreglo a la tesis más general, es decir, la necesidad del consentimiento unánime de todos los colaboradores, principalmente para la modificación de la obra.

### D) Utilización de un mismo nombre o pseudónimo

Existen otras posibilidades de concurrencia y de colisión entre derechos de autor, que podrían ser examinadas. Entre ellas, la posible utilización de un mismo nombre o pseudónimo por varios autores e incluso, la utilización por un autor de un pseudónimo coincidente con el nombre de otra persona. ¿Podría alguno de estos autores impedir a otros el uso de un homónimo o la utilización del mismo pseudónimo? La doctrina que se ha ocupado de este problema suele manejar dos criterios de solución: uno, el de la *prioridad* en el uso del nombre o pseudónimo; otro, el de la especificación.

(279) Preceptúa que compositor y autor del libreto podrán editar por separado sus respectivas creaciones. Y que el compositor podrá aplicar la música a una nueva obra cuando el autor del folleto prohíba la representación.

(280) CHARPENTIER: «De l'exercice du droit moral de l'auteur ou de l'artiste sur son oeuvre d'après la jurisprudence française», *Revue Critique*, 1937, pág. 127, nota 1, citada por NERSON (pág. 216).

(281) STOLFI: «La proprietà intellettuale», vol. II, Torino, 1917, pág. 25.

La aplicación del primero provoca el efecto de impedir el uso posterior del mismo nombre o pseudónimo, y se emplea cuando existe una manifiesta notoriedad y fama a favor del primer autor que los emplea; la del segundo, la necesidad de añadir notas diferenciadoras a alguno de estos signos de identificación y se emplea en defecto de aplicación del primer principio (282).

#### 4.—Colisión entre los restantes derechos de la personalidad

Los restantes derechos de la personalidad (derecho al honor, a la imagen, a la libertad, etc), tienen una naturaleza demasiado confusa, una indeterminación técnica tan radical que en ellos sí que resulta inútil hablar de relaciones de colisión.

Ello porque, como tuvimos ocasión de exponer, solamente puede hablarse de colisión de derechos cuando se conozca la existencia y límites de los mismos. Serían aparentes cuestiones de colisión las determinadas por la imprecisión de sus límites, y de su contenido concreto. Hasta que la técnica y la legislación no elabore una perfecta construcción más firme de estos derechos no debe hablarse de su colisión.

---

(282) Puede leerse sobre estos puntos, STOLPE: «La propiedad intelectual», cit. t. II, pág. 309; PLANIOL-RIPERT: ob. cit., t. I, pág. 144; DALLOZ, t. II, pág. 606. Muy interesante, sobre un caso de empleo de un nombre ajeno como pseudónimo por un autor, es la Sentencia del Tribunal de Milán, de 7 de junio de 1923. Una excelente visión de conjunto la realiza SOBRAO MARTÍNEZ: «Los derechos sobre los bienes inmateriales y el periodismo», Murcia, 1955, aún inédita.

## CAPÍTULO III

## COLISIÓN DE DERECHOS FAMILIARES PUROS

## 1.—Concepto y naturaleza de estos derechos

Los derechos de familia, en sentido subjetivo, son las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que dentro del grupo familiar mantiene cada uno de los miembros con los demás, según la definición de CASTÁN (283).

ALGUER (284) ha sintetizado las diversas teorías emitidas en torno al problema de la naturaleza de estos derechos, siendo casi unánime la opinión de que lo característico en ellos es su elevado contenido moral, que para algunos autores—PACIFICI-MAZZONI, BEKKER—supera al contenido jurídico.

Los derechos de familia pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales; de ahí que convenga distinguir, como hace SAVIGNY, los derechos familiares «puros» de los aplicados, comprendiendo bajo esta última denominación aquellos que tienen un contenido patrimonial, y que proceden fundamentalmente del régimen económico matrimonial y del goce y administración de los bienes de los hijos o pupilos.

NERSON, que ha tratado cuidadosamente de los derechos extrapatrimoniales, no duda en dedicar una sección de su obra a los derechos de familia, estudiando dentro de los mismos, como no patrimoniales, el poder marital y los deberes de los esposos, la patria potestad y los poderes tutelares, en sus manifestaciones de guarda y corrección, pero no en los de goce o administración de patrimonios (285).

(283) CASTÁN: «Derecho civil...», 6.ª ed., tomo III, pág. 428.

(284) ALGUER: En la «Revista Jurídica de Cataluña», año 1931, págs. 128-129.

(285) NERSON: Op. et loc. org. 273

## 2.—Hipótesis de colisión

### A) *Potestad marital*

No puede existir colisión entre poderes maritales. La potestad marital únicamente puede pertenecer al marido y sólo se puede ejercer sobre la mujer. El régimen monogámico del Derecho matrimonial moderno, (con la excepción de algunos derechos extranjeros, no cristianos), impide la concurrencia de estos derechos.

En ciertos casos excepcionales, debidos a la mala fe o a la creencia de libertad—apariencia de soltería o viudez provocada por una declaración de ausencia o fallecimiento, declaraciones nulas de divorcio, derecho transitorio en este tipo de leyes, etc.—puede presentarse «de hecho» pluralidad de potestades maritales sobre una misma mujer. Pero esta aparente colisión se resuelve en favor del único matrimonio válido: es una colisión de hechos y no de derechos; no existen varias potestades maritales, sino una sola potestad.

Mayor importancia ofrece otra cuestión: la posible colisión entre la autoridad marital y algunos derechos de la personalidad de la esposa, en especial el derecho al secreto de la correspondencia, o al de la libre elección de profesión.

En términos generales, la colisión de estos derechos fué ya prevista por SÁNCHEZ ROMÁN (286), resolviendo en el sentido de que «llegado el caso de conflictos, por la contradicción entre las iniciativas diferentes y opuestas del marido y de la mujer, no hay otra solución que la de referir tal situación a un estado anormal de relaciones conyugales y reconocer a cada cónyuge el derecho que les asiste para hacer valer el suyo frente a las infundadas exigencias del otro».

Pero esta solución no resuelve nada; resulta demasiado cómodo declinar en el criterio del juez la decisión de problemas doctrinales sin pensar que éste necesita para juzgar precisamente los criterios de solución que la doctrina no le ha ofrecido.

La facultad de intervenir la relaciones personales y la correspondencia de la mujer suele ser admitida—como dice CASTÁN (287)—por la doctrina y la jurisprudencia de Francia, al paso que es rechazada por buena parte de la doctrina italiana.

NERSON, citando jurisprudencia gala, dice que «la inspección de la correspondencia de la mujer... podría ser abusiva si estuviera inspirada

(286) SÁNCHEZ ROMÁN: «Estudios...», tomo 5.º, 1.º, pág. 607.

(287) CASTÁN: «D. Civil...», cit., 6.ª ed., pág. 503.

por la curiosidad o preocupaciones distintas que la salvaguardia de la moralidad de los esposos y el honor y la seguridad del jefe de familia» (288).

CASTÁN (289) admite tal facultad de fiscalización en nuestro Derecho, como una consecuencia del poder de dirección y vigilancia que compete al marido.

Con estos autores, entendemos que la colisión que nos ocupa—cuya naturaleza de colisión comienza por ser dudosa—se resuelve en un problema de límites: el poder del marido no puede ser absoluto ni arbitrario: ha de limitarse a las exigencias de la dirección del hogar y del honor y seguridad familiares. En algún caso, ese poder puede no existir, por estar en contradicción con las exigencias del secreto profesional, cuando la mujer ejerza con consentimiento del marido, una profesión que exige este secreto.

### B) *Patria potestad*

La doctrina concibe esta institución como el conjunto de los derechos, poderes y deberes que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de los hijos menores de edad.

Son extrapatrimoniales las facultades de la patria potestad que recaen sobre las personas de los hijos, que pueden reducirse como hace la doctrina española, a derechos y deberes relativos a la guarda y dirección, a la representación y a la corrección de los hijos.

Estas facultades de los padres sobre los hijos tiene un doble carácter moral y jurídico, que si bien es propio de todo el Derecho de familia, presenta singular relevancia en las relaciones de filiación. Los derechos y deberes de la patria potestad, fundamentalmente el deber de alimentar a los hijos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos» (art. 155-1. Cód. Civil), son más que deberes, derechos de los padres que encuentran en el cariño y el amor que pueden profesar a sus hijos, teniéndolos en su compañía, la compensación a todos los sacrificios de la maternidad o paternidad. Es ley de la naturaleza, incluso en aquella primitiva y grosera acepción de ley natural, de los romanos («quod natura omnia animalia docuit»), superior, por tanto, a la ley civil; es ley que encuentra su fundamento, no sólo en el misterio de la procreación, sino en la necesidad de la conservación de la especie y en el beneficio de los hijos; los intereses de los padres, el de la sociedad en general y el de los hijos deben aunarse en una exacta interpretación de tales derechos.

Por ello, con vistas al derecho natural, ambos padres tienen idénticos

(288) NENSON: Op. cit., pág. 277.

(289) CASTÁN: Op. cit., 6.ª ed., tomo IV, pág. 41.

derechos sobre los hijos; y si la ley española preceptúa que «la patria potestad corresponde al padre y en su defecto, a la madre» (art. 154 del Código Civil), establece una preferencia a favor del padre que solamente se encuentra justificada por la necesidad de una dirección unitaria de la familia, pero que tiene sus excepciones cuando se contraría algunos de aquellos tres intereses en presencia.

Existe, «*iure naturae*», una cotitularidad de derechos de paternidad en la relación de filiación; sería absurdo negar a la madre, la más sacrificada en la procreación, el derecho de tener a sus hijos en su compañía y de cuidarlos.

En el derecho positivo, desde un punto de vista formal, tal cotitularidad no existe: el padre excluye a la madre en el ejercicio de la patria potestad, salvo que medie alguna de las causas de suspensión sustitución o extinción de la misma en la persona del padre que el Código reglamenta (artículos 167-171).

No podría existir, por tanto, colisión de derechos de patria potestad, hablando en términos estrictos. Existe un orden de prelación establecido por el artículo 154 y reconocido por la Jurisprudencia (SS. 16 junio 1940. 24 de junio de 1929, etc.).

Pero los fríos preceptos legales son incapaces en esta materia de detener los imperativos de la realidad. Existe, de hecho, y aún de derecho natural, una cotitularidad de facultades sobre los hijos y en casos de anormalidad se produce forzosamente la colisión entre los derechos del padre y de la madre, incluso también entre estos derechos y los análogos, reconocidos por la jurisprudencia de algunos países, de aquellos parientes más próximos del hijo. Dice NERSON a este respecto que «el niño no tiene relaciones jurídicas únicamente con aquel de los padres que está investido del ejercicio del poder paternal: «derechos rivales—sigue diciendo citando a NAUROS (290)—vienen a oponerse con frecuencia, y es bajo la forma de un arbitraje entre estos derechos como se presenta el control de los tribunales». Habla, a continuación, de la colisión de estos derechos, cuando interviene también el interés de los abuelos (291).

La jurisprudencia española ha resuelto, con argumentos morales y jurídicos, esta colisión. En un supuesto de depósito de mujer casada, en el que una hija del matrimonio quedó en poder del padre con la determinación de que la madre pudiera verla, dos días a la semana, incumplido este deber por el padre, decidió el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de junio de 1929 que «era de derecho natural, como nacido del amor

(290) NAUROS, Louis: «Les controle judiciaire de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant», *Rev. Crit.* 1936, pág. 472.

(291) NERSON: *Ob. cit.*, pág. 282.

materno, el que la madre vea a su hija» (considerando 3.º), que «es también de derecho natural, pero además de derecho civil, el amor paterno (considerando 4.º), y que existe en el caso, como no podía menos que reconocer una «colisión de derechos naturales y civiles» (considerando 2.º). La colisión fué resuelta, en el caso de autos, teniendo en cuenta no los derechos del padre o de la madre, sino la conveniencia de la niña, «considerando que es superior el derecho de los hijos al de los padres, porque la patria potestad es hoy beneficio de aquellos (considerando 5.º), y decidiendo que viviera con los abuelos, en donde podría ser vista y acariciada por el padre y por la madre.

Criterio de solución que nos parece acertado y que puede servir de orientación para resolver las posibles colisiones entre estos derechos. Los poderes familiares no son ya, como decía JOSSEKAND, «poderes necesarios y temibles, ejercidos por los fuertes sobre los débiles, por los capaces sobre los incapaces ... «puesto que «se han identificado con los intereses del incapaz y no con los del titular» (292).

Otra hipótesis de colisión surge cuando se produce un reconocimiento sucesivo de hijo natural.

La doctrina ha estudiado el problema desde el punto de vista de los efectos que produce el reconocimiento posterior por parte del padre, y en especial, si este reconocimiento puede despojar de su patria potestad a la madre que anteriormente hubiere reconocido al mismo hijo, y que el artículo 154-2.º del Código Civil le había otorgado (293).

Mientras SÁNCHEZ ROMÁN y PUIG PEÑA parecen inclinarse por la solución afirmativa, aplicando el artículo 154-1.º del Cód. Civil, VALVERDE, DE DIEGO y BORRACHERO se deciden por la tesis opuesta, entendiendo que el padre no puede privar de su patria potestad a la madre que primeramente reconoció, por creer que la filiación natural no se somete a las mismas reglas que la filiación legítima, puesto que lo normal es que padre y madre que reconocen sucesivamente no tengan constituido un hogar común, y que, por tanto, no rigiendo el principio de unidad y jerarquía familiar —que justifica la atribución exclusiva de la patria potestad al padre— el reconocimiento posterior no puede desvirtuar los efectos del reconocimiento anterior, que tiene a su favor el principio de prioridad (294).

Este argumento nos parece fuerte; pero las consecuencias que BORRACHERO deduce del mismo—que «si el padre reconoció después que la ma-

(292) JOSSEKAND: Op. cit., núms. 63 y 64.

(293) Vid., entre otros SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., vol. I-2.º, pág. 1134, nota 2; PUIG PEÑA, ob. cit., II-2.º, pág. 162; VALVERDE, ob. cit., tomo IV, pág. 519; DE DIEGO, ob. cit., Madrid, 1920, pág. 457 del tomo II. Destaca sobre todos, el trabajo de MIGUEL BORRACHERO: «Reconocimiento de hijos naturales», en la Rev. Derecho Privado, 1953, vol. XXXVII, págs. 276 s. s.

(294) Esta es igualmente la resolución del Cód. civil francés, en su apartado 383, según la nueva redacción de la ley de 2 de julio de 1907.

dre no adquiere ninguno de los derechos derivados de la patria potestad, pero tampoco contrae ninguna de las obligaciones inherentes a la misma» nos parecen excesivas y erróneas.

En primer lugar, significaría despojar de efectos actuales a un acto jurídico tan importante como el reconocimiento del hijo natural; en segundo lugar, choca con los principios generales deducidos de nuestro Ordenamiento jurídico y que rigen la institución de la patria potestad y del reconocimiento de los hijos naturales; y en tercer lugar—y sobre todo—se desconoce el carácter de derecho-función que la patria potestad tiene, establecida en beneficio del hijo, que tiene en todo este problema un interés prevalente a los intereses parciales de los padres naturales.

Atendiendo a esto último, al propio fundamento de la patria potestad y del reconocimiento de los hijos naturales, nosotros nos inclinamos por la tesis de la cotitularidad moral e incluso jurídica de la patria potestad en estos casos en las relaciones de ambos padres frente al hijo, y en la prevalencia de la patria potestad del padre sobre la de la madre en las relaciones entre ambos, siempre que no se opongan a estas soluciones los intereses prevalentes del hijo reconocido.

### C) *Autoridad tutelar*

La tutela es una institución de protección y asistencia de menores e incapacitados, subsidiaria de la patria potestad y cuya misión y naturaleza, al menos en nuestro derecho, es idéntica a aquella, «una especie de diminutivo de la patria potestad», como dice NERSON.

Constituída la tutela, es difícil que entre en colisión con ningún derecho en sus manifestaciones extrapatrimoniales, puesto que cesa el derecho y el interés del tutor allí donde empiezan los del pupilo. Las posibles interferencias entre las facultades del tutor, protutor y vocales del Consejo de familia no son más que problemas de límites, pero no de colisión.

En la fase de constitución de la tutela, numerosas personas son titulares de un derecho de expectativa al cargo de tutor, y en cierto sentido, podríamos hablar de una colisión entre estas expectativas, que quedan resueltas en la tutela legítima por el orden de preferencias que establecen los arts. 211, 220, 227 y 230 del Código civil, según se trate, respectivamente, de la tutela de los menores, locos o sordomudos, pródigos o interdictados, y en la tutela testamentaria, por las preferencias establecidas en el artículo 209.

En el nombramiento de los vocales del consejo de familia rigen las preferencias determinadas en los artículos 294 y 295 del Código civil.

Quizá el único caso de verdadera colisión sea el que resuelve el artículo 210, según el cual «si hallándose en ejercicio un tutor apareciese el nombrado por el padre, se le transferirá inmediatamente la tutela», puesto que en este caso ya se había convertido en derecho la expectativa del tutor primeramente nombrado.

Pero «si el tutor que nuevamente aparece fuese nombrado por un extraño comprendido en los números 2.º y 3.º del artículo anterior, se limitará a administrar los bienes del que lo haya nombrado mientras no vaque la tutela en ejercicio». En este segundo supuesto del artículo 210 la colisión no se resuelve venciendo el derecho preferente, como en el caso anterior, sino armonizando ambos derechos mediante una mutua reducción del contenido de ambos, y estableciendo a favor del tutor posteriormente nombrado la posibilidad de su extensión total, cuando vaque la tutela en ejercicio. Es un caso único de dualidad de tutores, excepción a la regla general del artículo 201.

D) *Derechos sobre bienes de familia (retratos, condecoraciones, documentos, etc.)*

Estos bienes de familia pueden tener la doble consideración de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales. Un retrato, un conjunto de cartas, unas condecoraciones, pueden no tener valor patrimonial alguno y sí un gran valor afectivo. PERREAU incluyó los derechos que los miembros de una familia tienen sobre estos bienes entre los derechos de la personalidad, en la categoría de aquellos que pertenecen a un individuo como miembro de una familia (295).

Hoy día se les suele considerar mejor como derechos extrapatrimoniales, y no precisamente como derechos de la personalidad (296).

Algunos de estos derechos—por razón de su objeto—pueden ser poseídos indistintamente por todos los miembros de una familia: pero otros sólo pueden atribuirse a algunos miembros determinados. Las leyes regulan algunos de estos supuestos (v. g. la sucesión en el título nobiliario) resolviendo la atribución del derecho en conflicto.

Pero en otras hipótesis, lo más probable es que surja una colisión de derechos entre todos los miembros de una familia, e incluso—si el objeto tiene además algún valor patrimonial—entre éstos y los acreedores.

PERREAU (297) que planteó la cuestión, dice que no pueden dictarse normas generales de solución. Lo normal es que la cuestión se resuelva

(295) PERREAU: «Des droits de la personnalité», Rev. Trim. Droit Civil, 1909, pág. 503.

(296) Vid. NERSON: Op. cit., pág. 273.

(297) PERREAU: Op. cit., pág. 510.

en las particiones hereditarias, en el sentido de atribuir el bien familiar al miembro más allegado (cónyuge, hijo predilecto, etc.), sin perjuicio de las compensaciones económicas que puedan proceder, que no son incompatibles con el carácter extrapatrimonial de estos derechos.

## CAPÍTULO IV

## COLISIÓN DE DERECHOS REALES

## 1.—Colisión entre los derechos de propiedad de fincas rústicas

A) *Caso de las relaciones de vecindad*

Entre los derechos reales la colisión puede surgir por razón de su concurrencia sobre un mismo objeto—supuesto que se estudia posteriormente—o por razón de la proximidad, en el espacio o en el tiempo, de su ejercicio, aunque éste verse sobre objetos distintos.

Por ello pueden constituir hipótesis de colisión las denominadas «relaciones de vecindad», salvo que se transformen en casos de abuso cuando algunos de sus titulares, determinados los límites de su derecho, los sobrepasan conscientemente.

Estos casos de colisión surgen por la imposibilidad de delimitar plenamente, en el espacio, los límites que han de respetarse en el ejercicio de cada derecho de dominio.

Los problemas planteados se resuelven, por tanto, en un problema de límites, que la teoría de referencia ha estudiado minuciosamente tratando de buscar el principio general de solución (298) y a la que nos remitimos en este momento.

BONFANTE trata de diferenciar los principios aplicables en materia de inmisión de los relativos a la colisión de derechos sobre una misma cosa (299), lo cual podría suponer que la inmisión no supone una colisión de derechos.

(298) Véase, BONFANTE: «Las relaciones de vecindad», ed. esp., Madrid, 1932; APPERT: «Des droits du propriétaire vis à vis, de ses voisins», Rev. Trim. de Droit Civil, 1906, págs. 11 y s. s.; CASTÁN: «Derecho Civil...», 7.ª ed., vol. II, pág. 144; RUGGERO: Ob. cit., pág. 548; JOSSEBRAND: Ob. cit., núm. 16; CORNIL: op. cit., pág. 142, etc.

(299) BONFANTE: Ob. cit., págs. 40 y 41.

Semejante tesis, algo confusa, no es admisible. Solamente teniendo un concepto restringidísimo de la colisión—como concurrencia de derechos incompatibles sobre un mismo objeto—podría ser válida. Pero desde nuestro punto de vista, que entiende perfectamente posible el planteamiento de colisión entre derechos sobre objetos distintos, no ofrece ninguna duda su existencia.

Muchos de estos casos de colisión aparecen previstos y resueltos por nuestro legislador, bien en el Código, a través de la regulación de las servidumbres (300) bien en el Derecho Administrativo (301).

Pero es necesario buscar un criterio de solución para los casos no previstos por la Ley. FERRARA entiende, en relación con el derecho positivo español, que debe resolverse la colisión en favor del fundo perjudicado, en el sentido de impedir el ejercicio de la facultad de goce concreta del otro derecho, cuando este ejercicio provoca una inmisión—(directa o indirecta, considerables por su cantidad, calidad, duración, etc.)— no tolerable dentro del margen de las necesidades generales impuestas por la convivencia social, criterio que dentro de su natural generalidad es aceptable.

### B) *Indeterminación de límites físicos*

Puede surgir colisión entre propietarios de fincas contiguas por consecuencia de la indeterminación de sus respectivos derechos. Supuesto contemplado desde los tiempos más remotos, encuentra su cauce procesal de solución a través de la denominada «actio finium regundorum», citada ya en las XII Tablas (302), y recogida en los artículos 384-387 de nuestro Código.

También es posible, como admite CASTÁN (303) deslindar las propiedades contiguas por medio de convenio o en acto de jurisdicción voluntaria.

El Código resuelve en el sentido de efectuar el deslinde con arreglo a los títulos de cada propietario, y en su defecto, con arreglo a la posesión en que estuvieran los colindantes (artículo 385), especificando que «si los títulos de los colindantes indicasen un espacio mayor o menor del que comprende la totalidad del terreno, el aumento o la falta se distribuirá proporcionalmente».

(300) Arts. 557 y s. s., 554, 562, 586, 588, 575, s. s., 590, 569, 552, etc. del Código civil.

(301) Vid. la exposición de CASTÁN, 7.<sup>a</sup>, vol. II, pág. 146, y PÉREZ y ALGUER: tomo III, vol. I, pág. 331.

(302) Tabla VII, 11 s. s. Vid. JÖRK-KUNDEL: «Derecho Privado Romano», pág. 156, ed. esp., pág. 358, y también con toda amplitud, GRÜCK: «Comentario alle Pandecten», lib. X, ed. italiana, Milano, s. f.

(303) CASTÁN: Op. et loc. cit., pág. 108.

Pero cuando ninguno de estos medio pudieran emplearse, recurre a un criterio general de carácter absoluto, ordenando que «el deslinde se hará distribuyendo el terreno objeto de la contienda en partes iguales» (artículo 386).

### C) *Incrementos por accesión continua*

La accesión continua es una de las causas que puede provocar con mayor frecuencia una colisión de derechos al impedir el ejercicio total y simultáneo de los derechos que recaen sobre las cosas que se unan.

Cuando media culpa o dolo por alguna de las partes, no existe verdadera colisión, porque en ese caso el ejercicio de los derechos es ilícito o anormal. Pero cuando ambos proceden de buena fe, la relación de colisión surge inevitablemente.

Las legislaciones suelen resolver casuísticamente los distintos casos de accesión. Las soluciones se amoldan según la naturaleza del supuesto respectivo, a dos principios distintos:

1.º El principio de la coexistencia, en cuando sea posible, de ambos derechos de colisión.

Este criterio se aplica respecto de la avulsión (artículos 368 y 369) y de la conmixción (artículos 381 y 382-1.º).

2.º El principio de jerarquía, subordinando la existencia de uno de los derechos al que se considera como principal, e indemnizando al titular del derecho sacrificado.

Es la solución que prevalece en todos los casos de accesión industrial de bienes inmuebles, mediando buena fe (artículos 358 a 365), de adjunción (artículo 377) y de especificación (art. 383).

El suelo se considera preferente respecto de la superficie (artículo 358), y también lo es la cosa mueble principal o más valiosa, o de mayor volumen, respecto de la accesorio, menos valiosa o inferior en volumen (artículos 376, 377, y 377-2.º).

Pero existen dos claras hipótesis de colisión por accesión no resueltas por el Código de modo directo, a saber:

1.ª Caso de movimiento sísmico que provoca la superposición de terreno.

Es evidente la colisión entre los derechos de los propietarios de las partes invadidas e invasoras. ¿Cómo resolverla? SÁNCHEZ ROMÉN (304), VALVERDE (305) y PUIG PEÑA (306), siguen a ESCRICHE (307) en el senti-

(304) SÁNCHEZ ROMÁN: «Estudios...», cit., tomo II, pág. 142.

(305) VALVERDE: Ob. cit., tomo II, pág. 100.

(306) PUIG PEÑA: Ob. cit., tomo II, vol. 1.º, pág. 125.

(307) ESCRICHE: Ob. cit., tomo I, pág. 949, ed. 1874, voz «avulsión».

do de entender consumada la accesión a beneficio del propietario de la finca invadida, atendiendo al principio «superficies solo cedit», y a la consideración de que debe sufrir la pérdida el propietario de la finca donde el río hizo estragos.

CASTÁN (308), sigue a MANRESA (309), opinando debe concederse un plazo al propietario de la parte superpuesta para volverla a la finca originaria, consumándose la accesión de no hacerlo.

Ambas soluciones son factibles, pero a nosotros nos parece más equitativa y concorde con el sentido social de la propiedad y con el principio de la comunidad en los riesgos, resolver en sentido de que ambos propietarios deben resultar igualmente afectados por la desgracia, constituyéndose entre ellos un condominio sobre ambas porciones, siempre que la porción invasora no haya quedado destruída o inservible. Daría lugar a un enriquecimiento injusto resolver la colisión a favor de uno solo de los propietarios, aunque podría evitarse tal enriquecimiento, lo mismo que el estado de condominio mencionado, mediante un juego de oportunas indemnizaciones.

## 2.ª Edificación en suelo parcialmente ajeno.

El artículo 361 resuelve el supuesto de edificación en suelo ajeno, concediendo al propietario el derecho de optar por hacer suya la obra, previa indemnización, o por obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno.

¿Pero qué sucede si se edifica parte en suelo propio y parte en suelo ajeno? Nuestro Código no contempla el caso. La plantación o siembra en estas condiciones no ofrece dudas, por su divisibilidad. Tampoco existe problema si el edificio fuere divisible; pero como esto no es probable, ¿qué solución adoptar?

Algunas legislaciones extranjeras se plantean el problema. El Código italiano de 1942 decide en el sentido de atribuir la propiedad del suelo al constructor (art. 938), y el Código alemán (arts. 912 a 916) resuelve en el mismo sentido, si bien concede al propietario invadido la facultad de optar por el precio del terreno o por la recepción de un canon anual, con cargo a la finca, durante el tiempo que dure lo edificado.

La doctrina francesa se muestra confusa acerca del problema. En España se han ocupado recientemente de la cuestión PLAZA (310), y SANZ FERNÁNDEZ (311).

PLAZA entiende que debe concederse la propiedad de suelo inva-

(308) CASTÁN: Ob. cit., tomo II, pág. 161.

(309) MANRESA: «Comentarios al Cód. civil español», t. III arts. 368 y 369.

(310) PLAZA: «Construcciones sobre suelo ajeno», Rev. Dcho. Privado, 1947, págs. 444, s. s.

(311) SANZ FERNÁNDEZ: «Edificación en suelo ajeno: sus problemas», Colegio Notarial de Valencia, conferencias, 1947, págs. 188, s. s.



dido al edificante, previa indemnización, porque en este caso el suelo invadido es accesorio al edificio en su conjunto. SANZ distingue diversos supuestos (buena o mala fe, edificación divisible o indivisible, etc.), inclinándose por admitir—en el caso más difícil, cuando medie buena fe e indivisibilidad—que debe atribuirse la totalidad, es decir, el conjunto formado por el edificio y por el suelo, al dueño de la parte del suelo que deba estimarse como principal.

La jurisprudencia española no es unánime en sus decisiones; mientras la Sentencia del 1.º de diciembre de 1908 decide aplicar el artículo 361, la de 30 de junio de 1923 apuntó la posibilidad de atribuir al edificante de buena fe la propiedad del suelo. Es la de 31 de mayo de 1949 (312) la que ha afrontado el problema plenamente, entendiendo que, en la laguna normativa citada, debe aplicarse el principio general en materia de accesión «*accessorium sequitur principale*», atribuyendo esta última calidad al edificio unido al suelo del edificante, cuando su importancia y valor exceden a los del suelo invadido de buena fe». (Considerando 6.º *in fine*).

Esta doctrina nos parece plenamente aceptable y la más conforme con los criterios generales de colisión de derechos. Sigue lo substancial de la tesis de PLAZA y las soluciones del Código italiano y alemán; pero merece aplauso su criterio de subordinar tales soluciones al hecho de que el valor del edificio y suelo del edificante sea superior al valor del suelo invadido.

## 2.—Colisión resultante de la doble inmatriculación a favor de personas distintas, de una misma finca

Como indica VENTURA TRAVESET (313), «aún cumpliendo escrupulosamente la legislación española y consignando todos los datos descriptivos que ella exige, relativos a una finca, cabe la posibilidad legal de que pueda ser inscrita dos veces como finca distinta y a favor de diferentes personas» en el Registro de la Propiedad.

El supuesto no es susceptible de planteamiento frecuente, pero tampoco resulta imposible. Los medios de identificación de fincas en el Derecho Inmobiliario español son precarios. Solamente los Registros que tienen por base un catastro perfecto (sistema australiano, alemán, suizo, etc.) pueden hacer imposible—o mejor dicho, más difícil—esa situación.

(312) Puede verse un comentario a la misma en el Anuario de Derecho Civil, tomo III, pág. 515, por A. B. y en la Revista de Derecho Privado.

(313) VENTURA TRAVESET: «La identificación de fincas y la reconstrucción». Rev. Derecho Inmobiliario, 1940, pág. 85.

La doble inmatriculación constituye, como dice el citado autor, «un caso claro de colisión de derechos, en que precisa determinar cuál ha de subsistir» (314). Pero plantea, además, no solamente la colisión entre los derechos dominicales de ambos titulares, sino entre estos y los derechos derivados o constituídos sobre la base de la apariencia registral.

¿Cómo resolver esta hipótesis de colisión? ¿Resultan protegidos los posibles adquirentes del dominio o de gravámenes constituídos sobre la finca indebidamente inscrita, al amparo del artículo 34?

El artículo 313 del Reglamento Hip. de 1947 se ocupa del problema, decidiéndose por no conceder eficacia alguna a las defensas hipotecarias en este caso. La fe pública registral no actúa respecto de la inscripción aparente y nos parece aceptable la solución porque el Registro no ampara las cuestiones de hecho y cuestión de hecho es la existencia misma del inmueble (315).

Por ello, la determinación del derecho preferente y de inscripción que debe declararse eficaz, es materia que se ventila en juicio ordinario (artículo 313 «in fine»). Y nos parece acertada la tesis de VENTURA TRAVESSET (316) al estimar que quedan sin efecto las inscripciones subsiguientes a la inmatriculación indebida, salvo las acciones personales que «inter partes» puedan darse.

### 3.—Colisión producida por la cotitularidad de derechos y relaciones análogas

#### A) Condominio

Toda comunidad de derechos exige una perfecta fijación de fronteras entre los derechos respectivos de los diferentes comuneros. Si tales fronteras pudieran fijarse apriorísticamente de una manera exacta, justa e invariable, no serían posible la colisión de los derechos concurrentes en la comunidad.

Pero tales fronteras son imprecisas. Y entonces surgen inevitablemente, teniendo por causa la indeterminación de los límites, los supuestos de colisión. El principio que suele regir estas relaciones de colisión en el ámbito de la comunidad, es el de la igualdad. Todos los comuneros tienen idénticas facultades sobre la cosa o el derecho en común.

Y este principio de igualdad se complementa con otro que posibilita

(314) VENTURA TRAVESSET: «Problemas que plantea la doble inmatriculación de fincas y sus posibles soluciones legales», Rev. Crític. Decho. Inmobiliario, 1949, pág. 5.

(315) Vid. en este sentido, SANZ: «Instituciones de Derecho Hipotecario, citadas, tomo I, pág. 384.

(316) VENTURA TRAVESSET: Ob. última citada, págs. 14-15.

la decisión en la desarmonía: La sumisión al principio de la mayoría de votos, mayoría que en el condominio suele tener por base las cuotas. (Cód. español, art. 398-2.º), y en la comunidad germana, las personas. En el Derecho español existe, además, un segundo principio que coopera a la decisión en caso de desavenencia: La sumisión a la decisión judicial, respecto de los actos de administración (artículos 397-98).

Nuestro Código establece las siguientes reglas de solución:

- a) Uso de la cosa: Principio de igualdad: Artículo 394 (317).
- b) Disfrute y contribución a las cargas: Principio de proporcionalidad: Art. 393 (318).
- c) Administración: Principio de la sumisión a la mayoría, con recurso judicial subsidiario: Art. 393 (319).
- d) Disposición: Principio de la unanimidad: Art. 397 (320).

Respecto de la comunidad de buques, el Código de Comercio sigue siempre el principio de la mayoría.

### B) Comunidad germana

Las relaciones internas inherentes a toda propiedad en mano común disciplinan los posibles casos de colisión.

En España sólo pueden citarse como ejemplos de esta especie de condominio la comunidad de pastos y la sociedad de gananciales. Esta se rige por sus disposiciones propias, que se estudian posteriormente. Aquellas, si recae sobre terrenos de dominio público, por las disposiciones administrativas (art. 601).

Caso de versar sobre terrenos de propiedad privada, los supuestos de conflicto pueden presentarse con gran frecuencia y agravado por la inexistencia de regulación de esta comunidad. Se aplicarán, en su caso, los artículos 600, 602, 603 y 604. En su defecto, creemos deben las controversias con arreglo a lo dispuesto en los artículos 392 a 406 del Código civil, en lo que sean aplicables a la naturaleza de esta comunidad, por aplicación de los principios generales del derecho (art. 6.º), y atendiendo al carácter general de esta regulación del condominio (art. 392-2.º).

(317) Art. 394: «Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho».

(318) Art. 393: «El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas».

(319) Art. 398: «Para la administración y mejor disfrute de la cosa común, serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los copartícipes...». «Si no resultare mayoría o el acuerdo de esta fuese gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un administrador».

(320) Art. 397: «Ninguno de los conductos podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos».

### C) *Medianería.*

La medianería, se considere servidumbre, comunidad o propiedad especial, supone un concurso de derechos sobre una misma cosa. Concurso que puede degenerar en colisión cuando resulte incompatible el ejercicio de alguno de los derechos.

Nuevamente se impone un sistema de límites, que regula nuestro código en los artículos 571 a 579, con arreglo a los principios de igualdad y proporcionalidad respecto al uso, disfrute y conservación (art. 579).

Estas reglas—ejemplo una vez más de colisiones previstas y resueltas—evitan el planteamiento de las mismas.

### D) *Propiedad por pisos*

La nueva redacción del art. 396 del Código (Ley de 26 de octubre de 1939), resuelve muchos de los antiguos problemas planteados. La concurrencia de propietarios de los distintos pisos o habitaciones ha sido resuelta en el sentido de entender existe una propiedad singular y exclusiva sobre cada piso o habitación, acompañada de una copropiedad conjunta sobre los elementos comunes.

Se recogen como principios fundamentales:

a) El de la mutua limitación del dominio singular, tanto en lo referente a las facultades de aprovechamiento (art. 396-7.º), como a la facultad de disposición (concesión del derecho de tanteo a favor de los otros propietarios (art. 396-5.º).

b) El de proporcionalidad en la conservación de las cosas comunes (art. 396-3.º) (321).

### E) *Propiedad dividida*

Este tipo de propiedad, que comprende la concesión singular y por separado, a titulares distintos «iure domini», de los diferentes aprovechamientos de una finca, supone una concurrencia meramente física y objetiva de los respectivos derechos.

Los supuestos de colisión, en defecto de normas reguladoras de esta relación dominical, se resuelve aplicando los preceptos generales de las relaciones de vecindad, complementadas por aquel otro principio del ejercicio «civiliter» de los respectivos derechos, general en materia de servidumbres y perfectamente aplicable a esta relación.

(321) Sobre este tipo de propiedad y sus problemas, véase BATILLO VÁZQUEZ: «La propiedad de casas por pisos», 2.ª ed. Alcoy, 1954.

#### 4.—Colisión de posesiones

La concurrencia de posesiones sobre una misma cosa puede verificarse en forma pacífica y compatible—coposesión—o en forma de oposición. Realmente, sólo esta última forma constituye supuesto de colisión.

##### A) Comunidad de posesiones

La coposesión está expresamente admitida por el art. 445-1.º del Código civil. La regulación de sus efectos, en orden a la posibilidad de colisión de las respectivas posesiones en presencia, se determina por la regla general de los artículos 392 y 461, en cuanto les sean aplicables, ya que carece de disposiciones propias (arg. artículo 392-2.º).

##### B) Colisión de posesiones

Nuestro Código ha previsto el supuesto, determinando la solución en el art. 445-2.º, después de establecer que «la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personas distintas».

Establece como principios de solución, gradualmente jerarquizados:

a) Principio de prevención: «Si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión, será preferido el poseedor actual».

b) Principio de prioridad: «Si resultaren dos poseedores, el más antiguo...».

c) Principio de titulación: «Si las fechas de las posesiones fueren las mismas, el que presente título...».

d) Principio de exclusión mutua: «...y si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito o guarda judicial la cosa...».

Se justifica el primer principio por la misma naturaleza de la posesión que exige una protección inmediata y eficaz de la situación de hecho que presume la existencia de un derecho sin profundizar en el fundamento jurídico de esa situación.

En defecto del anterior, nos parece oportuna la aplicación del principio de prioridad, inmediatamente después, por el carácter general que tiene este principio, y particularmente, en el ámbito de los derechos reales.

El tercer principio supone ya una investigación del fundamento jurídico de la tenencia; por ello, es natural se preste atención al que presente título.

El último principio es un corolario del párrafo primero del artículo 445-1.º. Si la posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personas

distintas, y si los principios anteriores no pueden aplicarse, ninguno debe ser poseedor, hasta que judicialmente se decida la controversia.

Este art. 445 ha provocado varios comentarios. Puede verse la observación de MANRESA (322), MUCIUS SCAEVOLA (323) y particularmente un estudio publicado por VALLET DE GOYTISOLO (324). En orden a la posibilidad de planteamiento de su supuesto de hecho, nos parece evidente no solamente en el caso que recoge VALLET de varias personas que pretenden la posesión exclusiva de una pradera o bosque, sino también todos aquellos casos en que, respecto de una cosa mueble, o inmueble, concurren contradictoriamente una presunción de posesión con una posesión real diferente.

Se presume la existencia de la posesión en los artículos 440, que recoge en nuestro ordenamiento la posesión civilísima, 461 en cuanto no hace más que presumir la posesión de la cosa mueble, cuyo paradero se ignora; 449, que presume poseídas las cosas muebles y objetos que se hallen en una cosa a raíz cuando se posee ésta; 1.462, que recoge la tradición instrumental, 38 de la Ley Hipotecaria, que presume se poseen los inmuebles inscritos por su mismo titular. En cualquier de estos supuestos puede ocurrir que esas cosas estén de hecho poseídas por persona distinta al titular presunto: surge entonces una verdadera colisión de posesiones, que creemos puede resolverse por aplicación del art. 445, siempre que no sea aplicable el art. 444, debiendo aplicarse este último cuando la posesión real se haya conseguido «vi, clam au precario» .

### C) *Colisión entre posesión y cualquier derecho real sobre una misma cosa*

El artículo 446 de nuestro Código, recogiendo el sentido histórico de la protección dispensada a la posesión, ordena que «todo poseedor, tiene derecho a «ser respetado» en su posesión». Está protegido, por tanto, contra el despojo, el atentado de carácter material, la vías de hecho de cualquiera que intente impedirle esa posesión.

Pero cuando el ataque es de tipo jurídico, cuando frente al hecho de la posesión—que solamente se protege en cuanto presume un derecho posible—se alza un derecho sobre la cosa, el derecho de posesión resulta siempre vencido, porque ya no tiene fundamento su protección.

Como dice FERRARA (325) la posesión es un derecho «precario respecto a aquellos otros que son definitivos y perfectos»... «es un derecho real

(322) MANRESA: «Comentarios...», cit., t. IV, págs. 176, s. s.

(323) MUCIUS SCAEVOLA: «Código civil», cit., tomo VIII, págs. 364 s. s.

(324) VALLET DE GOYTISOLO: «La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble», Rev. Gral. Leg. y Jurisd., 1947, 2.º tomo, págs. 545 y 679.

(325) FERRARA: «Tratado...», I, pág. 368.

más débil, de energía limitada, un derecho provisorio destinado a sucumbir cuando entre en colisión con el derecho de quien tiene la potestad jurídica».

Se aplica, por tanto, con plena justicia a este caso de colisión el principio de la fortaleza: triunfa el derecho más fuerte.

Fortaleza que en este caso tiene su origen en la misma naturaleza de los derechos en contacto y no en cualidades accesorias de privilegio o garantía.

## 5.—Colisión entre derechos reales limitativos del dominio

### A) *Servidumbres*

Sobre un mismo predio pueden coexistir pacíficamente diversas servidumbres. Su naturaleza de derechos reales limitados posibilita la existencia de una nueva servidumbre sobre los aprovechamientos libres no ocupados por la primera o primeras servidumbres. Por su naturaleza la nota de exclusividad de estos derechos reales sólo se aplica a los aprovechamientos que constituyen su contenido.

Pero en cuanto cada servidumbre es excluyente respecto de la parte o clase de aprovechamiento que constituye su contenido, es necesario establecer una relación de jerarquía entre ellas. Y el principio aplicable, tratándose de servidumbres de idéntica naturaleza, es el de prioridad, complementado por el de publicidad respecto de los inmuebles inscritos en el Registro y de las servidumbres no aparentes. La servidumbre anterior en el tiempo es preferente sobre la posterior; la inscrita sobre la no inscrita, si ésta no es aparente, aunque sea posterior (art. 37 L.H.).

El artículo 545-2.º resuelve un cierto supuesto de colisión entre los derechos del dueño de la cosa y los del titular de la servidumbre, al precisar que «...si por razón del lugar asignado primitivamente, o de la forma establecida para el uso de la servidumbre, llegara ésta a ser muy incómoda al dueño del predio sirviente, o le privase de hacer en él obras, reparos o mejoras importantes, podrá variarse a su costa, siempre que ofrezca otro lugar o forma igualmente cómodos, y de suerte que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante o a los que tengan derecho al uso de la servidumbre».

Se trata de colisión entre derechos y no entre derechos de servidumbres y simples intereses de propietario, porque al realizar obras, reparos o mejoras importantes es una facultad dominical que por la agravación de la servidumbre ha resultado lesionada.

## B) Censos

El censo debe constituirse sobre la totalidad de una finca. Pero también es posible su constitución sobre partes físicamente delimitadas.

Existe entonces concurrencia—preferible sería decir colindancia o vecindad—de derechos de censo, que pueden ser de naturaleza distinta. En estos casos, a los efectos de las relaciones entre los censos, las distintas partes de finca se consideran como si fueran fincas distintas, y las relaciones entre los distintos derechos de censo se regirían por las normas y principios aplicables a las relaciones de vecindad.

Los censos constituyen relaciones de tipo muy complejo, en las que son muy frecuentes los conflictos o colisiones entre los intereses, y aún los derechos de muy diferentes personas, provocados o por una imperfecta delimitación del contenido respectivo de cada derecho o por acontecimientos ajenos a la voluntad de cada interesado (v. g., destrucción de la finca, expropiación forzosa, etc.).

Nuestro Código trata de mantener el equilibrio y la armonía entre los respectivos derechos concurrentes sobre la misma finca, estableciendo garantías y condiciones generales para la redención (arts. 1.609 a 1.612), división (arts. 1.618 y 1.619), esterilidad accidental de la finca (art. 1.624), pérdida de la misma (art. 1.625) destino del premio del seguro (art. 1.626) y expropiación forzosa, (art. 1.627), y garantías y condiciones especiales referentes al censo enfiteutico para el caso de expropiación parcial (artículo 1.631), constitución de servidumbre y otra carga si la pensión consiste en una parte alícuota de los frutos (art. 1.634) y condiciones para el ejercicio del comiso (arts. 1.648 a 1.652), etc., etc.

No obstante su previsión, existen supuestos no regulables. Tal ocurre; por ejemplo, con la colisión planteada entre las hipotecas o gravámenes reales impuestas por el enfiteuta y el derecho del dueño directo que ejerce el comiso.

Regulaba confusamente esta hipótesis el art. 117 de la anterior Ley Hipotecaria. La actual no lo recoge. Los autores estiman aplicable el principio «*resoluto iuris dantis, resolvitur ius concessum*», que no resulta injusto, puesto que el art. 1.650 del Código civil pone a disposición de los acreedores del enfiteuta un medio para evitar el comiso.

### 6.—Colisión entre derechos reales de garantía

#### A). Generalidades

Algunos de los derechos reales de garantía excluyen la posibilidad de la constitución de otros de idéntica naturaleza sobre la misma cosa. Así

sucede con el de prenda, el de retención y también posiblemente con el de anticresis.

El de hipoteca, no obstante, permite la constitución de otras sobre el valor libre de la finca, haciendo posible su concurrencia objetiva.

Entre estos distintos derechos es difícil plantearse la colisión. Por una parte porque la hipoteca presenta como carácter fundamental ser un derecho de inscripción constitutiva (art. 146 Ley Hipotecaria); por otra, porque el derecho de prenda, para que pueda perjudicar a tercero, ha de constar en documento público (art. 1.685), unido a la posesión excluyente de este derecho.

Veamos, no obstante, algunos supuestos especiales.

### B) Hipotecas

El principio de especialidad, básico en el derecho inmobiliario español, evita muchos casos de colisión. En el derecho francés, donde tal principio está defectuosamente regulado, se necesita acudir a la teoría del abuso del derecho para evitar soluciones injustas (326).

Por otra parte, la Ley Hipotecaria en sus sucesivas modificaciones ha venido resolviendo los casos de colisión inicialmente mal resueltos o ignorados.

a) Concurrencia de los derechos del acreedor hipotecario con los del propietario o adquirentes sucesivos.

En la Ley del 61 no se regularon bien los efectos de la hipoteca respecto de las accesiones, bienes muebles y mejoras, que incrementaban el valor de la finca. La del año 1909 modifica el régimen anterior en un sentido más justo y armonizado perfectamente todos los derechos concurrentes. La Ley de 1946 mantiene estas modificaciones en sus artículos 111 a 113 en cuyo examen no nos detenemos.

Los artículos 114 y 115 se ocupan del problema que plantean en su progresivo incremento los intereses del crédito hipotecario.

b) Concurrencia de varios acreedores hipotecarios sobre una misma finca.

En el derecho español, a diferencia, por ejemplo, del alemán, actúa con toda intensidad el principio de prioridad. En caso de ejecución forzosa siempre se respeta la subsistencia de la hipoteca inscrita anteriormente. El régimen es el siguiente:

1.º—Efectos de la ejecución respecto a las hipotecas anteriores:

La Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular el procedimiento ejecutivo ordinario (art. 1.416), ordena la subasta y venta, sin cargas, de la fin-

(326) Véase, por ejemplo, JOSSBRAND, op. cit., núms. 33 y 34. El D. de 4 enero 1955 pretende salvar estos y otros inconvenientes.

ca, depositando el importe correspondiente a favor de los acreedores preferentes. Este régimen era nocivo a los derechos de los acreedores. La Ley de 1909, al regular el procedimiento judicial sumario en el art. 131, ordenó la subsistencia de estos gravámenes (reg. 8 y 13); pero se consideraba vigente, en cuanto al ejecutivo ordinario, el artículo 1.516 de la Ley Enjuiciamiento Civil (327). La nueva Ley de 1946 declara derogado tal precepto en su art. 133, obteniéndose así las máximas garantías en el crédito hipotecario.

#### 2.º—Efectos respecto a las hipotecas:

La finca queda liberada de ellas, depositándose su importe (art. 131, reg. 5.º y 16.ª), después de satisfacer los créditos preferentes. Si el precio obtenido en la subasta no cubre todos los créditos, surge la colisión entre ellos, que se resuelve a favor de los preferentes, con arreglo al principio de prioridad.

LOZANO (328), defendía que el Registro de la Propiedad debía denegar la inscripción de las segundas hipotecas cuando su importe, unido al de las anteriores, excediese de la suma que se obtuviera de capitalizar el líquido imponible que conste en el Catastro. Tal medida nos parece pueril: en primer lugar, porque ya procurarán los acreedores posteriores que tal margen de garantía exista; en segundo, porque no evitaría la colisión en los casos de desvalorización, deterioro o pérdida de la finca.

#### c) Supuesto de varios créditos hipotecarios simultáneos.

Si estos créditos son normales, la venta en pública subasta afecta a todos por igual. Si el importe obtenido no es suficiente para satisfacer todas las pretensiones, debe distribuirse proporcionalmente, salvo que existan motivos de preferencia.

Si se trata de títulos nominativos o al portador, se aplica el art. 155, el cual ordena dejar subsistentes las hipotecas que garantice los títulos que, con igual derecho que los que son base de la ejecución, no concurren a ésta. Pero este precepto no puede aplicarse con carácter general a todas las ejecuciones en que intervienen crédito simultáneos e iguales (Res. 9 diciembre 1935).

### C) Prenda

Este derecho exige la posesión exclusiva de la cosa afectada. Evitándose así la concurrencia de estos derechos, se evitan las colisiones.

Pero esta circunstancia no existe en la prenda sin desplazamiento, ni

(327) Vid. A. LOZANO: «Particularidades del procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria cuando existen varios créditos hipotecarios sobre una misma finca», Rev. Dcho. Priv. 1918, pág. 190.

(328) LOZANO, obra citada, pág. 193.



en la hipoteca mobiliaria, siendo posible concebir el planteamiento de una verdadera relación de colisión entre el acreedor pignoraticio y el poseedor a título de derecho real de algunas de las cosas muebles pignoradas. Las normas que regulan los tipos de prenda sin desplazamiento existentes en nuestro Derecho (R. D. 22 de septiembre de 1917) sobre prenda agrícola, D. 29 de noviembre de 1935, sobre prenda oleícola; 17 de marzo de 1940, sobre prenda industrial; y 16 de diciembre de 1954 (general sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento), establecen como preceptivos ciertos medios de publicidad—inscripción en los Registros de la Propiedad, Mercantil y especial de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento—que evitan la situación de apariencia de propiedad libre que la posesión del deudor-propietario puede provocar ante terceros.

Pero estos medios de publicidad son insuficientes. De buena o mala fe, es fácil al propietario entregar como libres las cosas muebles trabadas. Y en todos estos casos surge inmediatamente la colisión entre los derechos de preferencia y posesión del acreedor pignoraticio y el derecho real que sobre la cosa haya surgido en un tercero.

En estos casos la colisión se resuelve a favor del comprador de la cosa mueble, tanto en el Derecho Mercantil como Civil. La redacción del art. 85 del Código de Comercio no deja margen a ninguna duda: «La compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas, quedando a salvo, en su caso, los derechos del propietario de los objetos vendidos, para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan contra el que los vendiere indebidamente».

¿Tiene idéntica fuerza legitimadora la posesión del artículo 464 del Código civil. Nos parece acertada la respuesta afirmativa: Se dicta en él un principio general: «La posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe equivale al título»; y a continuación dicta—dice DE BUEN—una excepción que según como se interprete anulará o no dicho precepto general: «Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente podrá reivindicarla de quien la posea».

Aplicado al caso presente, no existe excepción, pues cualquiera que sea la interpretación que se de a la frase «privado de ella ilegalmente», es indudable que debe predicarse únicamente del propietario, pero no de los titulares de derechos reales sobre la cosa; por otra parte, se dice «irreivindicable» y la acción reivindicatoria únicamente al propietario compete, salvo la eventual aplicación de la acción subrogatoria.

## 7.—Colisión entre derechos de retracto

### A) Generalidades

Surge la colisión cuando varios retrayentes quieren ejercitar su derecho sobre una misma cosa o finca, que se enajene. Salvo en un solo supuesto—el retracto de comuneros—en los restantes la colisión no admite posibilidad de simultanear el ejercicio de los derechos en lucha. El sacrificio de los derechos vencidos es total.

Cuando los retrayentes utilizan un mismo retracto las leyes suelen dictar normas de preferencia en su ejercicio: la colisión está prevista y resuelta. Pero cuando se trata de derechos de retractos de distinta naturaleza, se hace más difícil prever todos los supuestos, por el casuismo exagerado que supondría regular todos ellos. No obstante, nuestro ordenamiento recoge los casos más frecuentes.

Dada la diversidad de intereses que se protegen con estos derechos, es imposible encontrar ningún criterio general para la colisión.

Vamos a examinar los distintos supuestos de colisión posibles, distinguiendo inicialmente la concurrencia de retractos según sean de la misma o distinta naturaleza.

### B) Colisión entre retractos de la misma clase

#### a) *Retracto convencional*

Regula nuestro Código civil el supuesto de pluralidad de retrayentes, pero estima divisible el ejercicio del retracto, atribuyéndolo a cada retrayente sobre la «pars rei» que les haya correspondido, evitando la posibilidad de colisión (arts. 1.514 y 1.516). Aunque en interés de la indivisibilidad de la finca puede el comprador exigir la redención de la totalidad de la finca vendida (art. 1.515).

#### b) *Retracto legal de comuneros*

Se plantea la colisión si dos o más de los comuneros intentan ejercitar el retracto. El Código soluciona el conflicto sin sacrificar a ninguno de los derechos, pues permite su concurrencia. Dice el art. 1.522: «Cuando dos o más copropietarios quieran usar el retracto sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común».

Nuestro Código, en el art. 1.067, recoge el retracto de coheredero que, como el Tribunal Supremo ha estimado (Sent. 7 febrero 1944), se trata

de un caso particular del de comuneros, por lo que entendemos se le debe aplicar, en caso de pluralidad de retrayentes, el precepto del art. 1.522-2.º.

En el mismo sentido se decide CALVO y CAMINA (329) quien profun-  
diza previendo el supuesto de concurrencia de un coheredero en plena  
propiedad con otro que solamente lo sea en usufructo, entendiendo que  
«entonces habrá de prorratear entre ellos no sólo por razón de la cuantía,  
sino del concepto, es decir, que el usufructuario llevará en usufructo como  
parte igual a la que ya tenía, mientras que la nuda propiedad de su parte,  
y la plena del resto serán para el otro retrayente.

### c) *Retracto legal de colindantes*

Surge la colisión cuando varios propietarios colindantes quieren ejer-  
cer el retracto del art. 1.523.

El Código se inclina por la incompatibilidad del ejercicio simultáneo,  
dictando reglas para establecer la preferencia en este artículo, párrafo 2.º:  
«Si dos o más colindantes usan de retracto al mismo tiempo será preferi-  
do el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida; y  
si las dos la tuvieran igual el que primero lo solicite».

### d) *Retracto gentilicio en Aragón*

En el art. 76 del Apéndice recoge este tipo de retracto, estableciendo  
también reglas para resolver la colisión entre retrayentes: A tal fin de-  
cide en su párrafo 2.º: «Si concurren a retraer dos o más personas, el me-  
jor grado atribuirá preferencia; y dentro de él, la prioridad de tiempo en  
presentar la demanda, sin excepción de edad ni sexo».

### e) *Retracto arrendaticio rústico*

La Ley de 15 de julio de 1949 ha modificado el artículo 16 de la Ley  
de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935, regulando sobre ba-  
ses nuevas el derecho de retracto a favor de los arrendatarios en caso de  
transmisión a título oneroso o de donación «intervivos»—excepto la que  
se haga por razón de matrimonio—a persona que no sea heredera forzo-  
sa del transmitente.

Contempla el supuesto de la posible pluralidad de retrayentes, quan-  
do la finca está arrendada a varios colonos, estableciendo:

1.º—Que el derecho de retracto deberá ejercitarse conjuntamente por

(329) CALVO Y CAMINA: «Retracto de coherederos», *Rev. Dcho. Priv.*, t. II, 1915, pág. 175.

todos ellos, sin perjuicio de que cada uno adquiriera la propiedad de la parcela arrendada.

2.º—Que, de no existir acuerdo unánime, y de ser imposible para alguno de los arrendatarios el derecho de retracto, podrán ejercitar la acción, pero refiriéndola necesariamente a la totalidad de la finca transmitida, los arrendatarios de la misma que así lo deseen, siempre que el retrayente o retrayentes lleven en arriendo la mitad, al menos del predio que se proponga adquirir.

f) *Retratos concedidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos*

1.º—En favor del inquilino de viviendas o arrendatario de local de negocios.

Los artículos 47 y 48 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (texto articulado de 13 de abril de 1956) conceden, respectivamente, derechos de tanteo y retracto a los inquilinos de viviendas y arrendatarios de locales de negocios, para el caso de venta por pisos, cesión solutoria o adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común (salvo la cosa común adquirida por herencia o legado).

Cada arrendatario sólo podrá ejercitar estos derechos «sobre el piso o local que ocupare». En el caso de que en la finca sólo existiere una vivienda o local de negocio, su arrendatario tendrá el mismo derecho.

No existe posibilidad de colisión entre estos derechos, puesto que la ley los concede privativamente al arrendatario del piso que se enajena. La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1955 denegó el retracto en caso de existencia de dos locales de negocios y dos arrendatarios que pretendían retraer conjuntamente. Pero si el propietario, con objeto de burlar estos derechos procede a la agrupación de dos o más pisos y a la venta conjunta de los mismos por un sólo precio, el Tribunal Supremo ha reconocido en Sentencia de 8 de julio de 1952 estos derechos a los inquilinos de cada piso sobre el local que cada uno ocupaba.

2.º—En favor del arrendador del local de negocios.

Recogiendo el precedente de los artículos 48 y 40 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1947, la de 1956 concede al arrendador del local de negocios los derechos de tanteo (art. 35) y retracto (art. 36), cuando el arrendatario traspase su derecho, voluntariamente o por dación o adjudicación en pago de deudas.

Si los arrendadores son varios, la Ley prevé la solución al posible conflicto, estableciendo en el artículo 37 que no podrán ejercitar estos derechos individualmente, «pero que si alguno no desee usarlos, se entiende que renuncia en beneficio del coarrendador que quisiere tantear o retraer».

C) *Colisión entre retractos de diferente clase*a) *Casos previstos*1.º—*Concurrencia de retractos de colindante y comuneros.*

Resuelve el Código en el sentido de atribuir preferencia al de comunero (art. 1.524-2.º), por considerar más antieconómico el estado de comunidad que el de división de las fincas.

2.º—*Concurrencia de retractos enfiteútico y de comuneros*

La contempla implícitamente el art. 1.642, concediendo preferencia al primero de los citados sobre el segundo, por estimarse que la situación de una finca sometida a censo enfiteútico es más perjudicial, jurídica y económicamente, que la sometida a condominio.

3.º—*Concurrencia de retracto arrendaticio rústico de fincas no protegidas especialmente (330).*

Establece la Ley de 16 de julio de 1949, los siguientes órdenes de preferencia:

a')—*Concurrencia con el retracto de colindantes.*

Este último se considera siempre preferente.

Este caso se presentará en la práctica cuando se transmitan fincas menores de una Ha., cuyo arrendatario no la explote directa y personalmente.

b') *Concurrencia con el retracto gentilicio, donde subsista.*

Este último también se considera siempre preferente. La unidad del patrimonio familiar es un bien más digno de protección que el interés del arrendatario.

c')—*Concurrencia con el de comuneros.*

Se considera preferente el de comuneros si lleva en comunidad más de tres años.

(330) Aquellas cuya renta exceda de los 40 Qm. de trigo, o no se cultive directa y personalmente por el arrendatario (art. 4.º, Ley 23 julio 1942).

d').—*Concurrencia con cualquier otro retracto regulado por la legislación civil o especial.*

Se considera preferente el retracto arrendaticio que prevalecerá, por tanto, sobre el enfitéutico y también sobre el de coherederos, en nuestra opinión, por entender que dado el precepto taxativo de la ley no cabe asimilar totalmente este retracto al de comuneros.

4.º—*Concurrencia del retracto arrendaticio rústico de fincas protegidas especialmente con cualquiera de los restantes retractos.*

También distingue los siguientes supuestos la Ley de 16 de julio de 1949:

a').—Concurrencia con el retracto gentilicio.

Este último es preferente.

b').—Concurrencia con el retracto de comuneros.

También éste se considera preferente, si lleva más de tres años de comunidad.

c').—Concurrencia con cualquiera de los otros retractos.

Se considera preferente el del arrendatario. Incluso, por tanto, sobre el de colindantes. Esta es la diferencia fundamental con relación al régimen establecido para los arrendamientos no protegidos especialmente.

5.º—*Concurrencia de diversos tipos de retractos cuando el adquirente es colono especialmente protegido por el artículo 4.º de la Ley de 23 de julio de 1942.*

En este caso especialísimo solamente puede triunfar y evitar la adquisición el retracto ejercitado por «quien lo hiciere con el carácter de comunero de la finca arrendada y llevare en su propiedad más de tres años» (Párrafo II, Ley 16 julio 1949).

No comperndemos a qué arrendatarios ni a qué derechos se refiere GARCÍA ROYO (331) cuando, al glosar este precepto, dice que «el de colindantes y el gentilicio sólo actuará si el arrendatario no ejercita el propio». Del precepto únicamente se deduce que si el comunero de más de tres años no ejercita su derecho, la adquisición efectuada por el colono es irrevocable.

(331) GARCÍA ROYO: «Estudio del retracto arrendaticio rústico», Anuario de Dcho. Civil, vol. II, pág. 1431.

6.º—*Concurrencia del retracto arrendaticio urbano a favor del arrendatario de vivienda o local de negocios con los restantes tipos de retracto.*

Ha sido prevista por el art. 50, del texto articulado de la Ley que resuelve:

a).—Colisión con el retracto de comuneros. Este se considera siempre preferente en todo caso.

b) Colisión con cualquiera otra especie de retractos legales.

Es preferente el retracto arrendaticio.

7.º—*Concurrencia del retracto arrendaticio urbano concedido al arrendador en caso de traspaso de local de negocio con los otros retractos legales.*

También está prevista su solución en el art. 40 de la misma Ley, con análogo criterio al sustentado en el art. 50, al declararlo preferente sobre cualquier otro derecho similar, a excepción del de condueño del negocio.

b) *Casos no previstos*

Podríamos combinar entre sí todos los tipos de retractos legales conocidos y obtener una enumeración de casos de colisión no previstos.

Pero esta relación sería muy extensa y de ninguna utilidad para nuestro estudio, por lo que nos limitaremos a estudiar algunos supuestos de fácil planteamiento y a deducir algunos criterios de carácter general aplicables a dichas colisiones.

1.º—*Concurrencia del retracto de colindantes con el enfiteútico.*

Aunque el supuesto no esté expresamente resuelto, es indudable que debe tener preferencia el enfiteútico, según criterio que puede deducirse de los arts. 1.524-2.º y 1.642, puesto que si el primero declara preferente al de comuneros sobre el de colindantes, y el segundo declara la preferencia del enfiteútico sobre el de comuneros, el enfiteútico—como consecuencia lógica—debe ser preferente ante el de colindantes. No existe ningún nuevo interés en presencia que pueda desvirtuar esta conclusión lógica.

2.º—*Concurrencia del retracto del censo a primeras cepas con el de comuneros o colindantes.*

Dice el art. 1.656, en su regla 6.ª refiriéndose a la enajenación de finca sometida a «rabassa morta», que el «cedente y el cesionario tendrán recí-

procamente los derechos de tanteo y de retracto, conforme a lo prevenido para la enfitéutica...», por lo cual opinamos que en este caso de colisión debe declararse preferente en cualquiera de los dos casos el retracto del art. 1.656.

3.º—*Concurrencia triple de retractos enfitéuticos (o de rebassa morta), de comuneros y de colindantes.*

Aplicando las soluciones anteriores, debe establecerse una graduación de preferencias idénticas al orden en que están enunciados.

4.º—*Concurrencia del retracto gentilicio con el de colindantes.*

El supuesto ha sido estudiado, con referencia al derecho aragonés anterior al apéndice, por PASCUAL SERRANO (332), quien se inclina por conceder preferencia al retracto de colindante, basado en las siguientes razones:

1.ª—Que el retracto de colindantes, tiene por causa la utilidad pública, el interés social, puesto que protege la subsistencia de la propiedad evitando un excesivo fraccionamiento.

2.ª—Que se puede considerar como «un derecho nacido en contemplación a la finca y por ende, como si fuese un derecho en la misma cosa, anterior y superior en consideración a la persona que accidentalmente posee la finca rústica» (pág. 226).

A pesar de la fuerza de estos argumentos, nos inclinamos por la tesis opuesta, con base en los siguientes argumentos:

1.ª—En que si de interés público es evitar la atomización de la propiedad, tanta o más transcendencia social y pública tiene mantener la cohesión y la estabilidad de la familia campesina, objeto de casi todas las especialidades jurídicas de las regiones forales.

2.ª—En el gran arraigo y tradición de este retracto en las regiones donde se practica (Valle de Arán y Vizcaya), frente a la novedad del retracto de colindantes, no conocido en las regiones forales, aunque aplicado por decisión de la jurisprudencia.

3.ª—En la tendencia actual favorable a este retracto, que se regula en el art. 76 del Apéndice de Aragón y se menciona en el art. 16 de la Ley de Arrendamiento Rústicos, como preferente al del arrendatario. Además, el párrafo 5.º «in fine» de dicho artículo, concede más importancia al retracto gentilicio que al de colindantes, al considerar al primero preferente, y no al segundo, sobre el del arrendamiento de finca especialmente protegida.

(332) PASCUAL SERRANO: «Concurrencia de retractos, de colindantes y gentilicio, en Aragón», Rev. Deho. Priv., tomo I, 1913-1914, pág. 225.

### 5.º *Concurrencia del mismo retracto con el de comuneros.*

Las mismas razones expuestas debían inclinarnos por una solución análoga a la anterior, pero atendiendo al trato preferente que el retracto de comuneros recibe en el Código Civil y Ley de Arrendamientos, junto a la prevención legal y jurisprudencial hacia las situaciones de condominio, debemos decidimos por la preferencia del retracto de los condóminos.

### 6.º *Concurrencia triple o cuádruple de los retractos arrendaticios rústico, gentilicio, de comuneros y de colindantes.*

No es probable que el supuesto pueda darse en toda su complejidad, pues sería necesario que se vendiera en territorio foral donde rija el retracto de parientes una finca inferior a una Ha., perteneciente a varias personas y arrendada.

GARCÍA ROYO, dá por resuelto el caso en el propio artículo 16 (modificado por la Ley del año 1949), de la Ley de Arrendamientos Rústicos, entendiendo que los retractos que se enumeran son preferentes entre sí por el orden que se mencionan en dicho artículo (333).

No creemos, por nuestra parte, en tal jerarquización legal de preferencia. El orden en que se citan cada uno de los retractos es puramente casual, como se deduce de su redacción.

Desestimada esta opinión ¿con arreglo a qué orden de preferencia debe concederse el ejercicio de dichos retractos concurrentes (334).

Armonizando la doctrina del art. 16 tantas veces citado, con la del

(333) GARCÍA ROYO: *ob. cit. loc.*, págs. 1430 y 1431.

(334) ESCOBANO RUIZ: «El retracto en la Ley de Arrendamientos Rústicos». (Rev. Grad. de Leg. y Jurisprudencia, 1946), tomo 179, pág. 330, se ocupó de este mismo problema, destacando la existencia de una verdadera antinomia o incongruencia entre lo dispuesto en la ley de Arrendamientos rústicos y lo proyectado en el Código civil, artículo 1.524, puesto que según el art. 16 de dicha Ley el colindante es preferido al arrendatario, y éste, al comunero que lleva menos de 3 años en la comunidad, mientras que según el art. 1.524, el comunero excluye al colindante, de donde—dice—«el comunero vencido por el arrendatario puede alzarse frente al colindante, que a su vez venció al arrendatario (pág. 332).

Nos parece scfístico este razonamiento. No existe el círculo vicioso a que alude. Si el arrendatario no intenta el retracto y solamente lo intentan el condueño y el colindante, no hay duda de que debe vencer el primero, por aplicación del artículo 1.524, que es de carácter general y que no está en contradicción con el artículo 16 citado, porque este artículo no se ha planteado (ni le interesa) este caso de colisión.

Pero si concurren o intentan el retracto el comunero, el colindante y el arrendatario, entonces existe una situación de colisión no prevista por el art. 1.524, aunque tampoco resuelta plenamente por el art. 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos pero que debe encontrar su solución en los principios inspiradores de esta Ley. Y si en ella se dice que el colindante debe ser preferido al arrendatario (y que no lo es el comunero de menos de 3 años), es lógico que el colindante venza al comunero.

art. 1.524, y con nuestro criterio sobre la preferencia del retracto gentilicio sobre el de asurcanos, podemos señalar los siguientes órdenes de preferencia, según se trata de arrendamientos especialmente protegidos o no:

a) *Caso de arrendamientos especialmente protegidos:*

- 1) Retractos de comuneros (con más de 3 años de comunidad).
- 2) Retracto gentilicio.
- 3) Retracto arrendaticio.
- 4) Retracto de colindantes.
- 5) Retracto de comuneros de menos de 3 años en la comunidad

b) *Caso de arrendamientos simplemente protegidos:*

- 1) Retracto de comuneros (más de 3 años en comunidad).
- 2) Retracto gentilicio.
- 3) Retracto de colindantes.
- 4) Retracto arrendaticio.
- 5) Retracto de comuneros (con menos de 3 años de comunidad).

### 8.º—Colisión de derechos de tanteo

#### A) *Generalidades*

Es el derecho de tanteo un derecho de adquisición de naturaleza semejante al retracto.

En nuestra legislación se concede este derecho en caso de enajenación de los dominios útil o directo (art. 1.637) de la enfiteusis, en la *rabassa morta* (art. 1656-6.º), propiedad de casas por pisos y habitaciones (art. 396), y arrendamientos urbanos (arts. 35 y 47 L. A. U.)

La doctrina acerca de la posible colisión de estos derechos es idéntica a la expuesta referente al derecho de retracto y tiene las mismas soluciones, en caso de concurrencia, que en los retractos respectivos.

Nos queda por examinar el tanteo de la propiedad horizontal.

#### B) *Concurrencia de derechos de tanteo en la propiedad de casas por piso*

a) Colisión con el derecho idéntico de los restantes propietarios de pisos, en caso de enajenación de uno de ellos.

El art. 396 establece el siguiente orden o preferencias:

- 1) El propietario que ofrezca mayor precio.

2) Si los precios fuesen iguales, el propietario de piso o parte de piso horizontalmente inmediato al objeto de la venta.

3) Si aún así las condiciones fuesen idénticas, es potestativo del vendedor realizar la venta con cualquiera de los oferentes.

No juega por tanto, ninguno de los clásicos principios en materia de colisión: ni el de prevención, ni el de prioridad, ni el de interés más relevante.

b) Colisión con el derecho de tanteo del arrendatario.

Si el piso que se enajena está arrendado, puede surgir colisión entre los derechos de tanteo y retracto de cualquiera de los propietarios de los restantes pisos y el del arrendatario.

El art. 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos resuelve indirectamente el problema cuando preceptúa que «el tanteo y el retracto tendrán en estos casos preferencia sobre cualquier otro derecho similar, con excepción del de condueño» (se refiere, es claro, al tanto y al retracto de arrendatario). Si la propiedad de casas por pisos se concibiera como una comunidad absoluta, cualquiera de estos propietarios sería considerado «condueño», pero al ser esta tesis inexacta, su tanteo se pospone al del arrendatario.

La Sentencia del Código civil de 23 de abril de 1956 ha resuelto precisamente una colisión de esta naturaleza y clase, resolviendo en el sentido del texto.



## CAPÍTULO V

## COLISIÓN DE DERECHOS PERSONALES

## 1.—Caracteres de la colisión de estos derechos

Repetidas veces hemos aludido a la polémica acerca de la posibilidad de colisión entre derechos de obligación (335).

Admitida por nosotros la tesis afirmativa, nos limitamos ahora a recoger algunas nuevas opiniones y a la exposición de ciertas especialidades en el planteamiento y en la solución de estos casos de colisión.

A) *Opiniones de JOSSERAND y BOULANGER :*

JOSSERAND, por ejemplo, defiende también decididamente la posibilidad de que «la celebración de un contrato puede ser motivo de un conflicto de derechos», porque—como sigue diciendo—«la autonomía de las voluntades contractuales puede enfrentarse a derechos adquiridos por terceros o principios de orden público, que le son iguales o superiores (336).

Ha sido, sin embargo, BOULANGER (337) quien ha estudiado con más detalle «los supuestos de colisión entre derechos personales», sentando conclusiones que podemos admitir, con las naturales adaptaciones a nuestro ordenamiento positivo.

Observa este autor la gran diferencia que existe entre la colisión de derechos personales que tienen por objeto la entrega de una suma de dinero, y la de aquéllos cuya prestación consiste en dar cosas distintas del dinero, en un hacer o en una omisión. Las diferencias son las siguientes :

- 1.ª Cuando los créditos versan sobre sumas de dinero (deudas de

(335) Véase, antes 1.ª parte, cap. II, n.º 2.

(336) JOSSERAND: obra citada, pág. 108.

(337) BOULANGER: ob. y lugar citados, págs. 543 s. s.

valor), no surge entre ellos verdadera relación de colisión salvo en el supuesto de insolvencia, porque el patrimonio de un deudor «in bonis» es algo mudable, vivo, en constante incremento o disminución, y aunque el cobro de uno de los créditos imposibilite momentáneamente el cobro de los restantes, esto no origina verdadera colisión entre ellos, porque el activo patrimonial puede reintegrarse rápidamente.

Si tal reintegro no es posible, por ser inferior al pasivo, entonces puede declararse el procedimiento de concurso, suspensión o quiebra, y entonces es cuando la colisión entre estos derechos puede presentarse, bajo la forma de colisión colectiva o global, que posteriormente será estudiada. Solamente entonces puede surgir «a posteriori» colisión con aquellos créditos que fueron pagados, en virtud del mecanismo de la retroacción de la quiebra, o concurso.

En cambio, si las obligaciones consisten en dar alguna cosa determinada o en cumplir una prestación personal, se concibe fácilmente que pueda surgir la colisión cuando el deudor se haya obligado, en contratos sucesivos, a entregar la misma cosa a varias personas o a llevar a cabo actuaciones personales incompatibles, por la naturaleza, por el tiempo o por el lugar.

2.<sup>a</sup> La segunda gran diferencia afecta a la solución de la colisión. Mientras en aquel primer caso puede mantenerse la subsistencia de todas las obligaciones sin más que reducir su respectiva cuantía—sacrificio parcial de todos los derechos—, en el segundo caso tal solución no es viable: el cumplimiento de una de las obligaciones imposibilita la satisfacción «in natura» de la que le es incompatible.

En estos casos, la obligación incompatible no se extingue: lo único que se discute en la relación de colisión es cuál de las obligaciones opuestas ha de cumplirse «in natura» y cuál en equivalente.

He aquí una nota fundamental que diferencia esta colisión de la de los derechos reales: mientras éstos, por su nota de exclusividad, no admiten la coexistencia del derecho incompatible, en la colisión de derechos de crédito solamente se discute la forma del cumplimiento, puesto que en ellos no es frecuente la nota de exclusividad.

Existe, como indica BOULANGER (338), una excepción muy calificada a esta regla: el supuesto de una cesión sucesiva de un mismo crédito a varias personas: en este caso, «nos encontramos, como en materia de derechos reales, en presencia del problema de la atribución privativa de un derecho».

(338) BOULANGER: ob. y lugar citados, nota 3, pág. 549.

### B) *Especialidades relativas a los principios de solución*

El principio de publicidad no tiene aplicación por la falta de un régimen de dicha naturaleza en los derechos personales. Estos derechos, en virtud del principio de la relatividad de los contratos, sólo afectan a las partes contratantes y a sus herederos (art. 1.257 del Código civil), de tal modo que su desconocimiento por terceras personas no es causa, normalmente, de perturbaciones. En algunos supuestos, no obstante, por afectar el derecho personal a una cosa con eficacia casi real (arrendamiento, etc.) o por ser capaz de provocar una transformación de tipo real (acciones de nulidad, rescisorias, etc.) se permite su acceso al Registro de la Propiedad (339).

El otro principio clave—el de prioridad—, sigue siendo lógicamente el que debe inspirar la solución de los conflictos. No obstante, resulta difícil compaginarlo con ese otro principio general en materia de contratación enumerado antes—el de la relatividad—, en virtud del cual cada contrato se considera independiente y perfectamente válido, aunque sus efectos puedan estar en contradicción con los de un contrato anteriormente celebrado.

Aún en el supuesto de haberse obligado el deudor a entregar una misma cosa a varias personas (v. g. a título de arrendamiento, o donación, o compraventa), en los que parece más factible la aplicación del principio de prioridad, éste no operará sino en los casos de mala fe, porque los contratos en presencia, aunque originen obligaciones incompatibles, son válidos perfectamente como negocios obligatorios. El deudor, en estos supuestos, entendemos tiene plena libertad para elegir la obligación que quiera cumplir «in natura», siempre que el contrato anterior no haya comenzado a ejecutarse porque en estos casos la prioridad se aplica, en aras de la seguridad jurídica, respecto del momento del comienzo de la ejecución, y no de la prestación del consentimiento.

### C) *Sistema que se sigue en la exposición de los casos de colisión*

En primer lugar, van a examinarse los supuestos concretos de colisión entre derechos de crédito de mayor interés, provocados por la imposibilidad de su cumplimiento simultáneo o por su imposible coexistencia. Pretendiendo mayor claridad, se exponen los casos atendiendo a la clasificación corriente de los diferentes tipos de contratos, sin perjuicio de aclarar que no por eso se confunde el contrato—como negocio jurídico bilateral—con la situación jurídica obligatoria creada por dicho negocio,

(339) Vid., en la legislación hipotecaria española, los arts. 2-5.º y 37 de la Ley de 1946.

situación jurídica que en la doctrina suele llevar la misma denominación que aquél, a riesgo de confundir la causa —el contrato—, con el efecto —el vínculo creado por él—.

Nosotros nos referimos a la colisión entre los derechos subjetivos dimanantes de estos vínculos obligatorios; no se puede hablar realmente de colisión de contratos, porque éstos son actos jurídicos y no derechos.

Después, una vez realizada dicha enumeración, estudiaremos los supuestos de colisión originados por las situaciones de insolvencia (concurso de acreedores y quiebra).

En realidad, estas situaciones dan lugar a colisión no sólo entre derechos de crédito, sino también entre derechos reales y entre derechos de uno y otro tipo. De ahí que, en un sistema riguroso, su estudio quizá debiera realizarse fuera de este capítulo.

Otras razones, sin embargo, justifican el sistema seguido, entre ellas la dependencia de esta materia respecto del Derecho de obligaciones y la mayor importancia en la colisión entre derechos personales dentro de estas situaciones de insolvencia.

## 2.—Colisiones en la compraventa

### A) Caso de la doble venta

Nuestro Código no resuelve en su artículo 1.473 todos los problemas que puede plantear la doble venta de una misma cosa, a personas distintas, pues únicamente se preocupa de la transferencia de la propiedad, estableciendo reglas que, como advierte ESPÍN (340), son una excepción al juego del artículo 609.

A nosotros nos interesa la consideración total de los efectos que se producen en esta colisión, para lo cual tendremos en cuenta:

1.º—Que la colisión surge entre los varios compradores entre sí.

2.º—Que en lo referente a la transmisión de la propiedad, no se trata de una mera colisión entre derechos de crédito, sino de «ius ad rem», pues admítase o no la substantividad de esta figura jurídica (341), es indudable su existencia y su posible utilidad (342).

3.º—Que, en consecuencia, por ser el «ius ad rem» un derecho de carácter excluyente, no cabe la posibilidad de ejercicio simultáneo de las pretensiones incompatibles.

4.º—Pero estos «ius ad rem» en colisión no son más que parte del

(340) Espín: «La transmisión de los derechos reales en el Código civil español», Rev. Dcho. Privado, 1945, pág. 356.

(341) Vid. las dudas de CASTÁN, en su Derecho civil, 7.ª, II, pág. 17, s. s.

(342) Espín: ob. y lugar últ. cit., pág. 358.

contenido total de la relación jurídica obligatoria originada por la compraventa, por lo cual es necesario decidir acerca de la subsistencia o insubsistencia de los restantes efectos del contrato respecto del comprador que no adquiere la propiedad.

Es necesario examinar, por tanto, dos aspectos: a) La solución de la colisión en lo referente a la transmisión de la propiedad, y b) la solución en lo referente a los restantes efectos del contrato de compraventa.

a) Transmisión de la propiedad.

a') Bienes inmuebles.

El Código sienta los siguientes principios:

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

Esta regla consagra una aplicación especial del principio de prioridad. Hay autores que han querido buscar la protección dispensada al primero que inscribe en el principio de legitimación, del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, o en el principio de fe pública, del artículo 34 de la misma Ley. Pero el primero de estos principios es inaplicable al caso presente, porque éste no admite prueba en contrario; y tampoco el segundo, porque el art. 1.473 no persigue la protección de ningún tercero. Ambos principios tienen su juego de acción en campos distintos.

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

Si no exigiese la buena fe, este caso no sería más que la aplicación del artículo 609 (adquiere la propiedad el primero en el título y la posesión), pero puesto que se exige, es más bien una excepción a la teoría del título y el modo (343).

Constituye, en definitiva, una aplicación conjunta de los principios de prioridad y buena fe.

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

La redacción del Código «título de fecha más antigua», parece dar a entender se refiere a «título» en sentido formal, como documento (que puede ser público o privado), en que conste la fecha de la perfección del

(343) Vid., en este sentido, Estrín, ob. citada, págs. 357-358.

contrato. Pero aclaremos, que, de ser notarial el documento, no se aplicaría esta regla, sino la precedente, pues el otorgamiento de escritura pública equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujera claramente lo contrario (art. 1.462-2.º), es decir, se daría la «tradicito por cartam» y existiría posesión en el adquirente.

El supuesto se dá, por tanto, o entre documentos privados (344), o entre documentos públicos no notariales, o entre escrituras con la salvedad del último párrafo del artículo 1.462, u otorgadas en territorio foral.

Pudiera ocurrir que el Código se refiera a título en sentido substantivo, en cuyo caso equivaldría a consentimiento y la fecha más antigua sería, no la de los documentos en que este consentimiento pudiera haberse exteriorizado, sino a la del instante mismo en que, con arreglo al artículo 1.450, la compraventa quedó perfecta.

Opinamos, sin embargo, que el Código debe referirse a título en sentido formal, o documentos.

Esta regla recoge otra excepción a la teoría del título y el modo, y el único caso en nuestro Derecho de adquisición de la propiedad «solo consensu», puesto que no ha mediado traditio, y, sin embargo, se ha verificado una transmisión de propiedad. Nos parece preferible esta opinión a entender que se verifica una tradición por ministerio de la ley.

4.º—No resuelve el Código el supuesto de que ninguno de los antagonistas tenga la posesión de la cosa ni título adecuado.

Puede optarse por dos soluciones: o seguir aplicando este principio de prioridad en la perfección del contrato (de ser posible su prueba), o entender que en estos casos es potestativo del deudor elegir el comprador

#### b) Bienes muebles.

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

Cuando tal principio no pueda aplicarse, por no tener la posesión ninguno de los compradores, estamos en presencia de una laguna legal.

El principio de prioridad en el título, que rige para las adquisiciones de bienes inmuebles en caso semejante (atr. 1.473-3.º), lo estimamos aplicable como principio general de derecho.

(344) ¿Será necesario el requisito de la fecha cierta, con arreglo al artículo 1.227? Estimamos en sentido afirmativo.

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

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

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

Tiene este problema íntima relación con el de la venta de cosa ajena, en cuyo estudio no podemos detenernos.

### 3.—Colisión en la cesión de créditos

#### A) Caso de doble cesión de crédito

En el derecho positivo español el contrato de cesión de créditos constituye, en realidad, una modalidad del contrato de compraventa, cuyas características derivan de la naturaleza especial de la «res» vendida, el crédito, el cual aunque puede objetivarse, no por eso deja de ser una relación jurídica entre personas.

Con este carácter lo regula el Código civil en los artículos 1.526 a 1.536, que constituyen el capítulo VII, del título V, dedicado al contrato de compra y venta.

En el supuesto de sucesivas cesiones de un mismo crédito, realizadas por un mismo titular en favor de personas distintas, se origina un problema idéntico al de la doble venta, anteriormente examinado. Pero no existe ningún precepto paralelo al del artículo 1.473 del Código.

En este caso se presenta una doble cuestión: 1.<sup>a</sup>) ¿Quién adquiere el crédito cedido?, 2.<sup>a</sup>) ¿Con quién queda vinculado el deudor?

En relación con la primera, debemos plantearnos una previa cuestión doctrinal: ¿Es posible la propiedad de créditos? ¿Puede hablarse de la transmisión del derecho de propiedad que se tiene sobre un crédito, considerando éste como un «res» de carácter patrimonial?

No es frecuente emplear esta terminología; la doctrina clásica se resiste a emplear el término de propiedad para indicar la titularidad de un

crédito; es mejor hablar de la transmisión de esa titularidad, aunque esto último sea aún más impreciso.

No podemos detenernos demasiado en esta cuestión, tan interesante,, por otra parte. BOULANGER (345) parece decidido a aceptar esta terminología, y a nosotros nos resulta también muy grata, por ser una tesis apta para explicar muchos fenómenos.

Resumiendo, trátase de derecho de propiedad o de titularidad—DE CASTRO la llama titularidad dominical (346)— ¿Quién adquiere el crédito de ambos compradores o cesionarios?

El Código no resuelve el problema. ¿Puede aplicarse el artículo 1.473 del Código civil? De entender que en la cesión de créditos hay una transmisión de propiedad podría aplicarse la teoría del título y el modo, y en definitiva, este precepto. La dificultad radica en aplicar la teoría de la tradición a esta venta. ¿Cómo se dá la tradición en la transmisión de los créditos? La cuestión, discutida doctrinalmente, está resuelta en nuestro Código civil, en el art. 1.464, que admite como forma de tradición de los bienes incorporeales el otorgamiento de la escritura pública, la entrega de los títulos o el uso del derecho

También el artículo 1.527 habla de la necesidad de la notificación al deudor, para que éste solo pueda liberarse pagando al nuevo acreedor. Pero esta notificación—antigua «denuntiatio»— no tiene actualmente carácter traslativo, como ha observado ROCA SASTRE al analizar la historia y la función de este requisito, que en algún momento constituyó una especie de «traditio» de los derechos (347).

Cuando el crédito conste incorporado a un documento—título-valor, por ejemplo—la propiedad, y a veces, la mera posesión, del documento lleva consigo la titularidad del crédito: entonces no ofrece dudas la tradición del crédito al verificarse la del documento, tanto por aplicación de los principios que rigen los títulos-valores como el propio artículo 1.464-2.º del Código.

Si, por tanto, existe título en la cesión de los créditos y también modo o traditio, es indudable que se puede aplicar el artículo 1.473 en la solución de la colisión de derechos entre dos sucesivos cesionarios. Adquiere el derecho aquél a quien primero se otorgue la escritura de venta o se entreguen los títulos de pertenencia, o, en su defecto, use el derecho.

Cuando se trata de créditos hipotecarios inscritos en el Registro de la Propiedad, funciona el principio de publicidad, y también el párrafo segundo del artículo 1.473, por imperativo del artículo 1.526-2.º del Código

(345) BOULANGER: Ob. y lug. citados, nota 3, pág. 549. Sobre este mismo problema cita la opinión de DEMOGUE: «Notions fondamentales de droit privé», pág. 425.

(346) DE CASTRO: «Derecho Civil...», cit. Madrid, 1949, pág. 565.

(347) ROCA SASTRE: «Derecho Hipotecario, cit. vol. págs. 508-509 s. s.

civil, en relación con los artículos 149 y 151 de la Ley Hipotecaria. Esta tesis es también la de ROCA SASTRE (348), que confirma cuanto hemos expuesto.

B) *Caso de venta de una herencia, de ventas a tanto alzado y de venta de créditos litigiosos.*

Los artículos 1.532 a 1.536 armonizan los derechos de cedentes y cesionario, en forma tal que impiden el nacimiento de relaciones de colisión.

#### 4.—Colisión de derechos arrendaticios

##### A) *Generalidades*

El contrato de arrendamiento es quizá, después del contrato de compraventa, el de mayor importancia, tanto desde el punto de vista jurídico como económico; y aún más importante que éste desde el punto de vista de la política social y legislativa.

Tomando como base la distinción entre el arrendamiento de servicios y el de cosas (349), vamos a examinar los interesantísimos supuestos de colisión planteados por el doble arrendamiento a personas distintas. Aprovecharemos la ocasión que nos presenta el arrendamiento de servicios para hacer extensivas nuestras indagaciones a los casos de colisión de obligaciones incompatibles de carácter puramente personal; asimismo, el estudio de los arrendamientos de cosas nos servirá para analizar los casos de obligaciones incompatibles de dar con transmisión del mero goce y disfrute, al igual que el contrato de compraventa nos sirvió para estudiar los casos de obligaciones incompatibles de dar con transmisión del dominio.

B) *Caso de arrendamiento de servicios incompatibles*

No es frecuente el caso de que una persona se obligue a la prestación de servicios personales en favor de otras personas en forma incompatible, bien por razón de alguna cláusula de exclusiva, existente en alguno de los contratos, bien por la imposibilidad del cumplimiento de todas las obligaciones, al coincidir las circunstancias de tiempo o de lugar en la realización de la actividad.

(348) ROCA SASTRE: ob. cit., vol. IV, pág. 506.

(349) Seguimos la consideración unitaria del Cód. civil español (artículo 1.542), sin detenernos en controversias doctrinales, muy justificadas por otra parte.

Este caso—ampliable a todos los supuestos de obligaciones de hacer—plantea el problema de la subsistencia de los contratos incompatibles, y el de la armonía entre los derechos en colisión de los distintos acreedores del mismo deudor.

La primera cuestión, la resuelve la doctrina y la jurisprudencia en forma positiva, entendiéndose que el principio de autonomía de la voluntad, y sobre todo, el de la relatividad de los contratos, recogidos en los artículos 1.255 y 2.257, respectivamente, de nuestro Código civil, exigen el respeto de ambos vínculos obligatorios, con base en su respectiva independencia; puesto que los contratos sólo surten efectos entre las partes contratantes y sus herederos (350), los terceros—y lo son los restantes acreedores— carecen de acción ante las vinculaciones contractuales de otras personas.

Por otra parte, estos contratos sólo pueden ser incompatibles por razón de concurrencia en las circunstancias de su cumplimiento, pues por razón de su objeto no lo son, ya que el ámbito del quehacer individual—objeto de los contratos meramente obligatorios— (351) es ilimitado.

Hay una excepción al principio de la subsistencia de estos contratos incompatibles: cuando el segundo acreedor ha contratado de mala fe, es decir, con conocimiento de la existencia del primer contrato; el principio «*fraus omnia corrumpit*» ocasiona la invalidez del segundo contrato, y en su caso, la responsabilidad del acreedor posterior frente al primer acreedor (352).

Decidida la subsistencia de ambos contratos, surge inmediatamente la colisión entre los derechos que originan. La colisión nace no por la existencia de estos derechos—que pueden coexistir al ser posible la coexistencia de ambos contratos, fuente de estos derechos—, ni por su mero ejercicio, ni siquiera por su cumplimiento (puesto que posiblemente todos los derechos podrán cumplirse íntegramente), sino por razón de la *forma* de su cumplimiento, bien «*in natura*», bien en equivalente. Es decir, lo cuestionable es la decisión de cuál de estos derechos debe cumplirse «*in natura*» y cuál debe resolverse en una indemnización de daños y perjuicios o en una sustitución del deudor (artículos 1101 y 1098, respectivamente (353)).

Para la solución de esta hipótesis de colisión hemos de distinguir dos

(350) Véase las excepciones a este principio en Castrón, por ejemplo, «Derecho Civil...», cit. 7.ª ed. vol. III, pág. 427.

(351) Contratos de hacer, en oposición a los contratos de dar, reales.

(352) Véase, sobre este particular, BOULANGER, ob. cit., loc. cit., pág. 563. También P. HUGUENY: «De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle», Dijon, 1910.

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

momentos en la vida de estos contratos: a) Cuando ninguno de estos contratos se ha consumado aún; b) Cuando se ha consumado alguno de ellos.

a) Primer momento.—Antes de la consumación de alguno de los contratos.

La doctrina recoge para este momento dos posibles soluciones:

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

Esta solución se justifica diciendo que el deudor es aún dueño de su propia actividad (354), por lo cual puede decidir el alcance y la dirección de la misma.

Entendemos que esta solución no es posible en nuestro Derecho, por estar en oposición con el precepto del artículo 1.256: «La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes», pues tanta importancia tiene el cumplimiento de los contratos en sí como la «forma» de dicho cumplimiento.

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

Esta solución tiene su base en el principio de prioridad, es la más lógica y fué aceptada por el Derecho romano. Según el frg. 26, Dig. XIX, 2: «tratándose de servicios dados en arrendamiento a dos simultáneamente, es conveniente que se satisfaga antes al primer arrendatario» (355).

Es también la solución que sigue la mayor parte de la doctrina, incluso BOULANGER (356).

b) Segundo momento.—Cuando alguno de los contratos se ha consumado.

Se aplica entonces el principio de prevención. Realmente, cuando ya alguno de los derechos en colisión se ha cumplido ha desaparecido la colisión de derechos como problema jurídico, surgiendo una nueva cuestión, derivada del hecho de la ejecución de un contrato que ha podido

(354) Vid. BOULANGER, pág. 557.

(355) Debe tenerse en cuenta que para fijar la prioridad de un contrato no es suficiente el mero documento privado, cuya fecha sólo puede perjudicar a tercero en los casos del artículo 1.228 del Código Civil. Pero es definitiva, la prueba de la prioridad es una cuestión de índole procesal, y el juez puede llegar a su conocimiento por cualquiera de los medios probatorios conocidos.

(356) Véanse, sin embargo, las observaciones muy atinadas de este autor acerca de la incompatibilidad entre este principio y el de la relatividad de los contratos, en su estudio sobre la colisión, págs. 563 a 565.

Véanse, por ejemplo para las distintas teorías, VALLETT DE GOTTISOLO: «Hipoteca del Derecho arrendaticio», Madrid, 1951; COSSIO Y RUBIO: «Tratado de Arrendamientos Urbanos, Madrid, 1949, etc.

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

### C) *Caso de arrendamiento incompatible de cosas*

Comencemos por indicar que la cuestión no es idéntica a la anterior por una doble razón: 1.<sup>a</sup>) Porque en el arrendamiento de cosas la obligación tiene un objeto concreto—el disfrute de una cosa—que exige la posesión excluyente de la misma, de que carece el arrendamiento de servicios, cuyo objeto, en todo caso, sería la actividad—o las aptitudes—del deudor mismo, sin posibilidad de posesión; 2.<sup>a</sup>) Porque mientras en el arrendamiento de servicios lo normal—salvo en el contrato de trabajo o, de servicios domésticos—es que se contrate un servicio determinado y se extinga la obligación con su cumplimiento, en el arrendamiento de cosas la obligación es de tracto sucesivo, y el principio de prevención puede no tener la decisiva importancia que tiene en los contratos de tracto único.

Para resolver la colisión de derechos originada, debemos comenzar por distinguir los siguientes supuestos: a) Caso de arrendamientos inscribibles; b) Caso de arrendamiento sin entrega de la cosa, y c) Caso de arrendamiento con entrega de la cosa a alguna de las partes.

#### a) *Caso de arrendamientos inscribibles*

Según nuestra Ley Hipotecaria son inscribibles los contratos de arrendamientos de bienes inmuebles cuando sean por más de seis años, cuando se anticipen rentas de tres o más o cuando se convenga expresamente (art. 2, núm. 5.<sup>o</sup>).

Por virtud del principio de fe pública y del principio de prioridad registral, cuando existan varios contratos sucesivos en estas condiciones, tiene preferencia el contrato que en primer lugar se haya inscrito, entendiéndose por fecha de la inscripción la de la presentación del documento inscribible en el Registro.

La solución a la colisión es muy clara en estos supuestos, sin perjuicio de la acción personal de indemnización que puedan dirigirse contra el deudor por parte del primer arrendatario burlado en su derecho (357).

(357) Véanse Cossio y Rumo: «Tratado de Arrendamientos Urbanos», Madrid, 1949, etc., pág. 428.

b) *Arrendamiento antes de la entrega de la cosa a alguno de los acreedores.*

Por ser el arrendamiento un contrato consensual se perfecciona por el mero consentimiento (art. 1262 del Código civil) y desde entonces comienza a surtir efectos, aunque «la relación arrendaticia que del mismo se deriva no queda constituida en la plenitud de sus efectos sino desde el momento en que por el arrendador se hace entrega al arrendatario de la posesión de la cosa arrendada, sin la cual el goce o uso de la misma no es posible», como advierten COSSIO y RUBIO (358).

Por ello, es posible la hipótesis del doble o múltiple arrendamiento de una misma cosa sin que en ninguno de estos contratos el arrendador haya cumplido su obligación de entrega. La colisión que surge entre los distintos arrendatarios tiene una fácil solución: debe ser preferido en todo caso el arrendatario anterior en el tiempo, por aplicación del principio de prioridad, sin perjuicio de las acciones de indemnización que puedan tener contra el arrendador los arrendatarios posteriores que contrataron de buena fe. Debe hacerse la misma reserva que hacíamos en el apartado anterior acerca de los requisitos del contrato para que su fecha pueda perjudicar a terceros.

c) *Arrendamiento con entrega de la cosa a alguno de los arrendatarios.*

Cuando la cosa ha sido entregada al primer arrendatario, el problema se reduce al caso anterior y tiene la misma solución.

Pero cuando la cosa arrendada ha sido entregada a alguno de los arrendatarios posteriores en el tiempo, se presenta el problema de si debe ser preferido el primer arrendatario—que tiene a su favor el principio de prioridad— o el arrendatario posterior que goza ya de la cosa—que tiene a su favor el principio de prevención. Incluso en este segundo supuesto cabe una doble hipótesis: que el arrendatario actual sea el mismo a quien primero se entregó la posesión de la cosa o que sea un arrendatario distinto.

El problema tiene una extensa bibliografía y jurisprudencia en el Derecho italiano, provocadas por el artículo 1.380 del Código civil de 1942, que dice así: «Si, con sucesivos contratos, una persona concede a diversos contratantes un derecho personal de goce relativo a la misma cosa, el goce pertenece al contratante que en primer lugar la ha conseguido».

Este artículo resuelve, en favor del principio de prevención, la prime-

(358) COSSIO-RUBIO: Ob. cit., pág. 356.

ra de las hipótesis señaladas; pero deja en el aire la solución que debe darse a la segunda hipótesis, es decir, al caso de que no coincidan poseedor actual y poseedor inicial. Es decir, surge frente al principio de prevención, el de «*meliior est conditio possidentis*». Literalmente parece que el Código italiano se inclina hacia el primero; pero la jurisprudencia posterior y la mayor parte de la doctrina se inclinan por el segundo, es decir, por la preferencia del arrendatario-poseedor actual. Así dice MENCONI que «una interpretación absolutamente literal del artículo 1380 no traduce el pensamiento del legislador, y se ve corregida mediante el criterio lógico... de la prevalencia del arrendatario que actualmente se encuentra en el goce de la cosa locada» (359).

En el Derecho español no existe ningún precepto semejante a este discutido artículo 1380, y el problema se resuelve aplicando los principios generales, que, según nuestro entender, deben dar la preferencia al poseedor que de buena fe sea primero en la posesión, tanto por la aplicación analógica del artículo 1473 del Código civil, como por la mayor fuerza del principio de prevención sobre el de prioridad. Cuando hayan sido varios los poseedores, debe prevalecer el derecho del arrendatario acompañado de la posesión. Estas parecen ser también las soluciones que aconsejan COSSIO y RUBIO (360).

#### D) *Caso de los arrendamientos protegidos*

Se ha dicho que la actual legislación protectora de los arrendamientos urbanos y rústicos ha venido a provocar una colisión entre los derechos de los propietarios y de los arrendatarios, en el sentido de que el derecho de propiedad de los primeros choca y se ve coartado por la excesiva protección dispensada a la situación jurídica de los arrendatarios.

Aunque estos hechos sean ciertos, el problema es un problema de límites impuestos al derecho de propiedad, y no un problema de colisión, porque inicialmente y desde que surge el arrendamiento protegido, el derecho de propiedad queda reducido en su contenido, de tal modo que solamente un ejercicio abusivo de este derecho puede resultar incompatible con el arrendamiento.

(359) Es muy numerosa la bibliografía italiana acerca de este problema. Hemos consultado: MENCONI: «Conflitto tra locatori possessori successive (art. 1.380, C. C.)», en *Riv. Trim. de Diritto e Proc. Civile*, año 1948, pág. 696. SCARPELLI: «Il c. d. conflitto tra dir. iii personali di godimento e l'art. 138 del C. Civile», en la misma *Riv. cit.*, año 1951, pág. 951.—NATOLI: «El conflitto di diritti e l'art. 1380, del Codice Civile», Milán, 1950.—DEJANA: «Sul primo comma dell' art. 1.380 C. Civile», en *Dir. e Giur.*, 1949, pág. 380.—ARBONE: «Rilevanza della bona fede in sede di conflitto tra diritti personali di godimento», en *Il foro civile*, año 1951, página 80.—GIORDANO: «Collisione tra diritti personali di godimento», en *Foro It.*, 1947, I, pág. 1.022.

(360) COSSIO y RUBIO, *ob. cit.*, pág. 427, en donde incidentalmente se refieren al problema en cuestión.

Otra cosa es pensar que «iure condendo», y en el plano de la política legislativa, pueda existir colisión entre los derechos de ambos titulares, que tienen intereses opuestos. Pero esta colisión de intereses no implica necesariamente una colisión de derechos.

**5.—Mandato y representación.—Colisión originada por negocios sobre un mismo objeto celebrados en forma incompatible por poderdante y apoderado**

*A) Representación y mandato*

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

Tradicionalmente ligada al contrato de mandato, la representación es una figura jurídica de naturaleza independiente, que puede originarse por la ley o por un acto unilateral de voluntad, ligada o no al contrato de mandato.

Materia de múltiples problemas actuales de Derecho civil, ahora sólo nos interesa el que pasamos a examinar.

*B) Colisión entre los negocios de disposición celebrados sobre los mismos bienes por representado y representante.*

Indica RUGGIERO que «un aspecto muy importante en la doctrina de la representación voluntaria, olvidado por la mayor parte de los autores, era el problema que surge cuando representado y representante actúan separadamente, realizando para el mismo objeto negocios entre sí contradictorios »(361).

El problema no está tan ayuno de doctrina como parece indicar esta frase; el mismo RUGGIERO cita una importante monografía de RIEZLER (362), y, posteriormente, en el Derecho español, son interesantes las opiniones de ROCA SASTRE (363) y PÉREZ y ALGUER (364).

La hipótesis constituye un claro ejemplo de negocios jurídicos incom-

(361) RUGGIERO: «Derecho civil...», cit. I, pág. 277, ed. española.

(362) RIEZLER: «Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen», Archiv. für die civilistische, Praxis, 1906, págs. 372 s. s.

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

(364) PÉREZ Y ALGUER: «Notas a Ennekerus», vol. I-2.º, pág. 279.

patibles, que origina por tanto una colisión entre los derechos de las distintas personas que han contratado con representante y representado. También puede plantearse la cuestión desde el punto de vista—que utiliza en su estudio ROCA SASTRE—de si la autogestión del asunto por el propio mandante supone o no una revocación tácita del poder o del mandato (365).

Antes de analizar las consecuencias de la citada colisión, debemos plantearnos el problema previo de la posibilidad de estos negocios incompatibles.

La doctrina suele dar por supuesto «que la representación no despoja al representado de la facultad de realizar por sí el negocio que debe realizar el representante» (RUGGIERO), pero no explica el fundamento de este hecho, ni tiene una fácil explicación en las doctrinas antiguas, pues siempre resulta anómalo que se pudiera ceder una facultad—la disposición—sin quedar privado de ella. En nuestro pensamiento, delimitados los conceptos de «facultad de disposición» y «poder de disposición», queda explicado el fenómeno (366).

En torno a la cuestión de fondo—cómo resolver la colisión de derechos originada—existen fundamentalmente dos tesis opuestas:

(365) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, últ., pág. 410.

(366) Es doctrina corriente emplear como sinónimo las voces «facultad de disposición» y «poder de disposición» (CASTÁN: «Derecho Civil», 8.ª ed., pág. 88; VILLAVICENCIO: «La facultad de disposición», Anuario Dcho. civil, tomo II, 1950, pág. 1.025).

Nosotros nos aventuramos a opinar que podría llegarse a la distinción entre los términos «facultad» y «poder».

Nos mueve a ello la consideración de que las facultades han sido siempre entidades—posibilidades de actuar—que representan aspectos parciales del contenido de los derechos, que exigen en el titular de cada facultad el ser titular del derecho núcleo, porque es de esencia de las facultades jurídicas su *dependencia*, *inseparabilidad* y *accesoriedad*, respecto del derecho substantivo mientras no se independicen constituyendo nuevos derechos subjetivos (así CASTÁN, *ob. cit.*, 2.ª ed., pág. 600, s. s.).

De ahí que quien dispone de un derecho ajeno (representante, por ejemplo), al no ser titular de dicho derecho, no puede tener «facultad de disposición», sino solamente «poder». Las facultades son inherentes a las titularidades «iure domini»; los poderes en cambio pueden proceder de otras titularidades y, sobre todo, se tienen en los casos de legitimación formal.

En conclusión: hay facultad de disposición cuando dispone el titular del derecho; hay poder de disposición, cuando dispone otra persona.

Esta tesis tiene a su favor la terminología de los textos legales, y, además, la de los propios autores, que siempre emplean el término poder—y no el de facultad—cuando se refieren a las enajenaciones realizadas por persona distinta al titular.

Además, se explica así perfectamente la posibilidad de negocios de enajenación realizados simultáneamente sobre una misma cosa por personas distintas. Las facultades, como los derechos de que dependen, sólo se atribuyen a una sola persona, salvo en los casos de cotitularidad. Antes no quedaba claro como era posible multiplicar las facultades de disposición sin más que multiplicar los poderes de representación, ni tampoco se explicaba como el representante podía conceder facultad de disposición al representante, quedándose además con esta facultad, después de haberla cedido.

Con arreglo a esta tesis, la facultad de disposición es siempre única, no se multiplica; únicamente cabe la multiplicidad de los poderes de disposición, concedidos unilateralmente. Si representado y representante disponen de una misma cosa, el uno ejercita su facultad de disposición y el otro ejercita su poder de la misma naturaleza.

1.ª) Tesis de la prevalencia del acto del representante, sostenida por REHBEIN (367), y

2.ª) Tesis de la equivalencia de ambos negocios jurídicos.

Según la primera, la colisión se resuelve siempre en favor de los derechos de la persona que ha contratado con el representante. Pero esta teoría carece de fundamento serio y no ha sido compartida posteriormente.

La segunda parece más acertada. Pero así formulada no nos dice que principio debe aplicarse para la solución de la colisión, puesto que, aunque sean de igual valor ambos contratos, no pueden subsistir todos los derechos opuestos, sino que debe darse la preferencia a alguno de ellos.

RUGGIERO parece indicar el principio de prioridad en la perfección del contrato (368), que agota el objeto del contrato posterior. Pero nos parece más oportuna la opinión de PÉREZ-ALGUER y ROCA SASTRE, quienes presentan el problema como análogo al de la doble venta (369), resuelto, por tanto, con arreglo a las normas del artículo 1.473 del Código civil.

Esta última es también nuestra opinión cuando se trate de actos de enajenación incompatibles, porque la manifestación de voluntad del representante vale como voluntad del representado.

Cuando se trate de negocios incompatibles meramente obligatorios, creemos que el supuesto es idéntico también al que contemplamos anteriormente (370), con idéntica solución.

## 6.—Concurrencia de contratos de fletamento

### A) *Planteamiento de la colisión*

Con independencia de cual sea la naturaleza del contrato de fletamento (371), la colisión puede surgir cuando se celebren contratos de fletamento incompatibles, bien porque la existencia de alguno de ellos excluye la perfección de ningún otro contrato, bien porque la cabida del buque fletado sea insuficiente para poder transportar todas las mercancías contratadas, en diferentes contratos de fletamento. En el primer caso, la colisión surge por la propia naturaleza del primer contrato, que excluye cualquier fletamento posterior; en el segundo, la colisión surge no en el

(367) REHBEIN en una cita de RUGGIERO, que no hemos podido comprobar.

(368) RUGGIERO ob. cit., pág. 278.

(369) Vid. antes en este mismo capítulo, núm. 2, A).

(370) En este capítulo, n.º 4-B).

(371) Vid. en la doctrina española, GARRIGUES: «Curso», II-2.º, págs. 741-742; GELLA: «Curso...», cit., vol. II, pág. 237. GAMEBOGOCOECHA: «Derecho Marítimo», Bilbao, 1943, tomo V, pág. 10, s. s., etc.

momento de la perfección, sino en el de la ejecución de los contratos, por motivos de carácter físico.

Nuestro Código de Comercio, recogiendo una antigua tradición legislativa, contempla y da solución a estas hipótesis de colisión, siguiendo una técnica muy acertada. Recoge en su artículo 669 el caso de varios contratos de fletamento parcial del buque que devienen incompatibles por falta de cabida, y en el artículo 672 la hipótesis del fletamento total exclusivo de un buque.

## B) Soluciones

### a) *Fletamento parcial*

Inicialmente los diversos contratos de fletamento parcial de un buque son compatibles. Considerado como un contrato de obra y no como un arrendamiento, no existe ningún obstáculo para su coexistencia. Pero si el buque fletado es insuficiente para transportar toda la carga, la colisión originada entre los derechos de los distintos fletadores la resuelve el Código de Comercio en los párrafos 4.º y 5.º del artículo 669: «Si, por el contrario, fueren varios los contratos de fletamento, y por falta de cabida no pudiera embarcarse toda la carga contratada, y ninguno de los fletadores optare por la rescisión, se dará la preferencia al que tenga ya introducida y colocada la carga en el buque, y los demás obtendrán el lugar que les corresponda según el orden de fechas de sus contratos. No apareciendo esta prioridad, podrán cargar, si les conviniera, a prorrata de las cantidades de peso o extensión que cada uno haya contratado, y quedará el fletante obligado al resarcimiento de daños y perjuicios».

Los principios de solución empleados han sido los siguientes:

#### 1.º) Principio de composición privada.

Si alguno de los fletadores opta por la rescisión de su contrato, la desaparición de uno de los derechos en colisión permite el ejercicio de los demás. Esta rescisión supone, frente al fletante, una resolución unilateral y no responsable del contrato de fletamento, y frente a los demás fletadores, una renuncia al ejercicio de uno de los derechos en colisión.

#### 2.º) Principio de prevención.

En defecto de rescisión de alguno de los contratos, se da preferencia «al que tenga ya introducida y colocada la carga en el buque».

Es una aplicación del principio de prevención, premio a la mayor diligencia, a los «vigilantes». Premio también a las situaciones consumadas, al contrato ejecutado por una de las partes, el fletador.

### 3.º) Principio de prioridad.

Después, el artículo 669 ordena atender al «orden de fechas de los contratos», cuando ninguno de los fletadores ha introducido la carga, o entre los que no la hubieren introducido todavía.

Resulta interesante la subordinación de este principio—más universal y lógico—al de prevención.

La fecha del contrato es la de la póliza de fletamento (art. 652 del Código comercio). Creemos que no es suficiente, sin embargo, la mera existencia de la póliza, pues teniendo presente que esta fecha perjudica a terceros—los restantes fletadores—sólo tendría esta eficacia cumplidos algunos de los requisitos del artículo 1.227 del Código civil, o intervenida por Corredor marítimo. Aunque el artículo 654 diga que la póliza no intervenida hace fe una vez reconocidas las firmas, este precepto se refiere a las relaciones entre las partes, y no a los efectos contra terceros.

### 4.º) Principio de la igualdad de trato

En defecto de todos los supuestos anteriores, el Código trata de conciliar todos los derechos en colisión mediante el sistema de la reducción del contenido de todos ellos «cargando a prorrata del peso o extensión que cada uno haya contratado».

En este caso, el precepto dispone que el fletante quedará obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.

Puede resultar extraño que exista responsabilidad solamente en esta hipótesis, y no en las anteriores. Sin duda que el fundamento radica en que, concertado un fletamento posterior, el fletador pudo tener noticia de la existencia de fletamentos anteriores; en cambio, la celebración de contratos simultáneos incompatibles es culpa exclusiva del fletante.

También podría sostenerse la tesis de que la responsabilidad del fletante existe en todos los casos, por incumplimiento de contrato; sería quizá la solución más justa, a no ser que hubiera notificado a los fletadores sucesivos la existencia de los contratos anteriores.

### b) *Fletamento total o de buque por entero*

El Código de Comercio sigue un sistema distinto al del caso anterior en el artículo 672: «Fletado un buque por entero, el Capitán no podrá,

sin consentimiento del fletador, recibir carga de otra persona; y si lo hiciere, podrá dicho fletador obligarle a desembarcarla, y a que le indemnicé los perjuicios que por ello se le sigan».

Los principios básicos son:

1.º El fletamento total es un contrato excluyente, que impide cualquier otro fletamento del mismo buque y para el mismo viaje.

Este tipo de fletamento tiene grandes analogías con el arrendamiento de cosa, pues el fletador tiene un derecho exclusivo, aunque no ocupe la total cabida del buque con sus mercancías a transportar; el precio del fletamento se fija de un modo global, en atención a la naturaleza del viaje, carga y distancias, pero con independencia de la cantidad efectiva de carga que se introduzca.

Como dice GARRIGUES (372), el fletador tiene en este tipo de fletamento, además del derecho de exigir que sean transportadas las mercancías, «el de la plena disponibilidad sobre todos los espacios del buque objeto del contrato, pero no obstante sigue siendo una «*locatio conductio operis*» y no una «*locatio rei*», en atención a que el titular de la empresa de transporte sigue siendo el fletante.

2.º No se aplica el principio de prevención.

Si el fletante recibe carga de otra persona, el fletador podrá «obligarle a desembarcarla», con indemnización de daños y perjuicios además.

Se justifica esta solución por razón del carácter excluyente del primer fletamento, que impide la celebración y ejecución de ningún otro fletamento posterior.

PIPIA (373) opina que si el tercero que ha contratado con el Capitán y ha introducido su mercancía es tercero de buena fe, no se le puede obligar a la descarga, salvo que el contrato se haya celebrado en el lugar de residencia del armador. Creemos que en el Derecho español el texto del artículo 672 consagrado por una antigua doctrina y práctica comercial (374) no dá base para esta interpretación.

(372) GARRIGUES: «Curso...», II-2.º, pág. 742.

(373) PIPÍA: «Trattato di Diritto Marittimo», I, II, n.º 120, cit., por GAY DE MONTELLA, ob. cit., t. IV, pág. 417, nota 2.

(374) Vid. exposición y citas de GAY DE MONTELLA, ob. cit., pág. 417.

## 7.—Concurrencia de préstamos a la gruesa

### A) *Pluralidad de préstamos a la gruesa*

El Código de Comercio sólo pone un obstáculo a la celebración de múltiples préstamos a la gruesa sobre el mismo buque, su casco, sus accesorios o sus mercancías: que el prestatario no reciba, utilizando medios fraudulentos, mayor cantidad que la del valor del objeto sobre que recae el préstamo a la gruesa (art. 726).

El especial fundamento jurídico y económico de este contrato, de cuya existencia se benefician tanto el naviero o el capitán contratante como los prestamistas anteriores, exige la máxima protección a los prestamistas posteriores, con objeto de que no falten en el momento de urgencia.

Pero esta pluralidad de contratos, aunque tengan como garantía objetos o fracciones de valor diferentes en un mismo objeto, puede dar origen a relaciones de colisión, cuando llegado el momento de la devolución de los préstamos resulte insolvente el naviero o insuficiente el valor de los objetos afectados. ¿Cómo se resuelven las legítimas e incompatibles pretensiones de cada acreedor?

### B) *Colisión entre acreedores y solución legal*

El Código arbitra un sistema bastante lógico de soluciones, congruente con la naturaleza y fundamento económico del contrato. Pasamos a exponerlo con la suficiente especificación de hipótesis legales:

a) Colisión de préstamos concertados todos ellos antes de la expedición del buque.

El Código no ha previsto singularmente esta hipótesis. En el artículo 720 se limita a decir que los contratos a la gruesa podrán celebrarse: 1.º) Por escritura pública; 2.º) Por medio de póliza firmada por las partes y el corredor que interviniere; 3.º) Por documento privado, debiendo, además, ser anotado en el certificado de inscripción del buque e inscritos en el Registro Mercantil, «sin cuyos requisitos los créditos de este origen no tendrán, respecto a los demás, la preferencia que, según su naturaleza, les corresponda».

Creemos que esta preferencia es la establecida en el artículo 580, bastante débil por cierto; pero también debe ser, entre ellos mismos, la procedente del principio de prioridad, de tal modo que el crédito posterior debe ceder ante el crédito anterior, por las razones que luego veremos.

b) Colisión de préstamos concertados antes de la expedición del buque con los concertados durante el viaje.

El artículo 730 consagra de forma tajante el principio de posterioridad, determinando que «los préstamos hechos durante el viaje tendrán preferencia sobre los que se hicieren antes de la expedición del buque».

c) Colisión entre préstamos a la gruesa celebrados durante el viaje.

Determina el Código que «se graduarán por el orden inverso al de sus fechas» (art. 730).

d) Colisión entre préstamos a la gruesa celebrados en viajes distintos.

Los préstamos para el último viaje tendrán preferencia sobre los préstamos anteriores (art. 730-2.º).

e) Colisión entre préstamos hechos en el mismo puerto de arribada y con igual motivo.

El artículo 730 aplica para este caso el principio de igualdad, al determinar que todos «se pagarán a prorrata».

f) Fundamento de la inversión del principio de prioridad.

Hemos observado en los casos b), c) y d) que tienen preferencia los créditos posteriores sobre los anteriores, lo cual constituye una solución excepcional en la teoría de la concurrencia y colisión de derechos.

GAY DE MONTELLA explica esta «anomalía legal», indicando que «el último préstamo en un mismo viaje garantiza precisamente la posibilidad de llegar a destino, y por tanto, el reembolso del anterior», de la misma forma que «los préstamos concertados en el último viaje son, en cierto modo, la garantía de los préstamos concertados en viajes anteriores» (375).

Este es el fundamento histórico y doctrinal de la jerarquía establecida para los préstamos refaccionarios. El crédito a la gruesa ventura, en particular cuando se concierta durante el viaje, es no solamente un caso típico de crédito refaccionario, sino también, histórica y legalmente, el primero de los supuestos que se contemplaron como tales. Los créditos refaccionarios surgen en los textos del derecho romano y medieval con ocasión del «reficere navis», para facilitar el salvamento del buque y de sus mercancías, en unos tiempos en que los peligros de la navegación marítima y la ausencia de comunicaciones exigían conceder a los capitanes las máximas atribuciones y facilidades. La actual superación de ambas circunstancias han motivado el desuso de este contrato.

(375) GAY DE MONTELLA: «Cod. esp. de com. comentado...», cit. vol. IV, Barcelona, pág. 538.

Este fundamento—su naturaleza de crédito refaccionario—es una de las razones que nos mueven a creer, con el sentido literal del artículo 730, que en los préstamos a la gruesa concertados antes de la salida del buque, la jerarquía entre ellos se establece por el orden de sus fechas. En estos préstamos sin duda que no existen las razones de urgencia—peligros de la nave, carencia de otros medios de obtener recursos (376)—que impulsan a facilitar la concesión del crédito refaccionario; la obtención de recursos económicos es más fácil, y la no obtención no es tan grave. En definitiva, no existen las circunstancias de excepción que exigen un régimen jurídico excepcional.

g) Requisitos que han de reunir los préstamos a la gruesa para gozar de estos privilegios.

Precisa, como indica el artículo 720, que consten en escritura pública, póliza firmada por las partes y corredor, o documento privado. Además, deben inscribirse en el Registro Mercantil del puerto de matrícula del buque, antes de transcurrir los ocho días siguientes a su arribo, para que el contrato pueda tener efectos contra terceros desde el momento de su otorgamiento. De no hacerlo así, sólo surtirá efectos contra terceros desde el momento de su inscripción (art. 720-3.º).

Esta excepción debe ser interpretada de forma lógica y no literal. Considerado como tercero otro acreedor por préstamo a la gruesa, que haya inscrito su derecho en un momento anterior, debe entenderse que el crédito *inscrito fuera de tiempo* no le perjudica de ninguna forma, pues de perjudicarlo desde el *momento de su inscripción* (como parece decir el artículo 720-3.º), que es posterior en el tiempo, le sería preferente aplicando el artículo 730, que jerarquiza los préstamos a la gruesa por orden inverso de fechas.

## 8.—Concurrencia de préstamos a la gruesa con seguro marítimo

### A) *Naturaleza de estos contratos y de su concurrencia*

El préstamo a la gruesa y el seguro marítimo son contratos que tienen grandes semejanzas y profundas diferencias. Algún autor ha dicho que el préstamo a la gruesa es un seguro al revés, caracterizado porque la entrega del capital-premio del seguro se realiza antes de la realización del riesgo.

(376) Incluso durante el viaje sólo se recurre al préstamo a la gruesa, como indica el artículo 611, en cuarto lugar, cuando no se obtengan recursos de los consignatarios del buque, o de la carga, o del naviero por medio de giro

La concurrencia entre estos contratos—base previa para la posible colisión de sus derechos—puede realizarse en las siguientes hipótesis:

a) El contrato de préstamo a la gruesa es previo al contrato de seguro.

Si el préstamo a la gruesa cubre todo el valor del buque o de sus mercancías, el Código prohíbe en su artículo 781-1.º, la formalización de un contrato de seguro posterior, bajo pena de nulidad.

Si sólo cubre parte de ese valor, puede asegurarse o subsistir el seguro, en la parte que exceda al importe del préstamo.

Esta disposición tiene el mismo fundamento que la prohibición de la multiplicidad de seguros por todo el valor de una cosa: evitar que el asegurado pueda tener interés en la realización del riesgo, pues sobre no tener que devolver la cantidad tomada en préstamo percibiría la indemnización del seguro.

b) El contrato de seguro es previo al de préstamo a la gruesa.

El Código no contempla el caso. ¿Es posible la celebración del préstamo a la gruesa posterior al seguro?

No hay duda de que si el seguro sólo cubre parte del valor del buque o de su cargamento, es posible un préstamo a la gruesa sobre la otra parte de ese valor. Pero si el seguro es total, la respuesta es comprometida.

Por una parte, parece que la ausencia de prohibición legal son indicios de su posibilidad. Por otra, parece que subsisten las mismas razones que sirven de base a la prohibición del artículo 781-1.º.

Pero esto último, en nuestra opinión, es sólo aparente. En primer lugar, porque uno de los primeros interesados en la celebración del préstamo a la gruesa es el asegurador anterior, en cuanto pueda contribuir a evitar el riesgo del cual depende la entrega de la indemnización; en segundo lugar, porque el otro interesado—el prestamista—al conocer la existencia del contrato previo de seguro, puede prever el riesgo y negarse al préstamo, o concertarlo en aquellos términos—mayor interés, etc.—que le compensen del nuevo peligro.

Entendemos, por todo ello, que puede celebrarse el préstamo a la gruesa posterior al contrato de seguro, y responde a la naturaleza de aquel contrato el que así se haga. De seguirse la respuesta negativa, no habría posibilidad práctica de contratar préstamos a la gruesa, pues actualmente todos los buques y mercancías viajan asegurados.

B) *Posible colisión de derechos en esta concurrencia*

Los derechos procedentes de ambos contratos pueden colidir bajo dos formas distintas:

1.º En sus efectos obligatorios (pago de la prima del seguro o del capital del préstamo).

Sólo cabe colisión en el supuesto de insolvencia o de venta judicial del buque. El problema se estudia más adelante (377).

2.º En sus efectos reales.

Cabe la colisión en caso de naufragio del buque y ejercicio de la acción de abandono.

Este es el caso más interesante, por concurrir pretensiones de naturaleza real. El Código de Comercio lo ha previsto en el artículo 735, y le da solución aplicando el principio de igualdad—«concurso partes fiunt»— y resolviendo con arreglo al sistema de conciliación, mediante una mutua reducción en el contenido de ambos derechos antagónicos.

Dice así el artículo 735: «Si en un mismo buque o carga concurrieren préstamos a la gruesa y seguro marítimo, el valor de lo que fuera salvado se dividirá, en caso de naufragio, entre el mutuante y el asegurado, en proporción del interés legítimo de cada uno, tomando en cuenta, para esto únicamente, el capital, por lo tocante al préstamo, y sin perjuicio del derecho preferente de otros acreedores con arreglo al artículo 580.

**9.—Concurrencia de préstamos a la gruesa con otros posibles derechos, contractuales o no, que recaigan sobre el buque**

Remitimos para el estudio de este tema a las páginas posteriores, donde será tratada la colisión provocada por la insolvencia del náviere y por la venta judicial del buque (378).

**10.—Concurrencia de contratos de seguro marítimo**

A) *Posibilidad de concurrencia*

Solamente es posible esta concurrencia cuando el asegurado anterior no cubre la totalidad del valor de las cosas aseguradas. Si cubre todo el valor, los seguros posteriores son nulos (artículos 782 Código Comercio).

(377) Vid. en este capítulo n.º 11-D.

(378) Más abajo n.º 11-D.

Sin embargo, a pesar de su nulidad, estos contratos surten determinados efectos (los de los artículos 782-2.º, 783 y 788)—que no son del caso examinar, pero en los que se distinguen los seguros posteriores concertados de buena y de mala fe.

El fundamento de esta prohibición es el mismo a que nos referíamos anteriormente: evita el interés del asegurado en la realización del riesgo.

### B) *Colisión de derechos procedentes de estos contratos*

En caso de venta judicial, cada asegurador tendrá derecho al cobro de sus primas, dentro del orden jerárquico del artículo 580. Entre los aseguradores entre sí, creemos regirá el principio de prioridad.

En caso de abandono de mercancías aseguradas, cada asegurador tiene derecho a una parte proporcional a la indemnización que se entregue. Se constituirá sobre los bienes objeto del abandono un condominio a favor de los coaseguradores. Esta solución —aunque no recogida expresamente por el Código—, es la que viene impuesta por los principios generales, y por la aplicación analógica del art. 735 del Código de Comercio.

El principio «*cuius est damnum, eius est commodum*» exige que si todos los coaseguradores contribuyen a la indemnización «a prorrata de las sumas que aseguraron»—principio general expuesto en el artículo 400 del Código Comercio—también concurren, en esa misma proporción, a los posibles beneficios (derecho de propiedad sobre las cosas objeto del abandono, acciones de responsabilidad contra los causantes del siniestro, etc., etc.).

## 11.—Colisión colectiva de derechos en las hipótesis de insolvencia del deudor común

### A) *La colisión colectiva de derechos: fundamento, hipótesis y soluciones*

Pretendemos recoger en este capítulo, analizándolas desde el punto de vista de la colisión de derechos, las diversas instituciones jurídicas—curso de acreedores, quiebra, etc.—que surgen con ocasión de la insolvencia del deudor común, y que tienen idéntica finalidad: arbitrar un procedimiento apto—aspecto procesal—para lograr la máxima justicia y equidad en la distribución de un mismo activo patrimonial entre diversos acreedores—aspecto sustantivo—.

Incluiremos también dentro de estos casos de colisión colectiva el de la concurrencia de derechos marítimos sobre el buque, por razón de su

semejanza—en orden al establecimiento de una clasificación y de una jerarquía de derechos—con los casos anteriores.

Constituye también un supuesto de colisión colectiva de derechos el de la concurrencia de derechos hereditarios—de los herederos, legatarios, acreedores, etc.—en el pasivo de una herencia, cuando su activo es insuficiente para dar satisfacción a todos. Pero su estudio lo realizaremos separadamente, en el capítulo siguiente, por razones de sistema.

El primer problema que reclama solución es el de la legitimidad o posibilidad de esta clase de colisión—la colisión colectiva de derechos—frente a la colisión singular.

La mayor parte de la doctrina niega esta naturaleza a las figuras jurídicas anteriormente citadas, con base en la inexistencia de punto de contacto o de fricción entre los distintos derechos. Otros, sin embargo, han defendido ya antes de nosotros esta posibilidad (BARASSI y MESSINEO, por ejemplo (379)).

Es necesario volver sobre argumentos que anteriormente se han expuesto, a propósito de la posibilidad de concurrencia incompatible entre estos derechos que recaen sobre un patrimonio insuficiente. Convenga acaso repetir que esta colisión, que nosotros llamamos colectiva y que también podría denominarse indirecta, tiene su fundamento y razón de ser en el hecho incuestionable de que si alguno de los derechos concurrentes no puede ejercitarse íntegramente se debe, precisamente, a la presencia y ejercicio de los otros derechos, que provocan la insuficiencia patrimonial del deudor común.

Los casos de colisión colectiva son muy numerosos: la hipótesis se presentará siempre que directa o indirectamente sean más de dos los derechos que no pueden ejercitarse íntegra y simultáneamente por razón de concurrencia incompatible. Pero tienen en el derecho positivo relieve especial los provocados por la necesidad de liquidación de un patrimonio cuyo activo es inferior al pasivo. Anteriormente hemos enumerado esta hipótesis, cuyo estudio especial vamos a iniciar seguidamente.

Es común a todas estas hipótesis el sistema, y en cierto modo, los principios de colisión que el Código aplica, a base de realizar una clasificación de los derechos concurrentes, estableciendo categorías fundadas en la diferente naturaleza y eficacia de estos derechos, y realizando después una jerarquización de los mismos. Como en realidad este último aspecto es el más interesante, expondremos estas soluciones legales con una explicación de los principios de colisión que se han aplicado.

---

(379) BARASSI: «Instituzion», ob. cit., pág. 157, s. s. MESSINEO, op. et loc. cit.

## B) Soluciones en el concurso de acreedores

El Código civil español, siguiendo una larga tradición, realiza a estos efectos una clasificación elemental de los derechos concurrentes, con base no tanto en su naturaleza, real o personal, como en la naturaleza de los bienes que dentro del patrimonio del deudor están específicamente sujetos a estos derechos, bien por razón de su propia naturaleza (derecho de prenda, hipoteca, etc.), bien por la disposición del propio Código (derechos del transportista, del hotelero, del constructor, etc.), que atribuye así efectos casi reales a derechos inicialmente personales por su naturaleza.

Con arreglo a este sistema determina el artículo 1.922 los derechos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes *muebles*; el 1.923, los que la tienen con relación a determinados bienes *inmuebles*, y el artículo 1.924, los que la gozan con relación a los *demás* bienes, muebles o inmuebles, del deudor.

### a) Gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles:

1.º «Los créditos por construcción, reparación, conservación o precio de venta de bienes muebles, que están en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de los mismos».

2.º «Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor».

3.º «Los garantizados con fianza de efectos o valores, constituida en establecimiento público o mercantil, sobre la fianza y por el valor de los efectos de la misma».

4.º «Los créditos por transporte, sobre los efectos transportados, por el precio del mismo, gastos y derechos de conducción y conservación, hasta la entrega y durante treinta días después de ésta».

5.º «Los de hospedaje, sobre los muebles del deudor existentes en la posada».

6.º «Los créditos por semillas y gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor, sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron».

7.º «Los créditos por alquileres y rentas de un año, sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma».

### b) Gozan de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles del deudor:

1.º «Los créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los contri-

buyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre ellos».

2.º) «Los créditos de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años; y si fuere, el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubieren repartido».

3.º) «Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de la refacción».

4.º) «Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencia, sobre los bienes anotados y sólo en cuanto a créditos posteriores».

5.º) «Los refaccionarios no anotados ni inscritos, sobre los inmuebles a que la refacción se refiera, y sólo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores».

c) Gozan de preferencia con relación a los demás bienes, muebles o inmuebles, del deudor:

1.º) «Los créditos a favor de la Provincia, o del Municipio, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el artículo 1.923, núm. 1.º».

2.º) Los devengados:

A. Por gastos de justicia y de administración del concurso en interés común de los acreedores, hechos con la debida autorización o aprobación.

B. Por los funerales del deudor, según el uso del lugar, y también los de su mujer y los de sus hijos constituídos bajo su patria potestad, si no tuviesen bienes propios.

C. Por gastos de la última enfermedad de las mismas personas, causados en el último año, contado hasta el día del fallecimiento.

D. Por jornales y salarios de dependientes y criados domésticos, correspondientes al último año.

E. Por anticipaciones hechas al deudor, para sí y su familia constituida bajo su autoridad, en comestibles, vestido o calzado, en el mismo período de tiempo.

F. Por pensiones alimenticias durante el juicio de concurso, a no ser que se funden en un título de mera liberalidad.

3.º) Los créditos que sin privilegio especial consten:

A. En escritura pública.

B. Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio.

Después de realizada esta clasificación, el Código determina las *reglas de preferencia*, estableciendo:

a) «Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles, excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del mueble a que la preferencia se refiere (art. 1.926-1.º)».

b) «Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles o derechos reales, excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble o derecho real a que la preferencia se refiera» (art. 1.927-1.º).

c) «Los créditos que no gocen de preferencia con relación a determinados bienes, y los que la gozaren, por la cantidad no realizada, o cuando hubiese prescrito el derecho a la preferencia se satisfarán conforme a las reglas siguientes:

1.ª) Por el orden establecido en el art. 1.924.

2.ª) Los preferentes por fechas, por el orden de éstas, y los que la tuviesen común, a prorrata.

3.ª) Los créditos comunes a que se refiere el art. 1.925, sin consideración a sus fechas» (art. 1.929).

Especificando más, y previendo el supuesto de concurrencia de derechos dentro de estos grupos, por razón de la coincidencia sobre el mismo bien mueble o inmueble, el Código dispone:

a) Concurren sobre los mismos bienes muebles:

«Si concurren dos o más (créditos) respecto a determinados muebles, se observarán, en cuanto a la prelación para su pago, las reglas siguientes:

1.ª) El crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda.

2.ª) En el caso de fianza, si estuviere ésta legítimamente constituida a favor de más de un acreedor, la prelación entre ellos se determinará por el orden de fechas de la prestación de la garantía.

3.ª) Los créditos por anticipos de semillas, gastos de cultivo y recolección, serán preferidos a los de alquileres y rentas sobre los frutos de la cosecha para que aquéllos sirvieron.

4.ª) En los demás casos, el precio de los muebles se distribuirá a prorrata entre los créditos que gocen de especial preferencia con relación a los mismos» (art. 1.926-2.º).

b) Concurrencia sobre los mismos bienes inmuebles.

«Si concurrieren dos o más créditos respecto a determinados inmuebles o derechos reales, se observarán, en cuanto a su respectiva prelación, las reglas siguientes:

1.ª) Serán preferidos, por su orden, los expresados en los números 1.º y 2.º del art. 1.923, a los comprendidos en los demás números del mismo.

2.ª) Los hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos, que se ex-

presan en el número 3.º del citado artículo 1.923, y los comprendidos en el número 4.º del mismo, gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad.

3.º) Los refaccionarios no anotados ni inscritos en el Registro, a que se refiere el núm. 5.º del artículo 1.923, gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad» (art. 1.927-2.º Código civil).

El artículo 1.929, citado, establece la jerarquía. Y el artículo 1.928, determina la incorporación de esos bienes al remanente del caudal del deudor, después de satisfechos los créditos privilegiados; y también la incorporación a la masa activa, o restantes derechos, de los créditos privilegiados que no se hayan satisfecho íntegramente.

Del examen de este sistema legal se deducen las siguientes conclusiones, en orden a la índole de los criterios de solución que el Código ha aplicado:

1.º) Se ha tenido en cuenta, por regla general, la preferencia de los derechos reales sobre los de crédito (principio de la supremacía del derecho real).

Se deduce este principio de las clasificaciones expuestas en los artículos 1.922 y 1.923, y de las reglas de preferencia de los artículos 1.926 y 1.927.

2.º) Se ha tenido en cuenta el principio de la mayor fortaleza del derecho que protege un interés superior.

Pero el Código, en la aplicación de este principio, ha seguido dos caminos diferentes.

a) Coordinándolo con el anterior, en un plano de semiigualdad (380), dotando a algunos créditos de eficacia real sobre bienes muebles o inmuebles. Tal ha hecho con:

a') Los créditos por construcción, reparación, conservación y precio de venta de bienes muebles (art. 1.922-1.º).

b') Los créditos por transporte (art. 1.922-4.º).

c') Los créditos de hospedaje (art. 1.922-5.º).

d') Los créditos por semilla y gastos de cultivo y recolección (artículo 1.922-6.º).

e') Los créditos por alquileres y rentas (art. 1.922-7.º).

f') Los créditos a favor del Estado, por razón de contribuciones (art. 1.923-1.º).

g') Los créditos a los aseguradores, por las primas de los seguros (art. 1.923-2.º).

(380) La igualdad no es absoluta porque el artículo 1.926-2, establece, entre ellos, una preferencia del derecho real.

h') Los créditos refaccionarios no anotados ni inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 1.923-5.º).

En ellos se protege especialmente determinados derechos en beneficio e interés del Estado (art. 1.923-1.º), de la agricultura (art. 1.922-6.º), de la conservación de la riqueza (art. 1.922-1.º, 1.923-2.º y 5.º), de los transportes (art. 1.922-4.º), del hospedaje (art. 1.922-5.º), o de los arrendamientos (art. 1.922-7.º).

Entre estos intereses, a su vez, se establecen jerarquías, protegiéndose más, por ejemplo, los derechos reales (prenda, hipoteca), que los personales y los créditos por semillas, gastos de cultivo y recolección que los créditos por alquileres y rentas (art. 1.926 y 1.927).

b) Subordinándolo al anterior principio, en el art. 1.924, cuando no ha tenido la posibilidad de afectar en beneficio de estos créditos particulares bienes muebles o inmuebles del deudor.

Tal sistema sigue en el artículo 1.924 con los gastos de justicia, administración del concurso, funerales, enfermedad, jornales y salarios, anticipos y pensiones alimenticias.

En líneas generales nos parece acertado el sistema legal. No obstante, en una revisión del Código convendría, actualizar algunos preceptos; nuestra época reclama una mayor protección para ciertos derechos—los derivados, por ejemplo, de las relaciones de trabajo o arrendaticias—mientras que carece ya de fundamento sólido la protección dispensada a los créditos de las entidades aseguradoras, dada la potencia económica de estas compañías y la serie de garantías que en sus contratos—todos ellos de adhesión—ellas mismas establecen a su favor.

Conviene tener presente que la legislación laboral, de acuerdo con esta idea, ha modificado y completado el régimen del Código civil; mientras éste solamente protege los salarios y jornales de dependientes y criados domésticos (art. 1.924-2.º D.), la Ley del Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 ha dispuesto en su artículo 59 una preferencia absoluta en favor de los jornales de dos semanas o de los sueldos de un mes, sobre los bienes muebles elaborados por los obreros o sobre los demás muebles e inmuebles de la empresa, de tal forma que los arts. 1.922, 1.923, 1.926 y 1.927, deben entenderse completados por este precepto. Esta preferencia constituye, con relación a los bienes muebles, un caso más de crédito singularmente privilegiado, y con relación a los inmuebles, como PÉREZ BOTIJA (381), una especie de gravamen o carga que pesa sobre ellos, a modo de hipoteca tácita u oculta, que incluso tiene preferencia sobre las hipotecas expresas y demás derechos consignados en el artículo 1.923.

(381) PÉREZ BOTIJA: «Curso de Derechos del Trabajo», Madrid, 1948, núm. 174, pág. 229, nota 72.

Con relación a los jornales o sueldos que excedan de dos semanas o de un mes, la Ley establece que se seguirán las reglas del Código civil o mercantil, es decir, se considerarán como créditos comprendidos en el artículo 1.924.

Estas innovaciones nos parecen muy acertadas; pecan, no obstante, de limitadas, pues la preferencia absoluta debería ampliarse a los jornales o sueldos de tres meses, por lo menos.

3.º) Se tiene en cuenta también el principio de prioridad, subordinado a los dos anteriores, para resolver algunas colisiones entre créditos de la misma naturaleza y fortaleza.

Hacen aplicación de este principio los artículos 1.924-3.º (382), 1.927-regla 2.ª (383) y 1.929-regla 2.ª (384).

4.º) En un caso concreto se hace aplicación del principio de ulterioridad, o de prioridad inversa.

Ello ocurre en la colisión de los créditos refaccionario no anotados ni inscritos en el Registro, a que se refiere el artículo 1.923-5.º, determinando que «gozarán de prelación entre sí por orden inverso de su antigüedad».

5.º) Por último, se hace aplicación del principio de la igualdad absoluta de trato en dos supuestos:

a) En el caso de créditos preferentes sobre determinados bienes muebles, cuando no se hace aplicación de alguno de los principios anteriormente citados (art. 1.926-regla 4.ª) (385).

b) En el caso de los créditos comunes, a que se refiere el artículo 1.925, que ordena se satisfagan «sin consideración a sus fechas».

### C) Soluciones en la quiebra

El Código de Comercio español de 1885 comienza por dividir en dos grandes grupos o secciones los créditos concurrentes en caso de quiebra: el primer grupo o sección que «comprende los créditos que hayan de ser satisfechos con el producto de los bienes muebles de la quiebra», y el segundo grupo que comprende, los que «hayan de pagarse con el producto de los inmuebles», art. 912.

(382) Determina esta disposición que «tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas, o de las escrituras o sentencias, «los créditos que sin privilegio especial, consten en escritura pública o por sentencia firme; si hubiere sido objeto de litigio».

(383) Cuando determina que «los créditos hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos... gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad».

(384) Ordena esta regla que se satisfarán «los créditos preferentes por fechas por el orden de éstas».

(385) «En los demás casos, el precio de los muebles se distribuirá a prorrata entre los créditos que gocen de especial preferencia con relación a los mismos».

Los artículos 913 y 914 determinan, respectivamente, los créditos comprendidos en cada grupo.

a) Han de ser satisfechos con el producto de los bienes muebles los siguientes créditos:

A.—Los acreedores por gasto de entierro, funeral y testamentaría.

B.—Los acreedores alimenticios, o sea, los que hubieren suministrado alimentos al quebrado o a su familia.

C.—Los acreedores por trabajo personal, comprendiendo a los dependientes de comercio por los seis últimos meses anteriores a la quiebra.

2.º) Los privilegiados que tuvieren consignado un derecho de preferencia en este Código.

3.º) Los privilegiados por derecho común, y los hipotecarios legales en los casos en que, con arreglo al mismo derecho, lo tuvieren de prelación sobre los bienes muebles.

4.º) Los acreedores escriturarios conjuntamente con los que lo fueren por títulos o contratos mercantiles en que hubiere intervenido Agente o Corredor.

5.º) Los acreedores comunes por operaciones mercantiles.

6.º) Los acreedores comunes por derecho civil.

b) Han de ser satisfechos con el producto de los bienes inmuebles los siguientes créditos:

1.º) Los acreedores con derecho real, en los términos y por el orden establecidos en la Ley Hipotecaria.

2.º) Los acreedores singularmente privilegiados y demás enumerados en el artículo anterior por el orden establecido en el mismo (art. 914, Código Comercio).

Como advertíamos al hablar de la clasificación y prelación de créditos en el orden civil, la Ley del Contrato de Trabajo (D. 26 enero 1944), establece en su artículo 59 una preferencia absoluta a favor de los trabajadores, sobre los objetos elaborados por ellos que estén en poder del deudor y sobre los demás bienes, muebles o inmuebles, incorporados a la empresa, pero limitada esta preferencia a los jornales de dos semanas o sueldos de un mes, pues para los restantes se acomodan a las preferencias ordinarias del apartado C, grupo 1.º, del artículo 913, del Código de Comercio.

La prelación dentro de estos grupos de créditos se establece en el artículo 916, al determinar que «los acreedores percibirán sus créditos sin distinción de fechas, a *prorrata* dentro de cada clase y con sujeción al *orden* indicado en los artículos 913 y 914».

Se exceptúa de la distribución a prorrata de los acreedores hipotecarios, «que cobrarán por el orden de fechas de la inscripción de sus títulos» y los acreedores escriturarios y por títulos mercantiles intervenidos por Agentes o Corredor de Comercio, «que cobrarán también por el orden de fechas de sus títulos».

El artículo 917 (386), confirma la prelación anterior, y los artículos 918 y 919 establecen la preferencia absoluta a favor de los créditos con garantía real mobiliaria, al concederles la posibilidad de no aportar a la masa de la quiebra las cosas que tengan en prenda.

Todo el sistema nos indica que los principios de solución aplicados por el Código de Comercio son los siguientes:

1.º) El de supremacía de los derechos reales sobre los personales. Este principio aparece expuesto con toda claridad en el artículo 918 —(que concede derecho de separación a los acreedores pignoratícios)— y en el artículo 914-1.º.

Solamente en un caso—y por la innovación de la legislación laboral— tiene supremacía sobre este principio el del mayor interés protegido, al conceder, como hemos observado antes, a determinados créditos de trabajo una preferencia superior incluso a la de los créditos hipotecarios.

2.º) El del mayor interés protegido.

Se manifiesta en el primer apartado del artículo 913, y segundo del 914, al conceder preferencia sobre los demás créditos a los gastos de entierro, funeral y testamentaria, créditos por alimentos y créditos laborales. También aparece recogido en los apartados 2.º y 3.º de este mismo artículo.

3.º) El principio de prioridad.

Se aplica a los derechos reales (art. 916-exc. 1.º), y a los créditos escriturarios y con fecha fehaciente (artículo 916, exc. 2.ª).

4.º) El principio de igualdad en el trato.

Este principio se aplica en último extremo, en el artículo 916, cuando ordena la distribución «a prorrata», dentro de cada clase de las enumeradas en los artículos 913 y 914.

#### D) Soluciones en la concurrencia de créditos de Derecho Marítimo

Anteriormente nos hemos referido a algunas hipótesis de colisión singular de derechos en el Derecho marítimo (387). También acabamos de

(386) «No se pasará a distribuir el producto de la venta entre los acreedores de un grado, letra o número de los fijados en los artículos 913 y 914, sin que queden completamente saldados los créditos del grado, letra o número de los artículos referidos, según su orden de prelación».

(387) Vid. supra n.º 6 a 10.

estudiar los supuestos de concurrencia y de colisión en la quiebra, institución también aplicable al Derecho marítimo mercantil cuando el insolvente sea un naviero.

En este apartado nos vamos a limitar al caso especial de concurrencia de derechos que tienen como objeto común de garantía el buque, y no ya el patrimonio total del naviero, como sucede en la quiebra. Constituye una especialidad del Derecho Marítimo esta posibilidad, es decir, la característica de que derechos personales por su naturaleza tienen una eficacia real, en el sentido de tener la garantía específica del buque.

Esta garantía común a la casi totalidad de los créditos de Derecho Marítimo ha motivado la necesidad de que el Código de Comercio regule la concurrencia de estos distintos derechos, cuando el buque se enajene judicialmente. Esta concurrencia se resuelve en colisión cuando el valor del buque es insuficiente para satisfacer todas sus responsabilidades.

La legislación mercantil tiene presente dos casos distintos:

- a) Que no exista hipoteca constituida sobre el buque.
- b) Que exista tal hipoteca.

a) En el primer caso, el artículo 580 del Código de Comercio establece el orden de prelación entre los distintos derechos. Su texto es el siguiente:

«En toda venta judicial de un buque para pago de acreedores, tendrán prelación por el orden que se enumeran:

1.º Los créditos a favor de la Hacienda pública, que se justifiquen mediante certificación oficial de Autoridad competente.

2.º Las costas judiciales del procedimiento, según tasación aprobada por el juez o Tribunal.

3.º Los derechos de pilotaje, tonelaje y los de mar u otros de puertos, justificados con certificaciones bastantes de los Jefes encargados de la recaudación.

4.º Los salarios de los depositarios y guardas del buque y cualquier otro gasto aplicado a su conservación desde la entrada en el puerto hasta la venta, que resulten satisfechos, o adeudados en virtud de cuenta justificada y aprobada por el Juez o Tribunal.

5.º El alquiler del almacén donde se hubieran custodiado el aparejo y pertrechos del buque, según contrato.

6.º Los sueldos debidos al capitán y su tripulación en su último viaje, los cuales se comprobarán mediante liquidación que se haga en vista de los roles y de los libros de cuenta y razón del buque, aprobada por el jefe de ramo de marina mercante, donde lo hubiere, y en su defecto, por el cónsul o juez o Tribunal.

7.º) El reembolso de los efectos del cargamento que hubiere vendido el capitán para reparar el buque, siempre que la venta conste ordenada por auto judicial, celebrado con las formalidades exigidas en tales casos, y anotada en la certificación de inscripción del buque.

8.º) La parte del precio que no hubiere sido satisfecha al último vendedor, los créditos pendientes de pago por materiales y mano de obra de la construcción del buque, cuando no hubiere navegado, y los provenientes de reparar y equipar el buque y de proveerle de víveres y combustibles en el último viaje.

9.º) Las cantidades tomadas a la gruesa sobre el casco, quilla, aparejo y pertrechos del buque antes de su salida, justificadas con los contratos otorgados según derecho y anotados en el Registro mercantil; las que hubiere tomado durante el viaje con la autorización expresada en el número anterior llenando iguales requisitos y la prima del seguro acreditada con la póliza del contrato o certificación sacada de los libros del Corredor.

10.º) La indemnización debida a los cargadores por el valor de los géneros embarcados que no se hubieren entregados a los consignatarios, o por averías sufridas de que sea responsable el buque, siempre que una y otras consten en sentencia judicial o arbitral.

Para resolver los conflictos entre cada apartado o grado, adopta el principio de igualdad, en el artículo 581: «Si el producto de la venta no alcanzare a pagar a todos los acreedores comprendidos en un mismo número o grado, el remanente se repartirá entre ellos a prorrata».

Esta jerarquía de derechos aparece ligeramente modificada, en beneficio de los salarios, por el artículo 59-2.º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, que ya hemos estudiado anteriormente.

b) En la hipótesis de existir hipoteca naval sobre el buque, la Ley de 21 de agosto de 1893, previendo la colisión de este derecho real con los otros derechos que recaen sobre el buque, determina en los artículos 31 y 32 los derechos que—pese a su naturaleza personal—siguen siendo preferentes al propio derecho de hipoteca:

1) Tienen preferencia sobre el derecho de hipoteca, sin necesidad de que consten inscritos ni anotados en el Registro Mercantil:

1.º) Los impuestos o contribuciones a favor del Estado, Provincia o el Municipio, que haya devengado el buque en su último viaje o durante el año inmediatamente anterior.

2.º) Los derechos de pilotaje, tonelaje y los demás y otros de puer-tos, y los sueldos debidos al capitán y tripulación, devengados aquellos derechos y estos sueldos en el último viaje del buque.

3.º El importe de los premios del seguro de la nave de los dos últimos años, y si el seguro fuese mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido.

4.º) Los créditos a que se refieren los números 7.º y 10.º, del artículo 580 del Código de Comercio.

2) Tienen preferencia sobre la hipoteca, subordinada al cumplimiento de determinados requisitos:

1.º) Las cantidades tomadas a préstamo a la gruesa por el capitán del buque durante el viaje.

Establece los requisitos que debe reunir el artículo 33 de la citada Ley Hipotecaria Naval.

2.º) El importe de la avería o gruesa que corresponda satisfacer al buque en el último viaje.

El artículo 34 de la citada Ley preceptúa los requisitos que deben reunir estos créditos.

3.º) Los créditos refaccionarios contraídos por el capitán también durante el último viaje, con los requisitos que establece el artículo 35.

4.º) Los derechos o créditos litigiosos que antes de la inscripción hipotecaria hubiesen sido anotados preventivamente en el Registro, en virtud de mandamiento judicial cuando queden reconocidos en sentencia ejecutoria, o en transacción otorgada o aprobada por todos los interesados.

El artículo 36 completa el sistema, indicando que «ningún crédito, hecha excepción de los enumerados, tendrá preferencia sobre la hipoteca naval, si no está inscrito en el Registro Mercantil correspondiente.

Esta relación, quizás excesiva, de créditos preferentes a la hipoteca nos dan idea del distinto carácter de una y otra en el Derecho Marítimo y terrestre; o mejor aún, del distinto carácter y fortaleza de los derechos en uno y otro ordenamientos, justificada por la necesidad de fortalecer los derechos marítimos, en interés de la propia navegación, sometida desde muy antiguo a riesgos superiores a los del comercio terrestre.

El principio fundamental de solución que se ha tenido en cuenta es, a diferencia de las hipótesis de concurso y quiebra, el de la mayor protección al derecho que acoge un interés superior, con independencia de su naturaleza real o personal. Se han estimado como intereses preferentes los del Estado (créditos a favor de la Hacienda, costas judiciales, derechos de pilotaje, tonelaje y análogos), y los de los obreros y capitán (sistema que nos parece muy aceptable.

## CAPÍTULO VI

## COLISIÓN DE DERECHOS EN LA SUCESIÓN «MORTIS CAUSA»

## 1.—Concurrencia y colisión de derechos en la sucesión «mortis causa»

A) *Naturaleza y variedad de los derechos concurrentes*

El Derecho de «sucesión mortis causa», en su aspecto objetivo, es aquella rama del Derecho civil que disciplina las relaciones jurídicas sucesorias. Sobre su concepto, fundamento y finalidad ha escrito ampliamente la doctrina.

En cambio, apenas existen referencias en los textos acerca de los derechos subjetivos sucesorios, es decir, aquellos que proceden de las relaciones jurídicas que surgen entre las personas como consecuencia de la sucesión «mortis causa».

Se ha estudiado con cierta atención, pero enorme disparidad de criterios (388), el concepto y la naturaleza del derecho hereditario. Pero el derecho hereditario es sólo *uno* de los derechos sucesorios: el que tiene el heredero sobre la masa hereditaria, después de aceptada la herencia y antes de la división (389). Junto a éste, existen otros muchos que vamos a intentar delimitar como cuestión previa a la de su concurrencia y colisión.

En primer lugar, junto al derecho del heredero sobre la masa hereditaria—«derecho hereditario»—cabe citar los derechos de los legatarios, aún sin nombre conocido. Es cierto que estos derechos, según la naturaleza del legado, tienen naturaleza muy diferente: desde la propia natura-

(388) Vid., por ejemplo, en España, la controversia entre ROCA SASTRE y CASTRO, en «Derecho Civil de España», I-1.º, pág. 584, nota 3.

(389) Su misma naturaleza de derecho es muy discutible, pues quizá se trata sólo de una cualidad personal.—Vid. CASTRO, *Ibídem* nota anterior.

leza del derecho de propiedad sobre la cosa legada en tal concepto hasta la del derecho de crédito frente al heredero—u otro legatario—para solicitar de éste la entrega de la «res» específica o genérica, o la transmisión del crédito legado, sin olvidar—en los casos de legados de liberación de deuda—el derecho a no pagar lo debido al causante.

En unas u otras hipótesis, independientemente del derecho concreto que se atribuye al legatario sobre el *valor* del legado, es indudable la existencia de un derecho sucesorio en el legatario, procedente de su peculiar cualidad jurídica, que se ejercita sobre quien debe soportar la carga del legado y que el Derecho objetivo reconoce y protege.

Otro derecho sucesorio muy interesante y discutido es el de los legitimarios, es decir, el de aquellas personas a quienes la Ley llama y atribuye una participación concreta en los bienes de la herencia, con independencia de la existencia de testamento, y aún a pesar de su existencia, cuando el testador no las ha tenido en cuenta. Normalmente los conceptos de legitimarios y herederos coinciden, pero el legitimario puede ostentar la cualidad de legatario y aún la de acreedor (390).

Existen aún los derechos de los reservatarios, personas que tienen derecho a bienes determinados de la herencia, por razones muy complejas que no podemos explicar ahora, de tal modo que esos bienes no pueden ser atribuidos en concepto de herencia ni de legado. El reservatario tiene, pues, frente a los herederos o legatarios, derecho a la entrega de los bienes objeto de la reserva.

Estas personas—herederos, legitimarios, legatarios y reservatarios—ostentan derechos sucesorios, que nacen o adquieren efectivamente como consecuencia de la muerte del causante; todos tienen derecho a la adquisición de bienes, créditos o valores procedentes del patrimonio de aquél.

Pero aún existen otras que también concurren entre sí y con las anteriores por causa de la sucesión, aunque sus respectivos derechos no procedan de ésta: son los acreedores del «deuius», los acreedores de la herencia, los acreedores de los herederos, los donatario en vida del causante y los subadquirentes de herederos presuntos o aparentes.

Los acreedores del «deuius» concurren sobre la masa hereditaria frente a herederos y legatarios, para evitar que en la dispersión del patrimonio relicto resulten desconocidos o perjudicados sus derechos. La sucesión implica la transmisión de los créditos y las deudas: pero la adquisición de bienes hereditarios—y hoy día incluso los herederos son meros adquirentes en la mayoría de los casos—(391), exige una previa liquidación del patrimonio relicto, para distribuir solamente el activo resultante.

(390) Se desprende esta posibilidad de los arts. 845, 834, 838, 814, etc.

(391) Por ejemplo, en la herencia aceptada a beneficio de inventario, en el sistema sucesorio de Aragón, alemán, etc.

Los acreedores de la herencia son todos aquellos que han prestado servicios o realizados gastos en beneficio de la conservación, administración y división del caudal relicto; estos gastos constituyen una minoración del activo patrimonial objeto de la sucesión.

Los acreedores de los herederos, aunque inicialmente parezca extraño, también tiene interés en la sucesión: por un lado, porque la renuncia de la herencia puede perjudicarles, si el heredero o adquirente es insolvente; de otro, porque la aceptación simple de una herencia, cuyo pasivo sea superior al activo, puede lesionar también sus derechos, al incrementar las deudas del heredero.

Los donatarios del causante también pueden concurrir en la sucesión, pero no como adquirentes, sino con signo distinto: como aportantes a la masa hereditaria de la parte que en las donaciones resulten inoficiosas. No tienen, propiamente, ningún derecho sucesorio, pero la sucesión les otorga ciertos derechos en orden a la determinación de las cuotas legítimas y del modo y forma con que, en concurrencia con los demás donatarios y herederos, deben devolver la totalidad o parte de la donación recibida.

Resumiendo: en la sucesión «mortis causa» puede presentarse la concurrencia de los siguientes derechos:

- a) Derechos sucesorios propiamente dichos:
  - 1) Derechos de los herederos.
  - 2) Derechos de los legitimarios.
  - 3) Derechos de los legatarios.
  - 4) Derechos de los reservatarios.
- b) Derechos no sucesorios, pero que intervienen en la concurrencia.
  - 1) Derechos de los acreedores del causante.
  - 2) Derechos de los acreedores de la herencia.
  - 3) Derechos de los acreedores de los herederos o legatarios.

### B) Colisión de derechos en esta concurrencia

Forzosamente una concurrencia de derechos tan diversos debe provocar relaciones de colisión entre ellos. Desde el momento en que alguno de estos derechos resulte perjudicado por el ejercicio de algunos de los otros derechos concurrentes, nace la colisión.

Existe una causa que provoca forzosamente esa incompatibilidad de derechos: la *insuficiencia* del caudal relicto para satisfacer todas las pretensiones concurrentes. Cuando en vida se hayan donado bienes con perjuicio de las legítimas, existe colisión entre legitimarios y donatarios; cuando se dejen bienes en cuantía superior a la parte de libre disposición,

existen colisión entre herederos y acreedores del decuius; cuando el heredero pretende renunciar la herencia, existe colisión entre este derecho y los derechos de sus acreedores, etc., etc.

### C) *Naturaleza de esta colisión de derechos*

Constituye un ejemplo típico de colisión de índole colectiva o global, que también puede denominarse colisión indirecta. La concurrencia de múltiples derechos sobre un patrimonio único hace que se parezca a los casos de colisión por insolvencia del deudor común; pero el hecho de la desaparición del titular de dicho patrimonio y del posible llamamiento legal de personas en concepto de herederos o adquirentes, hace que su técnica y tratamiento sea muy diversos, de tal forma que la ley resuelve la colisión con arreglo a sistemas y principios diferentes.

### D) *Caracteres de la colisión de estos derechos*

Los derechos subjetivos sucesorios no tienen una naturaleza homogénea; resulta muy difícil realizar una generalización de ideas en torno a su concepto, naturaleza y caracteres.

A propósito de la colisión, esta imprecisión doctrinal nos sume en idénticas dudas. Tendríamos que hacer un esfuerzo impropio de este lugar para llegar a conclusiones claras. Sin embargo, creemos que la colisión de estos derechos presenta los siguientes caracteres elementales:

1.º Se trata de una colisión de derechos de naturaleza distinta.

A veces son derechos de crédito (v. g. los de los acreedores); otras, derechos reales, como el derecho del legatario en algunos legados; otras derechos de naturaleza muy imprecisa y discutida, como el derecho hereditario, etc.

2.º Esta colisión tiene su causa en la insuficiencia del activo hereditario para atender a todos los derechos, y excepcionalmente, en la propia insolvencia de los herederos adquirentes.

3.º Es una colisión de derechos que está prevista y reglamentada en la ley, aunque en forma inorgánica e incompleta.

4.º Como criterio general de solución se sigue el «de damno vitando». Es preferible evitar un perjuicio a determinadas personas (acreedores, etc.), que permitir un lucro a otras (herederos, legatarios). Se aplican como criterios secundarios el del mejor derecho del legitimario, el de prioridad, los de virilidad, mayoría de edad, la suerte, etc. y otros, que iremos examinando.

## 2.—Clasificación de las hipótesis de colisión

### A) Principios de clasificación

Hemos procurado mantener la terminología normalmente empleada para designar los distintos derechos concurrentes, e incluso tener en cuenta la mayor importancia de los derechos en colisión. Por ello, se comienza por analizar las hipótesis de colisión entre herederos, para terminar con la colisión entre acreedores.

### B) Clasificación

- a) Colisión entre herederos.
- b) Colisión entre herederos y acreedores.
- c) Colisión entre herederos y legatarios.
- d) Colisión entre herederos forzosos y donatarios.
- e) Colisión entre legatarios.
- f) Colisión entre donatarios.
- g) Colisión entre legatarios y donatarios.
- h) Colisión entre acreedores del difunto y donatarios.
- i) Colisión entre acreedores y donatarios.
- j) Colisión entre reservatarios.
- k) Colisión entre acreedores.

## 3.—Colisión entre herederos

### A) Hipótesis de colisión

No pretendemos definir ahora el concepto de heredero, tan complejo. El artículo 660 del Código civil dice que es heredero la persona que sucede a título universal; la doctrina española más reciente, con base en los precedentes histórico-romanos, suele indicar que heredero es la persona, designada por el causante o por la Ley, que viene a substituir al «deuius» en el complejo de sus relaciones jurídicas, evitando la dispersión de éstas. El heredero tuvo como misión fundamental la de ocupar el puesto que deja vacante una persona al morir, para hacer posible la continuidad política, religiosa, familiar y patrimonial; actualmente sigue cumpliendo, si acaso, la última de estas funciones, al prevalecer el concepto de la «acquisitio» germana sobre el de la «succesio» romana.

Sea como fuere, la Ley trata de buscar siempre heredero a una persona, en bien de aquella continuidad. Cuando no existe heredero volunta-

rio, testamentario o contractual, se busca un heredero legal, también llamado «ab intestato», sin perjuicio en ambos casos, del posible llamamiento efectuado en favor de los herederos forzosos o legitimarios.

Cuando son varias las personas llamadas a una herencia, surge una concurrencia de derechos hereditarios, que en determinadas ocasiones puede convertirse en colisión.

Vamos a examinar las siguientes hipótesis de concurrencia:

- 1.ª) Hipótesis de inexistencia de testamento.
- 2.ª) Hipótesis de existencia de varios testamentos.
- 3.ª) Hipótesis de la existencia de un solo testamento, con institución de varios herederos.
- 4.ª) Hipótesis especial, de concurrencia de derechos hereditarios sobre cosas concretas de la herencia.

### B) *Sucesión ab intestato*

Fallecida una persona sin testamento, la Ley podría haber seguido tres sistemas distintos en orden al destino de sus bienes: 1.ª) Declarar que son cosas «nullius», apropiables por ocupación; 2.ª) Atribuirlos a los parientes, y 3.ª) Atribuirlos al Estado.

El Derecho civil español sigue un sistema mixto, pues si bien adopta el segundo, atribuyendo los bienes a los parientes más próximos pone un límite—el del cuarto grado—en este llamamiento, declarando heredero al Estado cuando no existen parientes dentro de esos grados (art.s 954, 956 y s. s.).

Por virtud de este sistema, los parientes dentro del 4.º grado tienen todos un cierto derecho—o mejor, expectativa—a la sucesión; expectativas que concurren sobre un mismo patrimonio; pero, esta concurrencia, prevista desde antiguo por la ley, se resuelve pacíficamente estableciendo la ley una serie de preferencias en el llamamiento. Como advierte CASTÁN (392), no se acepta como principio único el de la proximidad de grado, sino que se establecen tres escalonados criterios de preferencia: clases, órdenes y grados.

No existe colisión de derechos en estas concurrencias, pues el llamamiento de la clase, orden o gran preferente implica la extinción de la expectativa jurídica de los herederos no llamados, y la transformación en derecho hereditario de las expectativas de los designados por la ley, una vez aceptada la herencia.

Cuando existen varias personas dentro de la misma clase, orden o grado, todas ellas son llamadas a la herencia, en concepto de herederos; la

(392) CASTÁN: «Derecho civil», 6.ª ed., vol. IV, pág. 647.

conurrencia no es ya de expectativas, sino de derechos. Aún así tampoco surge colisión, pues la ley ordena constituir una comunidad de derechos en esa concurrencia, hasta que se realice la división con atribución privativa de bienes y derechos.

### C) *Existencia de varios testamentos*

El heredero puede surgir voluntariamente por designación testamentaria del causante. El conflicto se plantea cuando éste otorga varios testamentos contradictorios: La Ley podría haber seguido tres posibles sistemas: 1.º) El de la coexistencia de los testamentos, declarando modificado el anterior en lo que se opusiera al posterior; 2.º) Sistema del testamento único, declarando en todo caso revocado el testamento anterior, y 3.º) Un sistema mixto, de revocación del testamento anterior subordinada a la voluntad del testador, que puede querer la subsistencia total o parcial del anterior. Nuestro Código, que concede una vez más una amplia libertad a la autonomía individual, sigue este sistema en el art. 739.

Aplica, por tanto, salvo esta concesión a la libertad testamentaria, el principio de ulterioridad, muy lógico y racional, pues el testamento es siempre un acto jurídico que carece de efectos hasta la muerte del testador, y la voluntad humana puede cambiar hasta el último momento.

El conflicto puede surgir cuando se originen dudas acerca de la fecha del testamento. Estas dudas pueden nacer en nuestro Derecho a causa de un olvido del Código civil: la no exigibilidad de la *hora* del otorgamiento del testamento ológrafo. El artículo 688 sólo exige *año, mes y día*. ¿Cuál es el testamento posterior entre varios ológrafos otorgados en el mismo día, mes y año? ¿Cuál testamento prevalece si se han otorgado testamento abierto o cerrado y testamento ológrafo en el mismo día? En ambos casos, se sobreentiende, cuando el testamento ológrafo no exprese la hora.

La ulterioridad de algunos de estos testamentos puede fijarse si mencionan en ellos el testamento anterior; pero ¿y si no existe tal mención ni alusión que permita comprobar su existencia?

Quizá la solución aplicable cuando los testamentos sean contradictorios fuese la de declarar la nulidad de ambos; si no lo son, cabe la mutua coexistencia, como una especie de voluntad tácita de subsistencia de ambos testamentos, al amparo del artículo 739. La primera solución tiene su fundamento en la imposibilidad de encontrar la verdadera voluntad del testador, esencia del testamento y las disposiciones testamentarias. Tiene idéntico fundamento y solución el problema que resuelve el artículo 773:

¿Y si el conflicto surge entre un testamento notarial y el ológrafo?  
¿Debe tener prevalencia el testamento notarial, que debe consignar la hora del otorgamiento, y que reúne mayores requisitos de autenticidad?

En ningún lugar del Código se indica esta jerarquía de testamentos. Para la ley todos tienen el mismo valor. Pero como de hecho el testamento notarial reúne mayores condiciones de autenticidad, parece que el conflicto entre ambos testamentos debería ser resuelto en favor de éste, pero la solución es muy discutible.

D) *Existencia de un solo testamento, con institución válida de varios herederos*

a) *Concurrencia de herederos simples*

La ley resuelve la concurrencia en la forma de una comunidad hereditaria de derechos.

La ley prevé el problema de la institución de herederos con o sin designación de partes.

El artículo 765 dispone que «los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales». Se aplica, en la concurrencia, el principio de igualdad.

El artículo 770 contempla la hipótesis de concurrencia de hermanos carnales y hermanos de padre o madre solamente, preceptuando que en este caso se dividirá la herencia como en el caso de morir ab intestato, es decir, los de doble vínculo heredan doble que los de vínculo sencillo (artículo 949). Aquí el principio de igualdad cede en beneficio de la mayor proximidad y pureza de sangre.

Si el testador especifica la parte de cada heredero, puede ocurrir o que sobren bienes de la herencia, o que falten para cubrir todas ellas; si sobran, respecto de ellos se abre la sucesión ab intestato; si faltan, procede una reducción proporcional en todas las partes, por aplicación del principio de igualdad.

b) *Concurrencia con herederos legitimarios*

Son herederos legitimarios los herederos forzosos, aquellos que tienen derecho en todo caso a una porción de la herencia, tanto en la sucesión testamentaria como en la sucesión ab intestato. En beneficio de determinados pariente más próximos la ley pone límites a la disposición testamentaria: en la colisión de expectativas jurídicas y derechos hacia la herencia de una persona, nuestro Derecho considera más fuerte incluso que la voluntad la relación de parentesco.

El sistema seguido en los diferentes ordenamientos jurídicos que coexisten en España es muy diverso y complejo; nos limitamos a señalar esta existencia y a desenvolver las normas del Código civil.

El artículo 763 establece con claridad absoluta la presencia de este límite en la libre disposición de los bienes; el artículo 806 y siguientes nos designan quienes son los herederos forzosos y establecen las cuantías y formas de sucesión.

No vamos a detenernos en el examen de esta materia. Solamente indicar que, en todo caso, el derecho del heredero legitimario es más fuerte que el heredero voluntario, y que en caso de colisión se reduce siempre los derechos de éstos.

Si no se mencionan—«preterición»—los herederos legitimarios, queda anulada la institución de heredero (art. 814), con la excepción de la preterición del viudo o viuda; si al heredero legitimario se le concede menos de lo que le corresponde, tiene derecho a pedir el complemento (art. 815), y si la disposición testamentaria mengua la legítima, se reducirá (art. 817), en lo que fuere inoficiosa o excesiva.

La concurrencia de herederos legitimarios está reglamentada en el Código civil y en los artículos 806 a 847, pero a veces no con la claridad necesaria. El artículo 840 contiene la expresión «hijos legítimos no mejorados» que ha suscitado muchas dudas. El artículo 841 resuelve la colisión de derechos existentes entre el cónyuge viudo y los hijos naturales, cuando ambos concurren con ascendientes legítimos, en beneficio del cónyuge viudo, pues los hijos naturales heredan en nuda propiedad lo que les falta para completar su legítima.

c) Institución de heredero bajo condición suspensiva o resolutoria.

Instituído un heredero bajo condición suspensiva, el Código trata de resolver «pendente conditione», las siguientes posibles causas de colisión de derechos:

1.ª) La transmisión de derechos del heredero bajo condición suspensiva que muere antes de cumplirse la condición. Los artículos 759 y 799 contienen disposiciones incompatibles, constituyendo una de las antinomias más claras de nuestra legislación. CASTÁN se inclina por la prevalencia del art. 759 (393), pero la solución es discutidísima.

2.ª) La garantía de los presuntos herederos, caso de no cumplirse la condición. El Código dispone un sistema muy claro de administración de la herencia en los artículos 802, 803, y 804, que evitan todo conflicto.

Si la condición es resolutoria, los problemas se complican, pues el Có-

(393) CASTÁN, op. último citado y mismo lugar, pág. 422.

digo no regula esta situación, que debe resolverse con arreglo a las normas, no muy claras, del art. 1.123.

### E) *Concurrencia de derechos sobre cosas concretas de la herencia*

#### a) *Sobre los títulos de adquisición o pertenencia*

Determina el artículo 1.065 del Código civil que estos títulos «serán entregados al coheredero adjudicatario de la finca o fincas a que se refiera».

Pero cuando el mismo título comprenda varias fincas adjudicadas a diversos coherederos o una sola que se haya dividido entre dos o más, entonces surge una evidente colisión entre los derechos de cada adjudicatario, dada la indivisibilidad del título.

El Código resuelve esta hipótesis en su artículo 1.066, preceptuando que «el título quedará en poder del mayor interesado en las fincas» (394); si el interés fuera igual, «el título se entregará al varón», y si hubiera más de uno, «al de mayor edad».

Sigue, pues, los principios, por este orden jerarquizados, del mayor interés, del sexo masculino, y de la mayor edad.

El primer principio es lógico; pero los otros dos no dejan de ser algo arbitrarios: sólo se explican en función histórica pues su fundamento no es muy serio.

#### b) *Sobre el derecho de arrendamiento de fincas urbanas*

El arrendamiento de vivienda constituye, cumplidos ciertos requisitos, uno de los bienes o derechos transmisibles de la herencia, que normalmente, por ser indivisible, deberá atribuirse a uno solo de los coherederos, aunque también cabe la solución de la ocupación conjunta de la vivienda.

A estos efectos sucesorios, este derecho provoca un doble conflicto: 1.º) Un problema de valoración del arrendamiento, a efectos de la participación hereditaria; 2.º) Un problema de atribución de este derecho.

El primer problema, muy interesante y poco estudiado, no nos interesa ahora. El segundo ha sido contemplado por las sucesivas leyes de Arrendamientos urbanos. La actual, texto refundido de 13 de abril de 1956, lo resuelve en los artículos 57 a 60.

El artículo 57 comienza por establecer la prórroga obligatoria para el

(394) Pero con la obligación de facilitar a los otros coherederos copias fehacientes y el uso del mismo título, en algunas ocasiones.

arrendador y potestativa para el inquilino o arrendatario de local de negocio, al llegar el vencimiento del plazo pactado y aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones.

Pero es el artículo 60, en sus dos párrafos, el que determina la prórroga forzosa del contrato cuando muere el titular del derecho arrendaticio y el orden de preferencia que debe seguirse, cuando sean varios los herederos.

Tienen derecho a continuar en el arrendamiento, según el párrafo primero, el cónyuge del titular, y sus descendientes, hijos adoptivos (que hubieren sido adoptados antes de cumplir los dieciocho años), ascendientes y hermanos, tanto en el parentesco legítimo como en el natural, siempre que hubiesen convivido con el titular con una antelación a la fecha del fallecimiento por lo menos de dos años.

Si son varios los beneficiarios de este derecho, el párrafo segundo del artículo 58 establece el siguiente sistema de solución del conflicto:

1.º Acuerdo entre los distintos beneficiarios sobre quien de entre ellos debe suceder al titular fallecido, porque sólo uno de ellos puede sucederle en el arrendamiento.

2.º A falta de acuerdo, establece un orden de prelación basado en la enumeración anterior, con preferencia, dentro de cada grupo, de la proximidad de grado, de la legitimidad y en su caso, del doble vínculo y de la consanguinidad, resolviéndose los casos de igualdad, a favor del que tuviera mayor número de cargas familiares, con prioridad del sexo femenino.

3.º En todo caso, y a falta de acuerdo, los padres septuagenarios serán preferidos a los descendientes.

### c) *Sobre el derecho de arrendamiento de fincas rústicas*

La colisión entre los derechos de los herederos tiene las mismas características que en el caso anterior.

El principio general, aplicable a los arrendamientos rústicos no protegidos, es el del art. 18 de la Ley de arrendamientos rústicos de 1935, que establece que «por fallecimiento del arrendatario se extingue el arrendamiento, salvo el caso de que los herederos sean el cónyuge, parientes en cualquier grado de la línea directa y hasta el segundo grado de la colateral, los cuales podrán optar por la rescisión del contrato o su continuación, con todos los derechos y obligaciones que, emanados del arrendamiento, correspondían al causante».

El principio de la indivisibilidad del arrendamiento se establece en el párrafo final de este artículo.

Esta disposición regula la sucesión en el arrendamiento, y las personas llamadas a dicha sucesión, pero no determina la forma de individualizar dichos herederos, pues parece limitarse al supuesto de la continuación conjunta del arrendamiento, en forma de comunidad de derecho arrendaticio, que se regirá, en orden a administración y disposición, por las normas generales de los artículos 392 a 406.

Para los arrendamientos rústicos especialmente protegidos existen normas más precisas en el art. 4, n.º 3, de la Ley de 23 de julio de 1942, que establece los siguientes requisitos y órdenes de suceder:

1.º) Designación en testamento.

En el caso de sucesión testamentaria, el causante podrá designar el familiar-cooperador que debe sucederle en el arrendamiento.

Tienen la condición de familiares-cooperadores todas aquellas personas que han trabajado directa y personalmente con el arrendatario fallecido en la explotación agrícola de la empresa arrendada, como dicen PÉREZ TEJEDOR-SERRANO MORENO (395).

2.º) Faltando designación testamentaria, el familiar-cooperador que elijan por mayoría, y en el plazo de dos meses, todos los familiares que gocen de esta condición, será el arrendatario.

3.º) Faltando esta elección, será sucesor el familiar-cooperador que elija el arrendador entre los herederos que tengan esta cualidad.

Hasta aquí, el texto del art. 4, n.º 3 de la Ley de 1942, mencionada.

PÉREZ TEJEDOR y SERRANO opinan que si no hubiese familiar-cooperador, o si renunciasen todos a la herencia del derecho arrendaticio, deberán aplicarse las normas generales del artículo 18 de la Ley de 1935, en el sentido de que los restantes familiares podrán optar por la rescisión del contrato o por la continuación conjunta del arrendamiento (396).

Se observa la gran diferencia que existe entre este sistema y el de los arrendamientos urbanos, justificada por el distinto carácter de uno y otro arrendamientos, pues aquí se trata de favorecer tanto el arrendamiento como empresa, como la familia-titular de dicha empresa.

#### d) *Sobre la titularidad del dominio en las Casas Baratas*

El Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924 resolvía este problema en su artículo 16, estableciendo que la propiedad de la casa barata tanto en la sucesión testada como en la intestada, se adjudicará por el siguiente orden, de existir varios herederos que puedan acreditar la condición legal de beneficiarios:

(395) PÉREZ TEJEDOR-GONZÁLEZ MORENO: «Arrendamientos Rústicos», Madrid, 1951, pág. 544.

(396) PÉREZ TEJEDOR-GONZÁLEZ MORENO: ob. últ. cit., pág. 545.

1.º) El que ofrezca pagar en metálico a los demás la parte que le corresponda.

2.º) Si varios coherederos hiciesen este ofrecimiento, será preferido el que tenga más hijos, y luego, el más pobre.

3.º) En igualdad de circunstancias, decidirá la suerte, verificándose el sorteo ante notario.

e) *Sobre la titularidad del patrimonio familiar*

Plantea problemas la titularidad del patrimonio familiar, porque la Ley debe prever, por una parte, la posible ausencia de herederos del titular, y por otra, el peligro del fraccionamiento cuando existen varios herederos. No se trata, como dice el preámbulo de la Ley de 15 de julio de 1952, de «restablecer los antiguos fideicomisos, mayorazgos o vinculaciones, sino tan sólo de conservar los patrimonios en la medida en que lo exijan la estabilidad social y el interés de la agricultura».

Esta Ley regula la sucesión «mortis causa» del patrimonio familiar en los artículos 12 al 15, en los que se ha procurado seguir en todo lo posible las normas sucesorias del Código civil. Su sistema es el siguiente:

a) Sucesión testamentaria:

Existiendo testamento, el artículo 12 preceptúa que «se deferirá la sucesión a la persona que (el testador) hubiese designado en su testamento».

Si existen herederos forzosos, no desheredados, la designación ha de recaer forzosamente en alguno de éstos, ordena también este artículo.

El artículo 13 prevé el caso de designación de varios sucesores simultáneamente, disponiendo que «se estimará válida la disposición testamentaria únicamente en el caso de que sea posible la desintegración del patrimonio, conforme a lo prevenido en el artículo 6.º de esta Ley».

El segundo párrafo de este artículo 13 indica: «Si fuese mayor el número de designados que el de patrimonios resultantes de la desintegración, se reputarán ineficaces las designaciones sucesivas».

Por tanto, el sistema en caso de designación de varios herederos para la titularidad del patrimonio es el siguiente: Si el patrimonio es indivisible (no desintegrable, en la expresión legal), la institución será ineficaz, procediéndose a nombrarlo conforme a las reglas de la sucesión ab intestato, que inmediatamente estudiaremos; si el patrimonio es desintegrable, son válidas las designaciones por el orden que se hacen en el testamento, quedando nulas aquellas que excedan del número de partes en que el patrimonio pueda desintegrarse.

b) Sucesión ab intestato.

En ausencia de testamento, el artículo 14 ordena deferir la sucesión

del patrimonio familiar por el orden que establezca la legislación civil aplicable. Prevé el caso de que, conforme a esta legislación concurren en dos o más personas idéntico derecho, ordenando entonces el siguiente orden de preferencias:

- 1.º) La persona que viniese cultivando habitualmente el patrimonio.
- 2.º) En igualdad de circunstancias, el varón excluye a la hembra.
- 3.º) Si son del mismo sexo, tiene preferencia el de mayor edad.

Completando esta regulación, el artículo 15 prevé la hipótesis de inexistencia de hijos, en cuyo caso corresponde al cónyuge viudo el usufructo vitalicio del patrimonio, y el art. 16 se preocupa de la forma de satisfacer las legítimas.

#### 4.—Colisión entre herederos y acreedores

##### A) *Planteamiento de la colisión*

Al hablar de acreedores nos referimos tanto a los acreedores del causante, que son los más protegidos, como a los acreedores de la herencia y de los propios herederos.

En los dos primeros, los derechos de herederos y acreedores concurren por su referencia al mismo patrimonio. La insuficiencia de este patrimonio, o en su caso, la insolvencia del heredero que aceptó pura y simplemente, pueden convertir esta concurrencia en colisión.

En el tercer caso, no existe verdadera concurrencia, ni tampoco colisión, entre los derechos del heredero y los de sus propios acreedores, pero puede existir alguna lesión de los derechos de éstos, que la ley trata de evitar. Examinaremos los tres supuestos.

##### B) *Concurrencia con los acreedores del causante*

Es lógico y se justifica por la misma naturaleza de la sucesión y de la herencia—que para muchos solamente está constituida por la diferencia existente entre el activo y el pasivo—que los derechos de los acreedores sean preferentes a los de los herederos. Antes que heredar hay que pagar, como dice el viejo aforismo.

El Código sigue un sistema distinto según se trate de herencia aceptada pura y simplemente, o a beneficio de inventario.

En el primer caso, el artículo 1.082, determina que «los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia, hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos». Es una medida de cautela, que trata de evitar, en la posible colisión

de derechos, el perjuicio de los derechos de los acreedores. Pero como dice el Tribunal Supremo (S. 9 de enero de 1901), este artículo no limita el derecho del acreedor hereditario para ejercitar sus acciones, aunque la herencia esté pro indiviso.

En el caso de herencia aceptada a beneficio de inventario, el artículo 1.026 determina que la herencia se encuentra en administración «hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos», estableciendo el artículo 1.032 que solamente después de pagados «los acreedores y legatarios quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia».

### C) *Concurrencia con los acreedores de la herencia*

Aunque también reciben este nombre los acreedores del causante, nos parece que específicamente debe servir para representar a todos aquellos que resulten acreedores por razón de justicia o administración de la herencia.

Surgirán, por tanto, estos acreedores en todas las hipótesis de administración de la herencia y de litigio en su defensa.

También es lógico que estas deudas se retraigan del haber hereditario, antes de la división, o se adjudiquen oportunamente.

Para la hipótesis de herencia aceptada a beneficio de inventario, el artículo 1.033, determina que será de cargo de la misma herencia «las costas del inventario y los demás gastos a que dé lugar la administración de la herencia», con excepción de aquellas costas «en que el heredero hubiese sido condenado personalmente por su dolo o mala fe». Añade el mismo precepto a las anteriores «las causadas para hacer uso del derecho de deliberar, si el heredero repudia la herencia». Creemos que a estas deudas son aplicables los artículos 1.026 y 1.032.

### D) *Garantías en favor de los acreedores del propio heredero*

Cuando la herencia se acepta pura y simplemente, pueden ocurrir dos hipótesis: que el heredero incremente su patrimonio, o que, al contrario, lo disminuya, si el pasivo de la herencia es superior a su activo.

En uno u otro caso, el interés de los acreedores de los herederos en la sucesión es evidente. El Código, contemplando implícitamente tanto uno como otro supuesto, determina en su artículo 1.083 que «los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos».

La jurisprudencia ha interpretado el alcance de tal intervención, indicando que no puede llegarse al extremo de considerar como parte a estos

acreedores ni de concederles que se opongan a la partición extrajudicial, aunque no se les pague ni afiance el importe de sus créditos, pero que son derechos que se les concede los de rescisión, adición de inventario y embargo de los bienes adjudicados a su deudor.

También el artículo 1.034 determina que «los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada por éste a beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios, pero podrán pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del heredero».

Por último, y en beneficio de estos mismos derechos, el artículo 1.001 del Código dispone que «si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél».

¿Qué ocurre si la herencia contiene más deudas que derechos? El artículo 1.003 determina que el heredero responde también con sus bienes propios de estas deudas, si se acepta la herencia pura y simplemente. Existe un evidente perjuicio de los derechos de los acreedores del heredero, que ven aumentados el número de los créditos concurrentes sobre el patrimonio de éste. Existe una lesión injustificada de los derechos de los acreedores.

El Código podría haber previsto el supuesto en alguno de estos sentidos: o haciendo posible que los acreedores particulares se opusieran a la aceptación pura y simple de la herencia, lo mismo que el artículo 1.001 les autoriza, con idéntico fundamento, para oponerse a la renuncia, o estableciendo una preferencia de sus créditos sobre los créditos que recaen sobre la herencia. También existiría la solución de declarar obligatoria y única la aceptación a beneficio de inventario, como hace el Apéndice foral aragonés, el derecho germano, o el mismo Derecho español en las herencias a favor del Estado.

Pero el Código no prevé ninguna de estas soluciones, ni hay posibilidad de seguirlas. En el concurso, por tanto, de todos los créditos frente al heredero, se seguirá el orden normal de preferencias del concurso de acreedores, aunque resulten perjudicados los acreedores particulares.

## 5.—Colisión entre herederos y legatarios

### A) *Planteamiento de la colisión*

Puede ocurrir que en el haber hereditario no existan bienes suficientes para atender a las mandas o legados que se imponen en el testamento y satisfacer, al mismo tiempo, las cuotas, forzosas o de libre disposi-

ción, que correspondan a los herederos. Entonces surge entre estos diferentes derechos sucesorios una evidente colisión.

El Código sigue distinto sistema según se trate de las cuotas legitimarias correspondientes a los herederos forzosos o las de libre disposición, correspondientes a éstos o a los herederos voluntarios.

B) *Colisión entre el derecho a la legítima de los herederos forzosos y los derechos de los legatarios*

El Código civil, fiel a la tradición jurídica y a los principios generales, resuelve la colisión en el sentido de conceder preferencia al derecho de los legitimarios.

Hay que satisfacer primero estos derechos, aunque sea preciso anular o reducir los legados inoficiosos, que se hayan impuesto en perjuicio de las legítimas.

Esta es la solución que impera en numerosos artículos del Código civil, entre ellos, como más importante, los números 817, 818, y 820 que establece el procedimiento de reducción.

C) *Colisión entre herederos voluntarios y legatarios*

La solución legal es totalmente opuesta a la anterior. En esta colisión de derechos vence el derecho del legatario. Incluso cuando la cuantía de los legados es superior a las fuerzas de la herencia, aceptada ésta pura y simplemente, pues entonces el heredero gravado responde con sus bienes propios. Recogen esta solución los artículos 1.026, 1.032 y 858-2.º del Código.

La legislación hipotecaria trata de garantizar esta preferencia y mejor derecho de los legatarios, concediendo a éstos, cuando «no tengan derecho, según las leyes (397), a promover el juicio de testamentaria», la facultad de anotar preventivamente su derecho (art. 42-7.º de la Ley Hipotecaria).

**6.—Colisión entre herederos forzosos y donatarios**

No existe verdadera colisión entre los derechos del heredero legítimo y los del donatario, cuya donación resulte perjudicial a la legítima, porque desde el momento de su nacimiento los derechos del donatario están limitados por las cuotas legitimarias, cuya intangibilidad es casi

(397) Tienen este derecho, según el art. 1.038, de la Ley de Enjuiciamiento civil todos los legatarios de parte alcuota.

absoluta. Así se desprende del artículo 636 del Código, al preceptuar que ninguno puede dar por donación más de lo que puede dar por testamento. Únicamente que como este límite solamente puede conocerse en el momento de la muerte del causante, la oportuna corrección de estos derechos se realiza posteriormente a su nacimiento, mediante la denominada reducción de donaciones inoficiosas, regulada en los artículos 654 a 656 del Código, que se remiten a su vez a los artículos 820 y 821 del mismo, ya conocidos.

Son aplicables aquí las mismas normas que anteriormente se estudiaron para determinar cuál es la parte de libre disposición de la herencia, según las distintas hipótesis.

## 7.—Colisión entre legatarios

### A) *Hipótesis de colisión*

La colisión entre legatarios puede surgir por dos causas diferentes, aunque ambas provoquen el mismo efecto de insuficiencia de bienes para pagar todos los legados: o de que «el valor total de los legados ordenados por el testador supere al líquido disponible de la herencia», como advierte CASTÁN (398), o que el heredero haya realizado enajenaciones fraudulentas que impidan satisfacer todos los legados, como se hace eco ROCA SASTRE (399).

Sin perjuicio de las acciones que, en este último caso, tengan los legatarios contra el heredero, es indudable que en ambas hipótesis surge una verdadera colisión de derechos entre los distintos legados en presencia, que exige, o una reducción de todos los legados, o el establecimiento de un orden de prelación para su pago, según se adopte el sistema de *coordinación* o el de *subordinación* entre los derechos concurrentes.

Nuestra legislación ha contemplado estas hipótesis. El Código civil adopta el sistema de *subordinación* en el art. 887; también la Ley hipotecaria contempla el problema; pero la falta de concordancia entre ambos textos legales ha provocado un difícil problema de interpretación, que posteriormente examinaremos.

### B) *Soluciones del Código civil*

El mencionado artículo 887 se inclina por la solución de establecer un orden jerárquico para el pago de los distintos legados en colisión. Dice

(398) CASTÁN, ob. cit., vol. IV, pág. 599.

(399) ROCA SASTRE: «Derecho Hipotecario», cit. vol. III, pág. 510.

así: «Si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, el pago se hará en el orden siguiente:

- 1.º Los legados remuneratorios.
- 2.º Los legados de cosa cierta y determinada, que formen parte del caudal hereditario.
- 3.º Los legados que el testador haya declarado preferentes.
- 4.º Los de alimentos.
- 5.º Los de educación.
- 6.º Los demás, a prorrata.

Advierte muy acertadamente GINOT LLOBATERAS (400), que la reducción entre los legados sólo se dará cuando la aceptación sea a beneficio de inventario o en el caso del artículo 764, pues en otras hipótesis el heredero deberá responder con sus bienes propios «ultra vires hereditatis».

El Código realiza la clasificación del artículo 887, con base en cinco principios jerarquizados así:

- 1.º Principio de «damno vitando».
- 2.º De supremacía de los derechos reales.
- 3.º De autonomía de la voluntad.
- 4.º Principio de supremacía del interés más fuerte, y
- 5.º Principio de igualdad.

Por razón del primer principio, deben pagarse en primer lugar los legados remuneratorios (401), por razón del segundo, se satisfacen después los legados de cosa cierta y determinada que forman parte del caudal hereditario (402); el de autonomía de la voluntad se aplica en caso 3.º; el del mayor interés protegido, en los casos 4.º y 5.º (403), el de igualdad, se aplica en el último lugar, para todos los restantes legados, que se pagan «a prorrata».

No está mal esta selección y jerarquización de principios. No obstante, quizá hubiera sido preferible conceder primacía a los legados de alimentos y educación, por razón del interés superior que protegen. En la lucha de todos estos principios, éste es el que está más conforme con el espíritu de los tiempos modernos.

(400) GINOT LLOBATERAS: «La responsabilidad del heredero simple». Anuario de Derecho Civil, 1950, págs. 1057-1099.

(401) Es preferible evitar un perjuicio a las personas que ya eran acreedoras de alguna forma del testador, que conceder un lucro a los restantes legatarios.

(402) Porque este derecho origina en los legatarios una especie de derecho real, una vez aceptada la herencia y el legado particularmente si están ya en la posesión de la cosa legada.

(403) Legados de alimento, educación, etc., que cumplen o atienden a finalidades y necesidades dignas de mayor protección.

### C) *Soluciones de la Ley Hipotecaria*

Advertíamos oportunamente que los legatarios que no fuesen de parte alícuota podían pedir anotación preventiva de sus derechos.

Cuando el legado es de cosa determinada inmueble, propia del testador, la anotación preventiva surte los mismos efectos que una inscripción, de tal modo que este derecho resulta preferente a cualquier otro derecho que se pretenda ejercitar sobre la misma cosa.

En los otros tipos de legados, la Ley Hipotecaria establece una preferencia a favor de los legados que se anoten en el plazo de ciento ochenta días sobre los legados no anotados en este plazo (art. núm. 1.º de la Ley Hipotecaria), pero sin establecer jerarquías entre los legados anotados en el plazo legal, como advierte ROCA SASTRE.

### D) *Concordancia en las soluciones del Código civil y las de la Ley Hipotecaria*

La doctrina se ha planteado el problema de si el artículo 51-3.º de la Ley Hipotecaria deroga el orden de preferencias del artículo 887 del Código; es decir, como advierte ROCA, en el caso de «un legado remuneratorio no anotado dentro de los ciento ochenta días frente a un legado ordinario anotado en ese plazo, ¿qué legado tiene la preferencia? ¿El remuneratorio, por imperativo del Código civil, o el ordinario, por precepto de la Ley Hipotecaria? (404).

MORELL se inclinó por la preferencia del Código civil. ROCA con base en la interpretación literal y lógica de ambos preceptos cree que estas soluciones no son incompatibles entre sí, por aplicarse a hipótesis distintas: la del Código civil, para el caso de que todos los legados no quepan en el líquido de la herencia; la de la Ley Hipotecaria, para el caso de que la insuficiencia surja por enajenación del heredero de mala fe, ya que la «anotación preventiva persigue en esencia», provocar la ineficacia de los actos dispositivos del heredero» (405).

## 8.—Colisión entre donatarios

Cuando resulte que son más de una las donaciones inoficiosas entonces surge no solamente la colisión de derechos, ya examinada, entre los here-

(404) Vid. ROCA, op. cit., vol. III, pág. 510.

(405) Nos parece muy acertada esta tesis de ROCA SASTRE. Como dice «sería absurdo que porque el favorecido por un legado remuneratorio no defendió su derecho con la oportuna anotación, se antepusiere al legatario, que, aunque ordinario adoptó las medidas para asegurar su derecho; el celo de éste no puede servir en beneficio preferente de quien nada hizo para salvaguardar la efectividad de su legado» (pág. 511, vol. III).

deros legitimarios y los donatarios, sino también una evidente colisión de donaciones entre sí, que podría revolverse, o adoptando el sistema de coordinación—mediante la reducción a prorrata de estas donaciones—o el sistema de subordinación—concediendo preferencia a alguna de ellas.

El Código ha previsto el problema, inclinándose por este segundo sistema en su artículo 656, que ordena: «si siendo dos o más las donaciones, no cupieran todas en la parte disponible, se *suprimirán o reducirán* en cuanto al exceso, las de *fecha más reciente*».

El principio aplicado es el de prioridad, de preferencia de la donación más antigua sobre la más moderna, que nos parece acertado, aunque quizá hubiese podido atenuar la rigidez de esta solución estableciendo alguna preferencia para determinadas donaciones (de padres a hijos, remuneratorias, etc.), en las que el principio de la mayor protección al interés superior tuviese alguna aplicación.

### 9.—Colisión entre legatarios y donatarios

La colisión entre estos derechos surge cuando alguna donación otorgada por el testador resulte inoficiosa frente a los legados impuestos por el mismo.

En principio, la simple lógica nos muestra que existe un criterio de solución clarísimo: La preferencia de las donaciones, con base en el argumento de que los legados son atribuciones a título singular de valores de la herencia, y que no es valor de la herencia el importe de una donación, salvo en lo referente al cómputo de las legítimas. Solamente, por tanto, aquellos legados que pudieran ser legitimarios (?), podrían provocar la inoficiosa de una donación.

Pero nuestro Código, realizando una distinción discutidísima entre legatarios de parte alicuota y los que no lo son, indica en su artículo 655, que aquellos legatarios pueden pedir la reducción de las donaciones.

Este es uno de los errores, quizá de redacción o copia, de nuestro Código, que debe salvarse en el sentido de entender que solamente la persona con derecho a legítima tiene derecho a esa reducción.

### 10.—Colisión entre acreedores del difunto y donatarios

El Código, en el mismo artículo 655, indica que los acreedores «del difunto» no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella, por lo que, en definitiva, se inclina por la preferencia del derecho de los donatarios.

## 11.—Colisión entre acreedores y legatarios

### A) Sentido de la colisión y soluciones en el Código civil

Puede ocurrir que el haber hereditario sea insuficiente para satisfacer las deudas existentes y los legados impuestos por el testador.

Nace entonces, de nuevo, otra colisión entre estos derechos, que la legislación ha previsto.

El Código civil regula esta materia en los artículos 1.027, 1.028 y 1.029. Interesan en particular el art. 1.027, que concede preferencia a los acreedores sobre los legatarios, quizá por aplicación del principio «*damno vitando*» (406). Esta preferencia se refuerza en el artículo 1.029, que incluso concede a los acreedores que no se presentaron a tiempo la facultad de dirigirse contra los legatarios, aunque con el límite de que no queden en la herencia bienes suficientes para pagarlos.

Entiéndase que la Ley concede esta preferencia a los acreedores del testador y a los de la herencia en sí, y se la niega a los acreedores de los herederos en el art. 1.034.

### B) Soluciones en la Ley Hipotecaria

En orden a la posibilidad de exigir anotación preventiva de su legado, el artículo 52 de la Ley Hipotecaria determina que el legatario que no lo fuere de especie y dejase transcurrir el plazo de 180 días del artículo 48, sólo podrá exigir después anotación preventiva sobre los bienes de la herencia, que subsistan en poder del heredero, sin que esta anotación preventiva surta efectos—se refiere a los efectos hipotecarios—«contra el que antes haya adquirido o inscrito algún derecho sobre los bienes hereditarios». No obstante, sí gozará de la ventaja de ser antepuesto para el cobro a cualquier acreedor del heredero que con posterioridad adquiriera algún derecho sobre los bienes anotados (artículo 53 Ley Hipotecaria).

## 12.—Colisión entre reservatarios

### A) Colisión entre reservatarios de la reserva lineal del art. 811

Indica este precepto, que tantísimas dudas ha suscitado, que son beneficiarios de esta reserva los «parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden».

(406) El texto exacto del artículo 1027, es el siguiente: El administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores».

En el caso de que existan varios parientes en estas condiciones pero de distinto grado, se suscita la cuestión—originaria de una colisión de derechos entre estos parientes, por imprecisión legal—de si deben tener la condición de reservatarios todos ellos, o solamente los de grado más próximo.

Parece seguir la primera solución el texto literal del artículo 811, que se limita a llamar a la reserva a «los parientes dentro del tercer grado»; en la doctrina MUCIUS SCAEVOLA participa también de esta opinión (407).

Pero la mayor parte de los autores se inclinan por la segunda tesis, es decir, por entender que también en esta sucesión el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, sigue esta posición, entre otros, MANRESA (408), VALVERDE (409), y el mismo CASTÁN (410), con base en el argumento de que el artículo 921 del Código civil contiene esta prescripción, general en materia de sucesiones, por lo que debe aplicarse también a esta sucesión de tipo especial. La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y la del Tribunal Supremo parece seguir esta última opinión, a la cual nos adherimos (411).

#### B) *Colisión entre reservatarios de la reserva ordinaria y los del artículo 811*

Puede ocurrir que con referencia a unos mismos bienes se presente la hipótesis de reserva ordinaria y troncal. Por ejemplo, cuando el ascendiente reservista en la reserva lineal tiene hijos o descendientes de un primer matrimonio.

La colisión de derechos entre estos reservatarios y los del artículo 811, es evidente, sin posibilidad alguna de solución conciliatoria. La doctrina y la jurisprudencia se inclinan por la preferencia de la reserva ordinaria, solución que nos parece la más aceptable, dada la generalidad, tradición histórica y mejor fundamento de ésta (412).

### 13.—Colisión entre acreedores

#### A) *Colisión entre acreedores del decuius*

El Código civil, en su artículo 1.028, regula esta hipótesis de colisión, resolviendo con arreglo al siguiente sistema:

(407) MUCIUS SCAEVOLA: «Código civil», cit. vol. XIV, pág. 341.

(408) MANRESA: «Comentarios», cit., págs. 264, s. s.

(409) VALVERDE «Tratado de Derecho Civil español», Madrid, 1938, vol. V.

(410) CASTÁN: ob. últ. cit., vol. IV, pág. 193.

(411) Vid. DGR. 20 marzo 1905, y SS. TS. 8 noviembre 1906, y 4 de enero de 1911.

(412) Vid. CASTÁN, IV, pág. 209, y SS. TS. allí citadas, de 4 de enero de 1911, y 21 de enero de 1922.



a) Existencia de juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos.

En este caso ordena sean pagados «por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación».

b) No existe tal juicio.

Entonces ordena el Código que sean pagados «los que primero se presenten», haciendo aplicación del principio de prevención, que en este caso es de prioridad en la presentación al pago.

Pero esta segunda solución tiene un límite: constando que alguno de los créditos conocidos son preferentes, no se hará pago «sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho».

#### B) *Colisión entre acreedores del de cuius y acreedores del heredero*

Son preferentes los primeros, como es lógico. Aunque no existe disposición tajante en este sentido, se desprende de la propia naturaleza de la sucesión hereditaria y de los artículos 1.027, 1.034, 1.082 y 1.083 del Código.