

«Quien llega primero, muele primero»:
*prior tempore, potior iure**

El principio de prioridad en la Historia del Derecho
y en la dogmática jurídica

ANDREAS WACKE

Catedrático de Derecho romano y Derecho Civil,
Universidad de Köln

Immanuel Kant, el gran filósofo alemán, escribió en su obra principal «Crítica de la razón pura» la siguiente frase: «Es un viejo deseo, que quizá alguna vez se realizará, el de que en vez de la infinita variedad de leyes civiles se hallen finalmente sus principios. Pues sólo en ello consiste el secreto para simplificar la legislación» (1).

Una gran parte de los principios jurídicos que yacen en la base de las legislaciones nacionales han sido acuñados ya por los juristas romanos y medievales en forma de proverbios latinos con finalidad didáctica. *Prior tempore, potior iure* es uno de ellos, del cual nos vamos a ocupar a continuación.

I. DE REGLA CONVENCIONAL A REGLA JURIDICA

1. La preferencia del que llega primero es un principio de evidente justicia que convence a todo niño. Que nadie debe de pasar delante se practica cotidianamente al hacer cola. Cualquiera que viaje a Inglaterra puede comprobar el modo ejemplar en que los disciplina-

(*) Texto de una conferencia mantenida ante el Ilustre Colegio de los registradores de la Propiedad de Madrid. Quisiera mostrar mi agradecimiento a mi colega y amigo, el catedrático Dr. José María Miquel, por su ayuda con la traducción al castellano.

(1) Kant, *Kritik der reinen Vernunft* (2.ª ed. alemana), p. 358; citado en el prólogo por *Fragistas* en su obra «Das Präventionsprinzip in der Zwangsvollstreckung», 1931.

dos Británicos practican el *queuing up*, o dicho de otro modo *first come first served*. La idea de la prioridad no es solamente un mandamiento evidente de la educación o cortesía en la convivencia humana, sino más allá de esto una regla del tráfico observada en muchos aspectos, y finalmente se afirma como una regla de Derecho que domina en los más diferentes ámbitos.

2. Como regla de tráfico rodado rige hoy en algunos países (por ejemplo, en los Estados Unidos) y según ésta goza de preferencia el automóvil que primero llegue al cruce. Un deber de espera en los pasos estrechos establecían ya en el siglo XIII los dos libros de Derecho de habla alemana más importantes, el «Sachsenspiegel» (Espejo de Sajonia, 1230), y el «Schwabenspiegel» (Espejo de Suabia, 1275) de modo concordante: «Aquel carro que primero llegue al puente, debe cruzarlo primero, sea que vaya cargado o vacío.» A continuación se dice la sentencia proverbial: «Quien primero llegue al molino, debe moler primero» (Wer zuerst kommt, mahlt zuerst).

La forma abreviada «Wer eher kommt, mahlt eher» se ha difundido en casi todos los idiomas europeos. En latín (por ej., con Erasmo de Rotterdam) se lee: «Qui primus venerit, primus molet» o «Primus veniens primus molet»; en inglés, «Who first comes to the mill, first grinds»; en francés, «Le premier au moulin engrène»; más breve «premier venu, premier moulu»; en italiano, «Chi primo arriva» (o «chi è primo al mulino) prima macina» (2).

El origen jurídico consuetudinario de la regla de prioridad está conectado con la actividad de los molinos (un sector importante de la historia técnica y económica) (3), y precisamente con el desarrollo de los molinos públicos, que trabajaban mucho más racionalmente que los privados más pequeños y manipulados aún manualmente. Todos los agricultores de una o más aldeas como productores de grano eran reunidos por la superioridad en un grupo de usuarios de los llamados molinos obligatorios. La reglamentación del uso según el tiempo de llegada al molino significa que no debían existir ni privilegios ni

(2) Con respecto a un tratamiento más detallado de los refranes jurídicos citados, véanse Sven B. Ek, «Den som kommer först till kvarnen får först mala», en *Scripta Minora Regiae Societ. Human. Litt.* (Lund 1963-64 Nr. 1; sueco, con resumen alemán, pp. 60 y ss.); A. Foth, «Gelehrtes römisch-kanon. Recht in deutschen Rechtssprüchwörtern» (Tübingen, 1971), pp. 6, 186 y ss.; L. Röhrich, «Lexikon der sprichwörtlichen Redensarten (1973/1979), s. v. «mahlen»; Berger, «First in time is first in right», *Nebraska Law Review*, 64, 1985, pp. 349-388.

(3) Comp. A.-M. Dubler, *Müller und Mühlen im alten Staat Luzern* (München, 1978); W. Kleeberg, «Niedersächsische Mühlengeschichte (Hannover, 1978); Werkmüller, art. Mühlen(recht), in Erlert/Kaufmann, «Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (=HRG)» vol. III (1980), pp. 716 y ss.; Schempf, «Rechtsgeschichte und Volkskunde der Salzburger Mühlen», en Carlen, «Forschungen zur Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde» vol. 7 (Zürich, 1985), pp. 93-105.

preinscripciones, sino que todo el mundo tenía que esperar hasta que le tocara el turno. Según las ordenanzas de los molinos del siglo XVII el personal de servicio (maestros y mozos) debían jurar que nadie sería preferido sino que permitirían moler al que primero llegara. Esta previsión era necesaria porque muchos clientes intentaban con propinas procurarse preferencias.

En cuanto a los últimos sólo necesitan paciencia para ver realizado finalmente su derecho puede exigírseles que esperen. Si bien «el que espera desespera», puede contentársele con la esperanza de que el turno riguroso hará bueno el proverbio «nunca es tarde si la dicha es buena». La preferencia del primero es en esta medida sólo una norma de procedimiento, que sirve a la paz en la comunidad. En el Derecho de Transportes actual los ferrocarriles están obligados a expedir las mercancías según el orden de recepción. En el servicio de Teléfonos a través de operadora las conferencias deben igualmente ser conectadas según su orden. Este principio de orden significa al mismo tiempo un tratamiento igual a los iguales, que es una exigencia fundamental de la justicia.

3. Sin embargo, en tanto la cantidad disponible es limitada, se modifica la función del principio de prioridad: «Quien primero viene, primero tiene». Los últimos o bien no obtienen nada o solamente el resto. Quien no llega a su debido tiempo, que mire lo que quede. En alemán: «Wer nicht kommt zur rechten Zeit, der muss sehn, was übrig bleibt». En latín: «Iura vigilantibus, tarde venientibus ossa» (4); esto es, los diligentes obtienen su derecho, los perezosos sólo se llevan los huesos. También se puede decir: «A los últimos les muerden los perros». El que llega el último a la posada, debe contentarse con el peor sitio. Esto es en italiano: «Chi arriva l'ultimo, male alloggia». Para entrar en lugares públicos sin localidades reservadas, por ej., trenes o espectáculos, se observa cotidianamente el mismo principio. De acuerdo con la última reforma del Código de Circulación alemán federal tiene prioridad para aparcar aquel automóvil que haya llegado en primer lugar al hueco de aparcamiento.

En una enciclopedia jurídica alemana del año 1927, bajo la voz «prioridad» se puede leer, que tal principio pertenecería a los derechos más primitivos. Estaría estrechamente emparentado al todavía más primitivo y por otra parte esencialmente más brutal, derecho del más fuerte, porque pondría el acento sólo en el tiempo, sin considerar medidas de valor culturales para la atribución del mejor derecho (5).

(4) Comp. Dig. 42, 8, 22; Roland/Boyer, «Locutions latines et adages du droit français» (Lyon, 1978), vol. II, 1, pp. 437 y ss.; también II, 2, pp. 291 y ss.: *prior tempore...*

(5) Elster, art. «Prioritätsrechte», en Elster/Bondi, «Handwörterbuch der Rechtswissenschaft», vol. IV, 1927, pp. 581 y ss.

Contra ello hay que hacer la siguiente crítica: la calificación de regla primitiva sólo puede valer si se entiende como un axioma, esto es, no necesitado de ulterior fundamentación. Por el contrario, el principio de prioridad no puede ser comparado con el derecho del más fuerte, porque éste no es de justicia, sino que a menudo conduce a violencia. El derecho del más *diligente*, en cambio, produce para el mismo una posición jurídica inatacable: si alguien más poderoso quisiera despojarle con violencia (por ej., de un asiento ocupado por él anteriormente), cometería un injusto.

II. FUNCIONES JURIDICAS DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD

La posición del más rápido es así, por una parte, una posición *relativamente mejor* en comparación con la de los posteriores, y, por otra parte, incluso fundamenta un derecho *exclusivo* que aparta a los ulteriores. Esto supone una eficacia de jerarquía del rango y frente a ella, una eficacia de cierre (o de exclusión). El efecto es la mera determinación del rango, en los casos en los que varios derechos pueden existir al mismo tiempo sobre la misma cosa, como los derechos reales limitados. En otro caso, el efecto es la exclusión.

1. Efectos excluyentes se dan ante todo en la apropiación u ocupación de cosas *nullius* (esp. en caza y pesca). «*Res nullius* (o res derelicta) *cedit primo occupanti*» (6). Ya el poeta romano Plauto en una de sus comedias decía: «El botín se lo lleva el que lo coja primero»: *Abducet praedam, qui occurrit prior*, o como lo dirían los ingleses: «The foremost dog catches the hare», el galgo que más corra, coge la liebre. Según el parágrafo 958 del BGB, igual que en el Código Civil el artículo 610, quien primero toma la posesión de una cosa sin dueño adquiere la propiedad. Lo mismo sucede en el hallazgo del tesoro o en el rescate de buques hundidos. La adquisición originaria natural de la propiedad del primer ocupante es ciertamente una de las normas más antiguas, que ya en la más nebulosa prehistoria fue observada, incluso antes de que la humanidad fuera sedentaria (7).

En que *momento* uno de los cazadores o balleneros concurrentes ha adquirido la posesión, puede ser en el caso concreto una difícil cuestión. En la caza de ballenas los tribunales de Norteamérica deciden según el principio del primer hierro o primer arpón: quién por primera vez ha alcanzado a la ballena, se la puede apropiar, incluso aun-

(6) Comp. Dig. 41, 1, 3 pr. (Gaius) y 31, 4 (Pomponius).

(7) Esto es así para los casos de caza individual. No obstante, por lo que respecta a la caza en común, ya los pueblos salvajes gozaban de reglas de partición bien definidas; véase Wesel, «Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften» (1985), s. v. «Jagdbeute, Verteilung».

que el cabo se rompa o se suelte el bote, siempre que la ballena sea perseguida sin retraso (8).

En el caso del «Tubantia» del año 1923 (9), una tripulación de cinco hombres, entre ellos dos buzos, trabajó durante meses en el Mar del Norte para recuperar la carga del mercante «Tubantia» hundido en la Primera Guerra Mundial. Los demandantes marcaron la zona mediante boyas o cabos, abrieron boquetes en el casco del barco que yacía sobre un costado, e izaron incluso algunas partes de la carga. Meses después de súbito concurren con ellos, los demandados, con el poderoso y bien armado remolcador «Semper paratus» (es decir «siempre listo») y además con motoras y redes de arrastre. Perturbaban a los demandantes con la intención de rescatar ellos mismos el buque y su carga.

El Tribunal británico competente estimó la demanda y les concedió la posesión del navío. Con ello no se estimó el derecho del más fuerte, concretamente del más poderoso económicamente y que disponía de mejores medios técnicos, sino el derecho del más diligente.

2. A veces el principio de prevención se formaliza en el sentido de que no se concede el derecho al primer descubridor o inventor, sino a aquél que primero solicita su inscripción (10). Por ejemplo, la Ley alemana de patentes de 1981 dispone: si varios han realizado, independientemente unos de otros, un invento, le corresponde la patente al que primero solicite su inscripción. (Sería el caso del invento de la lámpara incandescente por el germano-americano *Heinrich Goebel*, 1854, mucho antes de su segundo desarrollo por quien tuviera más éxito *Th. Alva Edison*, 1879). Un inventor eventualmente anterior puede dentro de un plazo determinado contradecir dicha solicitud, o en su caso obtener la cesión de la pretensión a la patente (es la llamada reivindicación de la patente, parágrafos 7 II y 8 de la Ley de patentes). Prioridad material (o sustantiva) y preferencia de la presentación están en este caso combinadas entre sí de un modo lleno de sentido. El solicitante obtiene ya una expectativa protegida relativamente respecto a la concesión de un derecho de exclusión.

3. La concesión de derechos para la explotación de *minas* se regía desde hace mucho tiempo también por el principio de prioridad, formulado en un antiguo proverbio alemán «Der erste Finder ist auch der erste Muter» (11). Sin embargo, recientemente en 1980 ha sido abandonado por la nueva Ley federal de minas. En caso de pluralidad

(8) Véase para ello y para lo siguiente Kegel, «Von wilden Tieren, zerstreuten Leuten und versunkenen Schiffen», en *Festschrift von Caemmerer* (1978), pp. 149, 156.

(9) Kegel, pp. 162 y ss.

(10) Para el Derecho español, comp. J. M. a Chico y Ortiz, «La prioridad formal y la sustantiva», *Estudios jurídicos* en homenaje a Tirso Carretero (1985), pp. 641 y ss.

de solicitantes debe ser preferida aquella empresa que ofrezca la mejor garantía de explotación racional y conveniente. Para juzgar estos requisitos la Administración tiene un amplio poder discrecional. La nueva regulación fue introducida por iniciativa de las empresas mineras, bajo la consideración de las enormes inversiones de capital necesarias (en especial en el caso de los hidrocarburos).

4. A diferencia del Código Civil español contiene el BGB varios parágrafos sobre la pública recompensa (*Auslobung*, §§ 657 y ss.). Por ejemplo, se ofrece un millón al inventor de un remedio contra el cáncer. Si la actividad en cuestión se cumple *varias veces* (el medicamento se produce por varios) le corresponde la recompensa al que primero lo realizó. No es relevante el momento en que se exija la recompensa. En caso de simultaneidad se produce un reparto; si es indivisible la recompensa, decide la suerte.

III. DETERMINACION DEL RANGO SEGUN LA PRIORIDAD

1. En caso de pluralidad de hipotecas sobre una misma cosa rigió ya en el Derecho romano la regla *prior tempore potior iure*, correspondiente a *praevalet iure qui praevenit tempore*. El primero en el tiempo es el más fuerte en el derecho (así lo repite el emperador Caracalla varias veces en el Código de Justiniano 8, 17, 2 y 3; en el año 212 d. J.). «El primero en hipotecar es el primero en cobrar», o «las cédulas más antiguas van por delante» (12). Igualmente en francés «Premier en date, premier en droit», «primero en fecha, primero en derecho».

La preferencia del derecho más antiguo aparece como consecuencia necesaria del axioma, según el que nadie puede transmitir más derechos de los que el mismo tiene. *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. Un propietario no puede disponer ulteriormente del valor y del contenido de un derecho, una vez agotados por un gravamen o carga anterior. Nadie puede verter de un cántaro más agua de la que contiene. De la misma manera tampoco se puede comer totalmente un pastel y al mismo tiempo mantenerlo en la mano. Solamente se hace una excepción en favor del adquirente de buena fe, en conexión con la protección del tráfico. En la medida en que se admite una adquisición *a non domino* de la propiedad, debe también consecuentemente admitirse una adquisición del rango preferente. No son auténticas excepciones del principio *nemo plus iuris*, pues a la ventaja del

(11) «Mutung» = arcaísmo equivalente al derecho de explotación minera. Comp. Eisenhart, «Grundsätze der deutschen Rechte in Sprichwörtern» (2.^o ed., Leipzig, 1792), pp. 220 y ss.

(12) «Die ältesten Briefe gehen vor», Eisenhart, *loc. cit.*, pp. 323 y ss.

adquirente de buena fe se opone necesariamente una correspondiente pérdida por el hasta entonces titular del derecho.

2. En el Derecho romano, la admisibilidad de varias hipotecas sobre una cosa se desarrolló sólo paulatinamente. En la etapa de la *fiducia* estaba excluida la posibilidad de transmitir varias veces la propiedad de una misma cosa en garantía. Sólo para el caso de extinción (por pago) podía un segundo fiduciario adquirir ya anticipadamente una propiedad sometida a condición suspensiva. Este fue también el punto de partida en al hipoteca. Aparte de ello se podía pignorar para el caso de venta de la cosa hipotecada la cantidad sobrante (*superfluum, hyperocha*) a un segundo acreedor también anticipadamente. La constitución *pura* de una segunda hipoteca como etapa final de la evolución, se presenta en el Digesto sólo a partir de Marcelo en el siglo segundo d. J. (13).

El Código Civil alemán (fundamentalmente por razones doctrinales) permite sólo una prenda con desplazamiento de la posesión (Faustpfand) de cosas muebles e impide la hipoteca mobiliaria. Por ello la transmisión de seguridad (Sicherungsübereignung) que ha alcanzado tipicidad en el tráfico, ha arrinconado a la prenda, regulada por la ley. Las instituciones de crédito han vuelto a la antigua propiedad fiduciaria, esto es a la *fiducia*; lo que Mayer-Maly ha llamado «el retorno de las figuras jurídicas» («Wiederkehr von Rechtsfiguren») (14). En la práctica es frecuente también el pacto de una propiedad fiduciaria de segundo rango. Como construcción jurídica sólo es posible como un derecho suspensivamente condicionado para el caso de que la primera propiedad fiduciaria se extinga. Lo dicho se aplica sobre todo a mercancías almacenadas, maquinaria y vehículos, de cuya posesión el deudor no puede privarse. No hay ningún registro de garantías reales mobiliarias, ni de ganado (como en Suiza), ni de automóviles, pero sí de aviones y de buques. La prenda clásica regulada por el BGB (Faustpfand) sólo se aplica en realidad a joyas y títulos valores. Sólo en estos casos se da la elegante solución de gravámenes simultáneos ordenados jerárquicamente por su rango.

3. En el caso de los *inmuebles* la regla es en la práctica la pluralidad de gravámenes. Una sola hipoteca regularmente no alcanza a cubrir la necesidad total de crédito (especialmente por el constante

(13) Dig. 44, 2, 19. En relación con lo expuesto, véase Kaser, «Das römische Privatrecht (=RP)», vol. I, 2.ª ed. (1971), p. 467, en especial su recensión en la «Savigny-Zeitschrift», 78 (1961) pp. 462 y ss. de J. Miguel, «El rango hipotecario en el Derecho romano», AHDE, 29 (1959), pp. 229-316, y S. Tondo, «Convalida del pegno e concorso di pegni successivi» (Milano, 1959); además, A. Biscardi, «Temas de Derecho romano» (Barcelona, 1987), pp. 57 y ss. Para la prueba de la prioridad en casos de concurso de varios acreedores pignoraticios, véase Wacke, «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 37 (1969) pp. 369 y ss.

(14) Mayer-Maly, «Juristenzeitung», 1971, pp. 1-3.

aumento del precio del suelo y costes de la construcción). La disminución de la seguridad por razón del rango decreciente conduce a las instituciones de crédito a establecer determinados límites a los préstamos, y al mismo tiempo a condiciones más duras para las hipotecas de segundo o ulterior rango, concretamente un tipo de interés más alto como compensación del riesgo. En consideración a la amplia difusión del crédito inmobiliario que alcanza muchos miles de millones, y que supera ampliamente en seguridad a otras formas de garantía, nunca se sobreestimaré la importancia práctica de una ordenación fiable del rango en los derechos inmobiliarios.

El Registro inmobiliario alemán está técnicamente muy perfeccionado. En el ámbito internacional, la seguridad que proporciona no es superada por ningún otro país (15). Sus principios básicos, como es sabido, son: inscripción constitutiva, publicidad, fe pública, *numerus clausus* y especialidad, así como abstracción del negocio dispositivo. Tienen su origen en las destacadas aportaciones de la legislación hipotecaria de Prusia desde el siglo XVII. Esta evolución tuvo lugar totalmente fuera de la Pandectística del Derecho romano-común, que descuidó completamente el principio de la publicidad y no para bien del tráfico jurídico.

Los derechos sobre inmuebles se constituyen según el parágrafo 873 del BGB por acuerdo real e inscripción en el Registro. A causa de la eficacia constitutiva de la inscripción, la sucesión de inscripciones en el folio registral según el parágrafo 879 del BGB determina también el rango de los diversos derechos.

El momento de la presentación no influye necesariamente en el rango, porque el registrador debe comprobar previamente los presupuestos de la inscripción. Las normas reglamentarias del procedimiento registral velan, sin embargo, para que corresponda normalmente la prioridad en la presentación a la prioridad en el rango (tal como disponer el parágrafo 45 de la Ordenanza del registro, Grundbuchordnung): Día, hora y minuto de la presentación de la solicitud deben precisarse exactamente. No se debe inscribir una posterior solicitud de inscripción antes de otra solicitada previamente. En caso de contravención de esta regla la ulterior solicitud obtiene, no obstante, prioridad de rango. Pues el rango decisivo lo determina finalmente el orden sucesivo de las inscripciones, y no el de las solicitudes. Una contravención culposa del orden de inscripción de las solicitudes sólo tiene como consecuencia la indemnización de los daños y perjuicios.

(15) Con respecto al desarrollo histórico de los distintos sistemas de registros inmobiliarios y para su comparación, véase Wacke en «Münchener Kommentar zum, BGB», vol. IV (Sachenrecht), 2.ª ed., 1986, pp. 108 y ss.; A. Pau Pedrón, «Elementos de Derecho hipotecario» (Madrid, 1983), pp. 25 y ss.

Todo asiento de inscripción debe autorizarse con dos firmas de funcionarios registrales. En caso de falta de una de estas firmas en alguna inscripción, la posterior correctamente practicada (es decir, con dos firmas), adquiere prioridad de rango. La subsanación ulterior del defecto de firma de una inscripción no puede hacer retroceder el rango de un derecho inscrito correctamente en el tiempo intermedio. La ulterior firma produce una inexactitud registral en cuanto al rango. Esta apariencia jurídica únicamente puede tener como efecto la protección de un tercero adquirente de buena fe.

4. *Créditos futuros o condicionales* pueden ser garantizados antes de su nacimiento mediante prenda o hipoteca (16). El rango del derecho real de garantía se determina entonces por el momento de su constitución, y no por el del vencimiento o exigibilidad de la deuda. Lo mismo sucedía ya en el Derecho romano; pero no, cuando el nacimiento de la obligación dependía de la voluntad del deudor (17). Para estos últimos casos tampoco concede el vigente Derecho alemán la posibilidad de una anotación preventiva. La razón de ello consiste en que el acreedor no necesita protección frente a los restantes acreedores concurrentes, en tanto él no goce de protección frente al arbitrio de su propio deudor.

5. En la *ejecución* del patrimonio del deudor el principio de prioridad encuentra su expresión más visible en el embargo. La colocación de sellos para precintar por el agente judicial decide sobre la prioridad en la satisfacción del crédito. Esto regía ya en el Derecho romano en la prenda judicial (*pignus in causa iudicati captum*) (19). La consecuencia de esta regla, concretamente que el acreedor posterior en el embargo frecuentemente quede con las manos vacías ha sido atacada vehementemente en la reciente doctrina alemana (20). Según el Derecho suizo todos los acreedores que se sumen al embargo dentro de los treinta días siguientes obtienen el derecho a ser satisfechos en pie de igualdad. Un proyecto de reforma alemán de 1931 (que no llegó a ser ley) pretendía reunir todos los embargos que tuvieran lugar en un período de diez días, para satisfacer los créditos por cuotas proporcionales.

(16) BGB párrafos 1113 y 1204 (apart. 2); también para la fianza y la anotación provisional (Vormerkung), párrafos 765 y 883.

(17) Kaser, «Savigny-Zeitschrift» (*supra*, n.º 13), p. 472.

(18) Wacke, en «Münchener Kommentar» (n.º 15), párrafo 883, núm. marg., 22 y ss.; comp. párrafo 1113, núm. marg., pp. 49 y ss.

(19) Ulpianus, D. 20, 4, 10; Litewski, «Studia et documenta historiae et iuris», 40 (1974), pp. 274 y ss.

(20) P. Schlosser, «Zeitschrift für Zivilprozess», 97 (1984), pp. 121-138. En su opinión, el principio de prioridad contraviene incluso el principio de igualdad de la Ley fundamental de Bonn (art. 3). La opinión dominante es contraria a esto; véanse los tratados sobre la ejecución forzosa («Zwangsvollstreckungs und Konkursrecht») de Jauernig, 17.ª ed. (1985), § 16, IV, y Baur/Stürner, 11.ª ed. (1983), núm. marg. 438, 481. Compruébese la literatura antigua en Fragistas, *supra*, n.º 1.

En el caso concreto puede aparecer como ciertamente injusto, que obtenga preferencia el acreedor más rápido y menos considerado frente al paciente e indulgente. La corta diferencia de tiempo a menudo proporciona una ventaja debida al azar. El orden temporal es un punto de vista solamente formal. Tal medida abstracta es por lo demás, fácil de manejar. Son decisivas en su favor sus ventajas prácticas, así como, sobre todo, el paralelismo con las garantías reales constituidas *negocialmente* que el legislador conscientemente tomó como modelo. A la esencia del derecho real que es eficaz frente a todos, pertenece que su posición en el rango no puede otorgarse otra vez; tampoco puede empeorarse porque un segundo acreedor se añada después al primer embargo.

6. La inversión del principio de prioridad, en principio de *posterioridad* la encontramos en los Derechos de transporte y marítimo. Si existen varios derechos de prenda legales sobre la misma mercancía transportada, tiene preferencia el último (parágrafo 443 del Handelsgesetzbuch, Código de Comercio alemán). Aquí se aplica el proverbio bíblico: «Los últimos serán los primeros». En francés *Antoine Loysel* decía: «Les plus vieux titres ne sont pas toujours les meilleurs» (21). La razón está en el principio del mayor valor (22). A lo largo del transporte, la mercancía se hace tanto más valiosa cuanto más se acerque al destino. Debe protegerse más a aquél por cuya actividad el bien alcance su mayor valor. Quien sepa que su garantía será preferida a las anteriores puede aceptar tranquilamente la mercancía para transportarla ulteriormente. El privilegio del rango del último porteador ofrece de este modo un estímulo para el ulterior transporte, sin que dependa de su buena fe, esto es, de la ignorancia de eventuales derechos anteriores.

Las ventajas económicas del principio de posterioridad son evidentes en el salvamento de buques y rescate de mercancías en caso de naufragio o avería. El fomento del socorro sería escaso, si los créditos por el salvamento tuvieran que ser postergados a los gravámenes ya existentes sobre el buque y su carga, que por razón del siniestro han perdido ya gran parte de su valor. Todos los acreedores serán satisfechos en el orden *inverso* del nacimiento de sus créditos. Incluso, serán preferidos a las hipotecas navales (cuya seguridad por consiguiente ponen en peligro). A causa de ser un gasto que aumenta el valor de la cosa la preferencia por tal importe no puede considerarse como un ataque a los intereses de los anteriores titulares, porque sin tal inversión o gasto los anteriores habrían obtenido menos o nada en absolu-

(21) Roland/Boyer, (*supra*, nt. 4), p. 67.

(22) Hugo Emmerich, «Pfandrechtskonkurrenzen» (Berlin, 1909), pp. 76, 78 ss.

to. Esta idea es la misma que inspira al art. 1927, n.º 3 del Código Civil español para los créditos refaccionarios, que en cambio no tiene paralelo en el BGB.

Los juristas romanos de la época clásica tardía, ya habían desarrollado esta valoración de intereses digna de aplauso. Así enseñaba Ulpiano Dig. 20, 4, 5-6: «A veces precede un acreedor posterior a otro anterior; así, si el crédito del segundo se ha aplicado a la conservación de la cosa pignorada (*si in rem istam conservandam impensum est*). Por ejemplo, si concedo un préstamo para armar o reparar un buque ya pignorado. Este préstamo sirve concretamente para la conservación de toda la cosa (*salvam fecit totius pignoris causam*)» (23).

El caso nos enseña dos cosas: primero, que los juristas romanos no se sentían esclavizados por el carácter supuestamente ineludible del axioma *nemo plus iuris...* Mas bien lo pasaban por alto, cuando los intereses predominantes así lo exigieran. Segundo, con ello los romanos penetraron en un terreno resbaladizo con este privilegio por razón de *versio in rem* (24). A este primer abandono del principio de prioridad siguieron ulteriores privilegios (en especial del *fiscus*) (25), y con todo ello la seguridad jurídica de las garantías fue más dañada que beneficiada.

IV. LIMITES DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD

1. El campo de aplicación principal del principio de prioridad, como ya vimos es el Derecho de cosas. La adquisición de la propiedad del primer ocupante fue seguramente ya una costumbre arraigada en las primitivas sociedades de cazadores y recolectores. Una eficacia ordenadora del rango desarrolló la prioridad sólo en un momento muy tardío, cuando se reconoció la existencia simultánea de varios derechos reales limitados sobre una cosa.

2. Entre derechos de *crédito* concurrentes no existe una ordenación del rango. Entre varias pretensiones a la misma cosa no hay ninguna preferencia por antigüedad. En la doble venta de una misma cosa el vigente Derecho alemán no conoce una preferencia del primer comprador. Tal mejor derecho a la cosa (*ius ad rem*) que todavía no es

(23) R. Mentxaka, «La pignoración de colectividades en el Derecho romano» (Bilbao, 1986), pp. 270-273 (también ad D. 20, 4, 6, 1).

(24) Dernburg, «Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts», vol. II (Leipzig, 1864), p. 427.

(25) Para los singulares privilegios (por *versio in rem*, del fisco, de la dote, del pupilo), en *Derecho romano*, véase Wieling, «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 56 (1988), pp. 279-298.

un derecho real (*ius in re*) existió parcialmente en la Historia del Derecho (26).

En el sistema feudal el primer investido gozó de preferencia frente a los posteriores, del mismo modo que en el Derecho canónico. La doctrina del Derecho privado aplicó la misma idea a los casos de doble venta. «La primera compra es la mejor», «Der erste Kauf ist der beste», así suena un antiguo proverbio alemán (27). El BGB rechaza, sin embargo, la figura del *ius ad rem* como equívoca situación intermedia entre el derecho real y la pretensión obligatoria.

El BGB conscientemente no contiene, por el contrario que leyes anteriores, ninguna regla que otorgue entre varios acreedores la preferencia al más antiguo, al que primero demande, u obtenga una sentencia a su favor. Sólo el cumplimiento de una pretensión excluye a los otros acreedores. Los restantes sólo pueden reclamar al deudor indemnización por daños y perjuicios. Contra el *accipiens* de la prestación no pueden accionar los anteriores acreedores, ni siquiera aunque el *accipiens* conociera que recibía una prestación debida a otro (de modo distinto al Código Prusiano (28) y al Código español, art. 1473). Sólo en raros casos de una colusión para incumplir el contrato contraria a las buenas costumbres se puede accionar extracontractualmente contra el *accipiens* sobre la base del parágrafo 826 del BGB (*actio de dolo*). En otros casos, por ejemplo, arrendamiento o comodato, decide no la prioridad en la conclusión del negocio, sino la entrega de la cosa. En esa medida rige *melior est condicio possidentis*. La Exposición de Motivos del BGB no ofrece duda: «El deudor no puede excusarse frente al acreedor por estar obligado por otros contratos más antiguos o recientes... La competencia en el cumplimiento es libre, y ningún acreedor debe tomar en consideración a los demás» (29).

En la doble venta obtiene la cosa aquel comprador que obtenga antes en la vía de la protección sumaria una prohibición judicial de disponer o en inmuebles una anotación preventiva (parágrafos 136 ó 883, respectivamente, del BGB). El rango entre varias anotaciones preventivas se rige por el orden de su fecha y no por la antigüedad de los créditos anotados.

Un caso especial del principio de prioridad lo encontramos en el *doble seguro*, esto es, cuando el mismo riesgo es asegurado por dife-

(26) Ogris, art. *Ius ad rem*, HRG (*supra*, n.º 3), II, pp. 490 y ss.; Hofmeister, «Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbes» (Wien, 1977), pp. 83 y ss., *passim*.

(27) E. Graf/M. Dietherr, «Deutsche Rechtssprichwörter», (1969, reimpr., 1975), 281, n.º 332 y ss.

(28) «Allgemeines Landrecht», de 1794, parte I, tit. 10, parágrafo 25; parte I, tit. 19, parágrafos 5 y 6.

(29) Mugdan, «Die gesammten Materialien zum BGB», vol. I (Berlín, 1899), pp. 505 y ss. Acerca de la colisión de derechos de crédito, véanse las monografías de Boor (1928), y Zachmann (Basel, 1976), «Die Kollision von Forderungsrechten».

rentes compañías de seguros (parágrafo 60 de la Ley de Seguros). Si el asegurado no lo sabe (o el riesgo disminuye posteriormente), entonces puede sin retraso, tan pronto como lo sepa, exigir la extinción del contrato posterior o que se reduzca el capital asegurado. La resolución del segundo contrato se puede justificar en que la posición del primer asegurado no debe ser empeorada porque él no puede impedir la conclusión del segundo contrato. La segunda aseguradora, en cambio, puede informarse requiriendo declaración sobre eventuales seguros ya existentes.

En la revocación de varias *donaciones* por empobrecimiento del donante responderán por restitución los donatarios posteriores antes que los donatarios anteriores (30). Esto tiene su justificación en la presunción que son las donaciones posteriores las que empobrecen al donante.

3. El BGB no contiene, como tampoco el Código español, reglas generales sobre *colisión de derechos*. Se trata de uno de los típicos temas de la parte general de la Pandectística del siglo XIX (31) (a pesar de que el Derecho romano tampoco las conoció).

La colisión que aquí tratamos entre derechos privados subjetivos fue a menudo confundida con el conflicto de normas del Derecho objetivo. Entre normas contradictorias prevalece inversamente la posterior a la anterior (*lex posterior derogat legi priori*). Igualmente decide entre las mismas personas el último contrato entre varios («Der jüngste Handel hebt die früheren auf», «vale la última palabra», comp. art. 1204 del Código Civil). Esto rige especialmente también entre varios testamentos. Allí suena la regla: *Cum duo inter se pugnantia reperiuntur in testamento ultimum ratum est*.

4. Preferencia del más antiguo, o en ocasiones (según las circunstancias) del más reciente, o decisión por la suerte, así como finalmente la mencionada regla *melior est condicio possidentis*, son las imaginables soluciones de las colisiones de derechos (en tanto no pueda aceptarse una división).

La preferencia del más antiguo la encontramos en la máxima francesa «Ancienneté a autorité» (32). El reparto de tareas según el turno de la antigüedad (por ejemplo, en una Facultad universitaria) es un

(30) BGB, parágrafo 528, apart. 2; ABGB austriaco, parágrafo 947; «Allgemeines Landrecht prusiano», parte I, tit. 11, parágrafo 1128; cfr. «Código Civil español», art. 656; Stanzl, «Kommentar zum österr. ABGB», ad § 947.

(31) Windscheid, «Lehrbuch des Pandektenrechts», 9.ª ed. por Kipp (1906), vol. I, parágrafo 121; importante es von Tuhr, «Der Allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts», vol. II (1918, reimpr. 1957), parágrafo 94. Para el Derecho antiguo Kaser, RP (*supra*, n.º 13), p. 222; espec. Biscardi, «Il dogma della collisione alla luce del diritto romano» (1935), para esto la recensión de K. Heldrich, «Savigny-Zeitschrift», 58 (1938), pp. 418 y ss.

(32) Roland/Boyer (*supra*, n.º 4), II, 1, pp. 65 y ss.

procedimiento pacífico. En un colegio profesional las votaciones siguen hoy el orden inverso: «Der jüngste stimmt zuerst», «El más joven vota primero» (33). El derecho a votar primero del juez más joven surgió precisamente como contrapeso frente a la autoridad del más viejo dentro de un tribunal en el tiempo de la Ilustración como postulado de la libertad e igualdad. El orden creciente por edad en la votación a mano alzada (esto es, no secreta) debía garantizar la independencia del voto del más joven. Los jóvenes deben emitir sus votos libres y sin influencia de la autoridad de los mayores en rango y dignidad. Su voto obtiene así más fuerza propia y ejerce un efecto más democrático que el orientado autoritariamente por los mayores.

5. Finalmente destacaremos un caso curioso. El principio de antigüedad (Anciennitätsprinzip) rige sin duda con la mayor importancia en la preferencia del *primer nacido* para la sucesión (por ej., en una explotación agraria) y también en la primogenitura en los estados monárquicos (art. 57 de la Constitución española). Especiales dificultades se presentan en el caso de los *partos dobles*. El BGB no contiene para este caso particular ninguna disposición. Por eso un jurista alemán vería como un biólogo aquí dos embarazos *uno actu*, y reconocería a los gemelos los mismos derechos. La pequeña diferencia de tiempo en un parto doble no merece tomarse en cuenta. El artículo 31 del Código Civil, sin embargo, considera primogénito al primer nacido. En épocas anteriores, por el escaso conocimiento sobre la concepción se decidía, para asombro nuestro, a veces al revés. La primogenitura no se le reconocía al primer nacido, sino al último, porque se creía que había sido concebido primero (34). Esto se basaba en la ingenua idea de que el último en salir debía ser el primero en entrar. Como en un horno los últimos panes introducidos deben sacarse primero. Del mismo modo, en los transportes colectivos abarrotados, el último en subir tiene que salir primero. Así disponía efectivamente una antigua ordenanza de carga de buques en Bremen: «El que embarque el último, desembarca el primero». El inglés comercial conoce la voz *lifo*, es decir, «last in, first out», pero en la reglamentación de almacenamientos es preferible el principio opuesto *fifo* = «first in, first out». En todo caso, recuérdense las palabras bíblicas: «Los primeros serán los últimos, y los últimos serán los primeros» o también, en su versión: «Los últimos de hoy serán los primeros de mañana».

El juez que tuviera que decidir un caso de doble parto, antiguamente se encontraba entonces en una situación delicada. A veces se resolvían casos tan intrincados por la suerte, sometiéndose, por tanto,

(33) Gerichtsverfassungsgesetz (Ordenamiento de la constitución de los Tribunales), § 197; Wacke, en «Juristische Arbeitsblätter», 1981, p. 176.

(34) Azzariti, Art. «Parto plurimo», Novissimo Digesto italiano XII (Torino, 1965), pp. 542 y ss; «Nouveau Larousse illustré» (París, s.a., ca. 1910), art. Jumeau.

al destino (35). O, siguiendo un criterio patriarcal, en caso de diferente sexo, se concedía la preferencia al varón. La parte que de un modo u otro al final consigue su derecho puede decirse con gozo: «Quien ríe el último, ríe mejor».

ZUSAMMENFASSUNG

Der Autor betrachtet den Ursprung des Prioritätsprinzips im antiken römischen und mittelalterlichen deutschen Recht, sodann dessen Anwendungsfälle in den unterschiedlichsten Lebensbereichen. Bei den Wirkungen des Prioritätsprinzips unterscheidet er die ausschließende Wirkung bei Ausschließlichkeitsrechten (z.B. beim Schatzfund, bei der Aneignung von herrenlosen Sachen) von der rangordnenden Wirkung an beschränkt dinglichen Rechten, insbesondere im deutschen Grundbuchwesen und beim Pfändungspfandrecht. Die materielle Priorität (z. B. einer Erfindung) ist überdies zu unterscheiden von der formellen Priorität ihrer Anmeldung. Die Grenzen des Prioritätsprinzips zeigen sich bei miteinander kollidierenden Forderungsrechten, wo es keine Anwendung findet. Die Umkehrung als Posterioritätsprinzip begegnet aus wohlüberlegten Gründen (der Wertsteigerung bzw. *versio in rem*) bei den Pfandrechten im Transportrecht. Den Schluß bildet ein Ausblick auf das Anciennitätsprinzip, das im Gegensatz steht zum Erststimmrecht des jüngsten Richters, sowie auf die Regelung der Zwillingengeburt.

RESUME

L'auteur considère l'origine du principe de priorité dans le droit romain antique et dans le droit allemand médiéval, puis les cas de son application dans les sphères de vie les plus différentes. A l'égard des effets du principe de priorité, l'auteur discerne son effet exclusif en cas de droits d'exclusivité (par ex. la découverte d'un trésor et l'appropriation des biens sans possesseurs) de sa fonction ordonnant le rang des droits réels limités, particulièrement dans l'ensemble des règles juridiques relatives au registre foncier et dans le droit de gage résultant de la saisie. De plus, la priorité matérielle (d'une invention par ex.) doit être discernée de la priorité formelle de sa notification. Les limites du principe de priorité sont visibles en cas de la collision des droits de créance, où ce principe n'est pas appliqué. L'inversion, le «principe de postériorité», peut être trouvé dans le droit de gage dans

(35) ALR (*supra*, n.º 28), parte I, tit. 1, parágrafos 14-16.

le domaine du transport. L'auteur conclut par une réflexion sur le principe d'ancienneté, qui représente une opposition au droit de vote en premier du juge le plus jeune, et par les règles de la naissance des jumeaux.

SUMMARY

The author considers the origin of the «principle of priority» in Ancient Roman and Medieval German Law, furthermore its application in diverse spheres of life. With regard to the consequences of the principle of priority, its excluding effect in case of exclusive rights (e.g. treasure trove and appropriation of ownerless objects) is distinguished from its function to establish order of rank, particularly in German land law and with security rights of executing creditors. In addition, «material priority» (e.g. of an invention) must be distinguished from «formal priority» due to registration. The limits of the principle of priority are shown in the case of colliding obligations, where it is inapplicable. The opposite «principle of posterity» can be found for reasons of value augmentation with transportation liens. The essay is concluded by a survey of the «principle of anciennity», which is contrary to the youngest judge's right to vote first, and of rules concerning the birth of twins.