

La formación del concepto de subrogación real

SUMARIO: I. *El principio general de la subrogación real en el Derecho Romano clásico*: A) La herencia: la acción de petición de herencia. B) La dote. C) El peculio. D) El patrimonio: la prenda general sobre todos los bienes. E) De las restituciones por entero: la *actio quod metus causa*. F) El fideicomiso de residuo. G) La *taberna*: el *pignus tabernae*. H) El rebaño: el usufructo del rebaño. I) Conclusión.—II. *La subrogación real en el Derecho Romano justinianeo*.—III. *La subrogación real en el Derecho común: la dogmatización del principio general de la subrogación real por los comentaristas o postglosadores del Derecho Romano*: A) La *universitas* como campo principal de la aplicación de la subrogación real: diferencias entre las *universitas facti et iuris*. B) Formulación por BARTOLO de los tres principios o axiomas que informaron el principio general de subrogación real. C) La subrogación real en las universidades de hecho y de derecho y en las cosas singulares. D) Acogida y discrepancia de las máximas bartolianas por su discípulo BALDO DE UBALDIS. E) La subrogación real según la doctrina del Derecho intermedio e interpretación de la tercera máxima de BARTOLO: *subrogatum sapit naturam subrogati*. F) La subrogación real a través de la jurisprudencia de los siglos XV al XVII y según el cardenal JUAN BAUTISTA DE LUCA. G) El principio general de la subrogación real establecido en los textos legales españoles antes de la Codificación. H) El principio de la subrogación real recogido en el derecho consuetudinario francés, belga y holandés antes de la codificación europea: a) La subrogación real en la permuta. b) La subrogación real en caso de reemplazo de bienes propios. c) La subrogación real en caso de venta de bienes de los menores sujetos a tutela o patria potestad.—IV. *La subrogación real en el Derecho codificado*: A) Teoría clásica: a) Definición de la subrogación real. b) Naturaleza jurídica de la subrogación real. c) Fundamento de la subrogación real. d) Clases de subrogación real. e) ¿Quién puede establecer la subrogación real? f) Efectos de la subrogación real. g) Campo de aplicación de la subrogación real. h) Consideración por la doctrina clásica de las máximas bartolianas. B) Teoría moderna: a) Naturaleza jurídica de la subrogación real. b) Fundamento de la subrogación real. c) Clases de subrogación real. d) Efectos de la subrogación real. C) Teoría contemporánea o realista: a) La subrogación real según H. CAPITANT. b) La subrogación real según JULIEN BONNECASE. c) La subrogación real según ROCA SASTRE. d) La subrogación real según MARC LAURIOL.—V. *Concepto de subrogación real*: A) La subrogación real, principio general de conservación de un derecho a pesar del cambio material de su objeto. B) Elementos y condiciones del principio general de subrogación real. C) Clases de subrogación real. D) Diferencia del principio general de subrogación real con otros principios

y figuras jurídicas indiferentes a la idea de procedencia: a) Accesión y novación. b) La subrogación real y el principio general de enriquecimiento injusto: «acción *in rem verso*» y *condictio*. E) Valor interpretativo de la llamada subrogación real de valor.

I. EL PRINCIPIO GENERAL DE LA SUBROGACION REAL EN EL DERECHO ROMANO CLASICO

No formularon los juristas del Derecho Romano clásico un concepto abstracto y general del principio de subrogación real, si bien se plantearon en la práctica los problemas propios de dicho principio y lo resolvieron sobre la marcha, a través de varias instituciones, pudiéndose extraer de estos planteamientos una teoría de la subrogación real. Por tanto, la base y el fundamento de la subrogación real lo encontramos ya en el Derecho Romano clásico, de donde los comentaristas del Derecho común extrajeron un sistema de principios o axiomas que durante varios siglos fue su única explicación.

Veamos a continuación cómo se planteó en la Roma clásica el problema y cómo lo resolvieron. Empecemos por estudiarlo en la *hereditas* y a través de la *actio hereditatis petitio*.

A) *La herencia: La acción de petición de herencia*

Mucho se ha discutido por la doctrina (1) sobre si fue en el Derecho Romano clásico o en el Derecho justiniano donde, por primera vez, fue considerada la herencia como *universitas* en su verdadero sentido abstracto, de consideración unitaria de un complejo de cosas. Según BARBERO (2),

(1) Domenico BARBERO, *Le Universalità Patrimoniali. Universalità di fatto e di Diritto*, Milán, 1936.

Sistema Istituzionale del Diritto Privato italiano, 4.ª ed., UTET, Milán, 1930, I, págs. 235 y ss.

Pietro BONFANTE, *Le successioni. Parte general*. Roma, 1930, págs. 43 y ss. *Corso de Diritto romano*, II, *La Proprietà*, Parte 1.ª, Milán, 1966.

Francisco MESSINEO, *La herencia y su carácter de universitas iuris*, «Rev. Derecho Civil», 33 (1941), págs. 367 y ss.

Giannetto LONGO, *L'hereditatis petitio*, Padova, Milán, 1933, XI, págs. 67 y ss. y 247.

Rodolfo SOHM, *Instituciones del Derecho privado romano*, Madrid, 1928, páginas 570 y ss. y 585.

P. BONFANTE, *Instituciones del Derecho Romano*, Madrid, 1929, págs. 570 y ss.

Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *La acción de petición de herencia*, «A. D. C.», tomo 12, año 1959, págs. 200 y ss.

ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, Madrid, 1947, págs. 519 y ss.

JORS y KUNKEL, *Derecho privado romano*, Barcelona, 1935, págs. 480 y ss.

(2) Domenico BARBERO, *ob. cit. Le Universalità...*, pág. 259, núm. 64.

no es necesario remontarse a Justiniano para encontrar ya la herencia considerada sustancialmente como *universitas*, empleada ya en sentido propio, para expresar una parte del fenómeno *hereditas*.

En lo que a nosotros nos interesa, el objeto de la acción (de carácter universal) de la petición de herencia, es la herencia como tal, como dice ULPiano: «*quae veniant in hereditatis petitionem*», «*placuit universas res hereditarias in hoc iudicium, venire*». El objeto de la acción son *res hereditarias*, pero no éstas o aquéllas, es decir, no consideradas en su individualidad particular, sino en cuanto forman parte de un complejo que se llama *hereditas*.

No sólo en la acción de petición de herencia, se considera a ésta como *universitas*, sino también en otras relaciones jurídicas, tales como en el caso de venta de herencia y en el legado de herencia. El mismo GAYO, en dos pasajes, hace referencia a la herencia como *universitas*: «*videamus itaque nunc quibus modis per universitatem res nobis adquirantur*» (II, 97) y «*post haec videamus de legatis, quae pars iuris extra propositam quidem materiam videtui; nam loquimur de his figuris, quibus per universitatem res nobis adquiruntur*» (II, 191).

Volviendo nosotros al planteamiento del principio de la subrogación real, éste tuvo lugar en principio en la acción de petición de herencia y fue resuelto por medio del Senadoconsulto Juvenciano en el año 129 d. J. C., siendo Emperador de Roma el divino Adriano.

Dice entre otras cosas el Senadoconsulto Juvenciano (D. 5-3, 22-6) que aquellos a quienes se hubiese pedido la herencia, si contra ellos se hubiese fallado, deben restituir los *precios* que a su poder hubiesen llegado *de los bienes vendidos procedentes de la herencia*, aun cuando aquéllos hubiesen perecido o se hubiesen disminuido antes de pedida la herencia (3).

A partir de esto los juristas romanos clásicos, en sus comentarios al mismo Senadoconsulto, desarrollaron el luego llamado principio de subrogación real por los expositores del Derecho común. A través de estos comentarios iremos viendo cómo se fue formando una verdadera teoría del principio que, por otra parte, no pudo haber sido establecida antes del Derecho Romano clásico, por suponer éste (el principio), como veremos, un gran desarrollo intelectual. Fue para resolver la situación injusta que se producía cuando el heredero, reconocido como tal, reclamaba su herencia, encontrándose a veces con que el poseedor de ella había vendido, consumido, donado o permutado bienes hereditarios, bienes sobre

(3) «*Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, et si eae ante petitam hereditatem deperissent deminutae fuissent, restituere debere.*»

los que el heredero no tenía ningún derecho de persecución, para lo que recurrieron los juristas romanos a la «ficción», que como dicen SAVIGNY y IHERING (4), fue de capital importancia para el desenvolvimiento del Derecho Romano; la «ficción», dice IHERING, «es un fenómeno de la técnica jurídica que tiene por objeto allanar las dificultades inherentes a la adopción y aplicación de nuevas reglas del derecho más o menos ásperas, facilitando el progreso y haciéndolo posible en una época en la que las fuerzas debían faltar a la ciencia para dar al problema su solución verdadera; se produce el fenómeno de la ficción en una cierta fase del desarrollo intelectual y bajo el imperio de la necesidad».

Así, a raíz del Senadoconsulto Juvenciano citado, ULPIANO (D. 5-3, 20), ampliando lo dicho en él que sólo hacía referencia al precio de las cosas hereditarias vendidas, dice que se comprenden también en la herencia las cosas que fueron compradas por *causa de la herencia*; ejemplo: los esclavos, el ganado y algunas otras cosas que, por necesidad, se compraron *para la herencia* y lo mismo las cosas compradas *con dinero de la herencia*; en el caso de que las cosas fueran compradas con dinero que no fuera de la herencia, sino de su poseedor, éstas deberán ser restituidas, si la compra fue de *gran utilidad de la herencia*, debiendo por supuesto restituir su valor el heredero, porque la herencia, dice ULPIANO (D.5-3.20, 10, 15); «non solum ea, quae mortis tempore fuerunt, sed si qua postea augmenta hereditate accesserunt, venire in hereditaris petitionem; nam hereditas est augmentum recipit, et deminutionem» (5).

El que posee el precio de los bienes de la herencia, dice ULPIANO (D.5-3, 16-1), está obligado por la petición de la herencia, y así mismo, el que cobró de un deudor de la herencia (6). Pero ¿qué se ha de entender por la expresión del Senadoconsulto Juvenciano, que se entenderá incluido en la petición de herencia *el dinero percibido por precio de los bienes hereditarios vendidos*? Según PAPINIANO (D.5.3, 15) por percibidos se entenderá no sólo el precio habiendo sido ya cobrado, sino también si pudo ser cobrado y no se cobró (7). Lo mismo viene también a decir

(4) IHERING, *Espíritu del Derecho Romano*, Madrid, III, págs. 36, 52, 145 y 377; IV, págs. 327 y ss.

SAVIGNY, *Derecho Romano actual*, 2.ª ed., Madrid, VI, págs. 9 y ss.

(5) ULPIANO: «Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt, utputa mancipia, pecoraque, et si qua alia, quae necessario hereditati sunt comparata. Et si quidem pecunia hereditaria sint comparata, sine dubio venient, si vero no pecunia hereditaria, videndum erit; et puto, etiam haec venire, si magna utilitas hereditatis versetur, pretium scilicet restituro herede.»

(6) ULPIANO: «Sed et is, qui pretia rerum hereditariorum possidet, item qui a debitore hereditario exegit, petitione hereditatis tenetur.»

(7) PAPINIANO: «Redactae, inquit, pecuniae ex pretio rerum venditarum», redactam sic accipiemus, non solum iam exactam, verum, et si exigii potuit, nec exacta est.

JULIANO (D.5-3, 16-5): que si alguno hubiera vendido una cosa, se le obliga por la petición de herencia, ora si ya recibió el precio, ora si pudiera pedirlo, para que también en este caso ceda las acciones (8). De su mismo parecer es ULPIANO (D.5, 3, 22-17) cuando dice que el poseedor de buena fe, si hubiere vendido los bienes de la herencia, ya si exigió el precio, ya si no, puesto que tiene la acción, deberá entregar el precio. Pero cuando tiene la acción, bastará que ceda las acciones (9).

Pero los juristas romanos clásicos, no sólo previeron el caso de que estuvieran comprendidos en la petición de herencia el precio o las acciones para pedir éste—basándose en que *tanto el precio recibido por la venta de res hereditariae como las cosas compradas con dinero procedente de la herencia, tenían su origen en ella*—, sino que fueron más allá, planteándose también el caso del reemplazo, es decir, se preguntaron los juristas clásicos: si se deberá el precio de la cosa hereditaria vendida por el poseedor de la herencia, en el caso de que, por medio de *este precio*, se hubiera comprado otra cosa, y si se deberá, no el precio, sino la cosa comprada *con empleo del precio anteriormente recibido*. El jurista que respondió a estas cuestiones, fue ULPIANO (D.5-3, 25-1) cuando escribió que así mismo, si vendió una cosa, y con *su precio* compró otra, vendrá comprendido el precio en la petición de la herencia, y no la cosa que incorporó a su patrimonio (10).

Al mismo tiempo que el Senadoconsulto Juvenciano establecía que en la petición de herencia se comprendía, no sólo el precio de las cosas hereditarias vendidas, sino también las compradas con dinero de la herencia, preveía la razón de ello; y así en la Oración del divino Adriano (D.5, 3, 22) se dijo: «Examinad, Padres conscriptos, si acaso sea más justo que el poseedor no realice lucro, y devuelva el precio que por cosa ajena hubiere percibido, *porque puede estimarse que en lugar de la cosa vendida de la herencia se subroga su precio, y que en cierto modo este mismo se hizo parte de la herencia.*» Por tanto, dice PAULO, conviene que el poseedor restituya al demandante así *la cosa, como lo que, por la venta de la misma cosa, ha ganado* (11).

(8) JULIANO: «Idem Iulianus ait, sive quis possidens, sive non, rem vendiderit, petitione hereditatis eum teneri, sive iam pretium recepit, sive petere possit, ut et hic actionibus cedat.»

(9) ULPIANO: «Bonae fidei possessor si vendiderit res hereditarias, sive exegit pretium, sive non, quia habet actionem, debet pretium praestare. Sed ubi habet actionem, sufficit eum actiones praestare.»

(10) ULPIANO: «Item si rem distraxit, et ex pretio aliam rem comparavit, venit pretium in petitionem hereditatis, non res, quam in patrimonium suum convertit.»

(11) PAULO: «Nam et in Oratione Divi Hadriani ita est; “Discipite, Patres conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari, in locum hereditariae

De todo lo dicho podemos extraer, de lo establecido por el Senadoconsulto Juvenciano lo siguiente: 1.º, que estaba regido por el principio de equidad, como se dice en la oración del divino Adriano, de que era justo que el poseedor de la herencia no realizase lucro, en perjuicio del verdadero heredero de la herencia; 2.º, el fundamento de este nuevo fenómeno jurídico, está en que puede estimarse (ficción) que el precio subrogó a la cosa vendida, y además, teniendo en cuenta la consideración de la herencia como un todo unitario, porque en cierto modo, el precio se hizo parte de la herencia; y 3.º, y muy importante, que lo debido en la petición de herencia no es el valor, la estimación de las cosas hereditarias vendidas, sino el precio, sea o no beneficioso para el heredero, en consideración de que ese es, precisamente, el que procede «hubiese llegado» de la cosa hereditaria vendida. ULPIANO (D.5-3, 23), PAULO (D.5, 3, 22) y PAPINIANO (D.5, 3, 16).

Pero lo dicho sobre el principio de subrogación real no se limitó a la acción de petición de herencia, sino que, como dice ULPIANO (D.5, 3, 25-10), parece bien que este Senadoconsulto Juvenciano, hecho para la petición de la herencia, tenga aplicación también en el juicio de la partición de herencia (12). Más tarde, en época justiniana, se aplicará este Senadoconsulto a la petición fideicomisaria de la herencia. También PAULO (D.5, 6, 2) dice que la petición fideicomisaria de la herencia, consigue lo mismo que la petición civil de la herencia (13). En cuanto a JAVOLENO (D.5, 3, 48) aplica el principio de subrogación real a la venta de herencia, diciendo que en la estimación de la herencia, de tal modo viene comprendido el precio de la herencia vendida, que también se agrega el aumento que hubo en la herencia, si ésta fue vendida para hacer negocio (14).

Se le atribuye a ULPIANO una frase que, según parte de la doctrina, se debe a una interpolación del derecho justiniano y que basándose en ella los juristas o comentadores del Derecho común cometieron el error de considerar como *universitas* a todo complejo patrimonial, como hicieron por ejemplo con la dote que dice (D.5, 3, 22-10) que no sólo se usa del Senadoconsulto Juvenciano respecto de la herencia, sino también del

rei venditae pretium eius successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum". Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori, et quod ex venditione eius rei lucratus est.»

(12) ULPIANO: «Hoc Senatusconsultum ad petitionem hereditatis factum etiam in familiae erciscundae iudicio locus habere placet; ne res absurda sit, ut quae peti possint, dividi non possint.»

(13) PAULO: «Quae actio eadem recipit, quae hereditatis petitio civilis.»

(14) JAVOLENO: «In aestimationibus hereditatis ita venit pretium venditae hereditate, si ea negotiationis causa veniit; sin autem ex fideicommissi causa, nihil amplius, quam quod bona fide excepiit.»

peculio castrense, o de otra universalidad: «non solum autem in hereditate utimur Senatusconsulto, sed et in peculio castrensi, vel alia universitate». Con relación a la acción de petición de peculio, dice BARBERO (15), que está claro que «vindicatio non ut gregis ita et peculii recepta est, sed res singulas cui legatum peculium est, potest». La *petitio peculii* es una *actio singulorum rerum*. Según este autor, es necesario entender este texto en el sentido de que *alia universitas* ocupa el lugar de una *alia* sucesión universal, con lo que se vuelve a desembocar en la herencia individualizada simplemente como *universitas*. De todas las explicaciones dadas ésta es la que más nos convence y al mismo tiempo la que más contribuirá a aclararnos el sistema que sobre la subrogación real estableció Bartolo en el Derecho intermedio.

Por último podemos decir, que la extensión de la acción de petición de herencia al *bonorum possessor*, fue también, como dice IHERING, un fenómeno de la técnica jurídica; sólo el *heres* podía intentar la acción, pero más tarde fue necesario extender y conceder esta acción a otras personas. La noción de *hereditas* fue sustituida por otra más amplia: la sucesión universal o de una *universitas*; el *bonorum emptor* y el *bonorum possessor* fueron considerados como *heres* y, en realidad aunque no lo fueran, se fingió que lo eran, es decir, se los trató como tales.

Expuesta ya la extensión que el nuevo fenómeno alcanzó con relación a la herencia considerada como *universitas*, vamos ahora a referirnos a la aplicación del principio general de la subrogación real en la dote.

B) La dote

En las fuentes romanas, la dote es una especie de patrimonio de la mujer. Según ULPIANO (D.4, 4, 3-5): «dos ipsius filiae proprium patrimonium est». Si la dote fue considerada por los juristas clásicos como una *universitas*, no es todavía seguro, dice BARBERO (16), aunque algunos textos recurren a la terminología de *universitas*: (D.23.3.56-3), PAULO; (D.25.1.5), ULPIANO; y (D.33.4.1-4), ULPIANO. Pero, dejando aparte la opinión de la doctrina, es necesario tener en cuenta que *universitas* en su consideración técnico-jurídica, no es sólo tal complejo material de una cosa o de una colectividad, sino que *universitas* requiere además un tratamiento unitario. No se puede cometer el mismo error que cometieron los juristas del Derecho común, de considerar en abstracto el fenómeno

(15) Domenico BARBERO, *ob. cit. Le Universalità...*, pág. 296, II, núm. 77.

(16) Domenico BARBERO, *Le Universalità...*, núm. 65, págs. 260 y ss.

de la dote como *universitas*. Sobre la dote pueden darse una serie de relaciones jurídicas sin que todas ellas consideren a la dote como un todo unitario, *sub specie universitatis*.

Donde podemos decir que la dote está considerada *sub specie universitatis*, es en la *iudicium rei uxoriae*. En este caso, lo mismo que en la acción de petición de herencia, el objeto de la acción es la dote como tal, no esta o aquella cosa individual que la componen; por ejemplo un fundo, una casa, etc. En la petición de la dote por la mujer, disuelto el matrimonio, ULPiano (D.24, V.3, 22-13) dice que se le restituirán aquellas cosas que fueron dadas en dote, o *se compraron con la dote, como si también éstas fueran dotales*. Como hemos podido observar, se acude, como en la petición de herencia, a la ficción: *como si fueran también dotales* (17).

Pero donde los juristas clásicos aplican con más frecuencia el principio de subrogación real, es durante el matrimonio y considerando los bienes dotales en su individualidad. En primer lugar, MODESTINO (D.23, 3.26) admite la posibilidad de que durante el matrimonio la dote de la mujer pueda sufrir una serie de mutaciones materiales. Dice que *durante el matrimonio, decimos que la dote puede permutarse de este modo; si esto fuera útil para la mujer, si la permuta es de dinero por una cosa o de una cosa por dinero; y esto así se admitió*, y sigue ULPiano (D.23, 3. 27) que si se hubiere hecho esto, *el fundo o la cosa se convierte en dotal* (18). Como podemos observar, se dan los mismos supuestos ya vistos con relación a la petición de herencia.

También el principio de procedencia está establecido en GAYO (D.23, 3. 54) que considera que los bienes que se compraron *con dinero* de la dote se considera que son dotales (19). El mismo POMONIO (D.23.3.32) dice que si con la voluntad de la mujer hubiere vendido el marido piedra de canteras de un fundo dotal, o árboles que no fuesen de fruto, o la superficie de un edificio dotal, *el dinero percibido por esta venta* es de la dote (20). Y por último, HERMOGENIANO (D. 23.4.78-4), plantea el caso de un fundo común dado en dote, que en el caso de que el copro-

(17) ULPiano: «In his tantum rebus, quae vel in dote datae sunt, vel ex dote comparatae, quasi et hae dotales sint.»

(18) MODESTINO: «Ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit, si ex pecunia in rem, aut ex rem in pecuniam, idque probatum est.»

ULPiano: «Quod si fuerit factum, fundus vel res dotalis efficitur.»

(19) GAYO: «Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur.»

(20) POMONIO: «Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem vel arbores, quae fructus non essent, sive superficies aedificii dotalis voluntate mulieris vendiderit, numi ex ea venditione recepti sunt dotis.»

pietario ejerciera contra el marido la acción de división de cosa común, el precio recibido en caso de adjudicación al copropietario del fundo sería dotal y en el caso contrario, de adjudicación del fundo al marido, será dotal solamente la parte dada en dote (21).

En ningún momento establecen los juristas clásicos, como dirán después los postglosadores, que este fenómeno esté basado en el concepto o en la categoría de *universitas*. Los juristas clásicos se limitan a aplicarlo basándose en un principio de equidad, en la procedencia de los bienes y mediante una ficción jurídica.

Pasemos ahora a considerarlo en el peculio romano.

C) *El peculio*

También, como la dote, el peculio es considerado por las fuentes romanas clásicas como una especie de patrimonio. Así, lo mismo que en la dote, en el peculio pueden desarrollarse una pluralidad de relaciones de las que no todas consideran el peculio *sub specie universitatis*. Así, en la administración del peculio se tiene en cuenta el complejo, la colectividad, pero ésta supone una unidad económica o contable muy distinta de la unidad jurídica que se denomina *universitas*. Por tanto, la administración del peculio considera las cosas que lo componen singularmente.

Lo mismo se puede decir de la acción de peculio. JULIANO (D.6.1, 56) lo expone claramente: la vindicación de un peculio no es admitida en la misma forma que la de un rebaño, sino que aquel a quien se legó un peculio reclamará cada una de las cosas por separado (22). A pesar de ello no fue obstáculo para que se le aplicara el principio general de subrogación real, cuando dice ULPIANO (D. 14.4. 5-11) que no todo el peculio viene obligado a la contribución, sino solamente *lo que hay por virtud de aquella mercancía*, ya existan las mercancías, ya se haya recibido o

(21) HERMOGENIANO: «Si fundus communis in dotem datus erit, et socius egerit cum marito communi dividundo, adjudicatusque fundus socio fuerit, in dote erit quantitas, que socius marito damnatus fuerit; aut si omisa licitatione extraneo addictus is fundus fuerit, pretii portio, quae distracta est, sed ita, ut non vice corporis habeatur, nec divortio sucuto praesenti die, quod in numero est, restituatur, sed statuto tempore solvi debeat. Quodsi marito fundus fuerit adjudicatus, pars utique data in dotem dotalis manebit; divortio autem facto sequetur restitutionem, propter quam ad maritum pervenit, etiam altera portio, scilicet un recipiat tantum pretii nomine a muliere, quantum dedit ex condemnatione socio; nec audiri debebit alteruter eam aequitatem recusans, aut mulier in suscipienda parte altera quoque, aut vir in restituenda. Ded an constante matrimonio non sola pars dotalis sit, quae data fuit in dotem, sed etiam altera portio, videamus. Iulianus de parte tantum dotali loquitur, et efo dixi in autitorio, illam solam dotalem esse.»

(22) JULIANO: «Vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est, sed res singulas is, cum legatum peculium est, petet.»

invertido en el peculio el precio de ellas (23), estableciendo claramente como requisito para la obligación del peculio que las nuevas mercancías procedan de las antiguas o que el precio de las primeras se haya invertido en el peculio («sive merces... sive pretium»). La expresión usada por ULPIANO, de que está obligado todo lo que hay (en el peculio) en virtud de aquella mercancía, expresa, sin lugar a duda, que la razón de ello es que el precio procede y tiene su origen en la mercancía, o viceversa.

Otros pasajes de las fuentes romanas tampoco consideran el peculio como una *universitas*. ULPIANO (D.15.1.30 y 32.1) y POMPONIO (D. 15. 2.3). Sin embargo el peculio como objeto de una venta o de un legado, es considerado, sin lugar a dudas *sub specie universitatis*, en primer lugar porque el peculio se contrapone a *certum corpus* y en segundo lugar porque se considera la simple pluralidad atomística de la cosa. El pasaje que así lo manifiesta, debido a ULPIANO (D.11.1.33) hace referencia a que lo accesorio en una venta debe entregarse tan íntegramente como debe entregarse lo principal que se vendió. Pero esto es así si la cosa accesorio en un objeto cierto («sed hoc ita, si certum corpus accessurum fuerit dictum»). Y dice a continuación ULPIANO: «porque si hubiera sido vendido un esclavo con su peculio, el vendedor no debe responder de que están sanos los esclavos que hubiere en el peculio, porque no dijo *que habrá de ser accesorio un objeto cierto*; sino que debe entregar *tal peculio* («sed peculium tale praestare oportere»); y así como no debe responder de cantidad cierta del peculio («certam quantitatem peculii praestare non debet»), así tampoco de esto» (24).

La misma consideración *sub specie universitatis* encontramos, respecto al legado de un peculio, en TRIFONINO (D.15.1.57-1 y 2) cuando admite que pueden ocurrir mutaciones en las cosas que componen el peculio. En la primera ley, con carácter más general, dice TRIFONINO que pertenece al manumitido todo lo adquirido de cualquier modo («quoquo modo»), mientras que en la segunda ley específica—con aplicación—de la subrogación real, que pertenecen al peculio *las cosas que por los bienes* del peculio se le hubieren agregado. Pero veámoslo textualmente: «Aquel que dispone por testamento que sea libre un esclavo y le lega el peculio, escribe JULIANO que se entiende que lega el peculio del tiempo en que compete la libertad; y que por tanto, todo incremento del peculio,

(23) ULPIANO: «Non autem totum peculium venit in tributum, sed id duntaxat, quod ex ea merce est; sive merces manent, sive pretium earum receptum conversumve est in peculium.»

(24) ULPIANO: «... Sed hoc ita, si certum corpus accessurum fuerit dictum; nam si servus cum peculio venierit, et mancipia, quae in peculio fuerint, sane esse praestare venditor non debet, quia non dixit, certum corpus accessurum; sed pecunium tale praestare oportere; et quemadmodum certam quantitatem peculii praestare non debet, ita nec hoc.»

adquirido de cualquier modo antes de adida la herencia, pertenece al manumitido». 2.^a. Si alguno hubiere legado a un extraño el peculio de un esclavo, hay duda para conjeturar la voluntad del testador, y es más verosímil que se deban el legado que hubiere habido en el peculio al tiempo de la muerte, así como las cosas que por los bienes del peculio se hubieren agregado antes de adida la herencia» (25).

El origen de los bienes está otra vez considerado como condición previa para exigirlos. En el peculio *sub specie universitatis* se comprenden las cosas *ex rebus peculiaribus*. Y en cuanto a los bienes del peculio considerados *res singular* en el caso expresado por ULPIANO, se deberá la misma mercancía, lo adquirido en virtud de ella o su precio («quod ex ea merce est, sive merces manent, sive pretium earum receptum conversumve est in peculium»).

A continuación vamos a referirnos al patrimonio, que junto con la herencia, la dote y el peculio, fue considerado en el Derecho común como una *universitas iuris*.

D) *El patrimonio: La prenda general sobre todos los bienes*

¿Existen en el Derecho Romano clásico negocios jurídicos, cuyo objeto sea un patrimonio como tal? Según GAYO (2.98, 2, 77) la *cessio bonorum*, *bonorum venditio* o *emptio*, están considerados entre los modos «quibus per universitatem res nobis adquiruntur». Y según BARBERO (26), el hecho sustancial de su trámite está, no *singulae res*, sino «per universitatem res nobis adquiruntur». Lo mismo puede decirse de la *adrogatio* o *conventio in manum*.

Pero lo que a nosotros nos interesa, en vista de la importancia que posteriormente adquirirá con relación a la subrogación real, es el *pignus* del patrimonio, que como el *pignus gregis* y el *pignus tabernae*, sujeta a los bienes singulares al *pignus* en cuanto entran a formar parte del patrimonio considerado *sub specie universitatis*. Al *pignus* no se sujetan sólo los bienes que el deudor tuvo sino también los que pudiera tener,

(25) TRIFONINO: «Sed eum, qui servum testamento liberum esse iubet, et ei peculium legat, eius temporis peculium legare intelligi Iulianus scribet, que libertas competit; ideoque omnia incrementa peculii quoquo modo ante aditam hereditatem acquisita ad manumissum pertinere.

2.^a At si quis extraneo peculium servi legaverit, in coniectura voluntatis testatoris quaestionem esse, et vero similis esse, id legatum, quod mortis tempore in peculio fuerit, ita ut, quae ex rebus peculiaribus ante aditam hereditatem accesserint, debeantur.»

(26) Domenico BARBERO, *ob. cit. Le Università...*, págs. 273 y ss. GAYO, II, 98.

como dice ULPIANO (D.20.1.6): «en la obligación general los bienes que cualquiera tuvo, o que haya de tener («quias quis habuit, habitursve sit»).

De que a la prenda del acreedor están sujetos no sólo los bienes presentes del deudor, sino también los futuros, nos pone un ejemplo SCÉVOLA (D.20.1.34-2). Un acreedor recibió en prenda de su deudor todo lo que tuviera entre sus bienes («creditor pignori accepit a debitore quidquid in bonis haberet, habitursve esset»), o lo que hubiese de tener. Se le preguntó a SCÉVOLA si estaban comprendidas en la prenda las mismas monedas que el deudor recibió de otro, en mutuo, comoquiera que habían entrado en sus bienes. Respondió SCÉVOLA que comenzaron a estar obligadas («respondit coepisse»). En otro caso similar, el deudor recibió del fisco dinero en mutuo. SCÉVOLA (D.20.4.21) respondió de la misma manera: «quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisiit».

Aunque no dicen nada los juristas clásicos de cómo se producen las mutuciones en ese patrimonio sujeto a prenda general, como veremos más adelante en el *pignus tabernae*, la subrogación real fue en este caso prevista en el Derecho Romano clásico.

Vamos a tratar a continuación otra institución romana. Se trata de la *restitutio in integrum* dentro de la cual se encuentra uno de los pasajes más interesantes que con respecto al principio de la subrogación real se han dado en la Roma clásica.

E) De las restituciones por entero: «La actio quod metus causa»

Podemos decir que la *restitutio in integrum* es una institución basada fundamentalmente en el principio de equidad, y precisamente y en razón de ella, interviene el principio de subrogación para ayudar a la consecución del fin perseguido por la institución, cual es el restablecimiento de la situación anterior alterado por un hecho motivado por el miedo del actor. El mismo SAVIGNY (27), define esta situación de carácter excepcional, como el establecimiento de un estado anterior de derecho motivado por una opisición entre la equidad y el derecho riguroso y producido por el poder del pretor que modifica con conocimiento de causa el derecho realmente adquirido; este restablecimiento, dice SAVIGNY, no es un

(27) SAVIGNY, *ob. cit.*, VI, págs. 9 y ss.

IHERING, *ob. cit.*, II, págs. 105-335; III, pág. 211, y IV, págs. 118, 129, 230 y 278.

Rodolfo SOHM, *ob. cit.*, págs. 674 y ss.

ARIAS RAMOS, *ob. cit.*, págs. 189 y ss.

F. MARKELDEY, *Elementos del Derecho Romano*, Madrid, 1886, págs. 218 y ss.

E. SERAFINI, *Instituciones del Derecho Romano*, I, Barcelona, págs. 292 y ss.

verdadero restablecimiento, sino la ficción de un restablecimiento *ipso iure*.

Lo mismo que ya hemos visto en la acción de petición de herencia y por los mismos motivos de equidad, se considera, se finge que las cosas han permanecido en su misma forma a pesar del cambio o mutación de estas en dinero, de este en cosa o, lo que ocurre con más frecuencia, a pesar del cambio de una especie en otra. Ya hemos visto anteriormente el papel tan importante que la idea de ficción desempeñó en el desarrollo del Derecho Romano; los juristas clásicos persiguiendo restablecer la situación anterior injustamente alterada y encontrándose a su vez con que los bienes de esa situación anterior han cambiado o han sido sustituidos por otros de distinta especie, no tienen más camino que fingir que los antiguos bienes han permanecido en su misma forma.

Hemos de destacar también, sobre todo en vista al giro que en el Derecho común se le dio a la subrogación real, que el principio general de la subrogación real todavía desconocido como tal por el Derecho Romano clásico, fue establecido como ficción jurídica no sólo en el campo de los complejos o colectividades de cosas, sino también y en igual proporción en instituciones y en relaciones jurídicas que considerarán los bienes en su individualidad material; buen ejemplo de ello lo tenemos aquí.

Debemos la explicación como ficción del principio general de la subrogación real a JULIANO (D.4.2.18) cuando nos dice: «Si pereció la cosa misma que llegó a poder de otro, no diremos que éste es más rico; pero si fue convertida *en dinero o en otra cosa*, no ha de inquirirse ya más cuál sea el resultado, sino que de todos modos se entiende que aquél se ha enriquecido, aunque después la pierda. Porque también el Emperador Tito Antonino manifestó por rescripto a CLAUDIO FRONTINO respecto a los *precios de las cosas de la herencia*, que por esto mismo se puede reclamar de él la herencia, sin embargo, el *precio de ellas*, enriqueciéndose con él, o más frecuentemente con la transformación en otra especie, *le obliga de igual manera que si las mismas cosas hubieren permanecido en su propia forma*» (28).

Para el estudio de la subrogación real son fundamentales estos dos pasajes conteniendo los dos la misma doctrina, con la diferencia de que, en el caso de la petición de herencia nos encontramos ante un complejo

(28) JULIANO: «Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse iocupletorem dicemus; sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea depardat. Nam et Imperator Titus Antonius Claudio Frontino de pretiis rerum hereditariarum rescripsit, ob id ipsum peti ab eo hereditatem posse, quia, licet res, quae in hereditate fuerant, apud eum non sint, tamen pretium earum, quo locupletem eum vel saepius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent.»

considerado como la *universitas* por excelencia, mientras que en segundo no se considera más que los bienes en su individualidad material aun formando parte de una colectividad o complejo. Los dos pasajes por igual condicionan, la restitución de los bienes a la procedencia de esos bienes y a su origen. Frases como: «*pretium quae ad eos rerum ex hereditate venditarunt pervenissent*», «*ex pretio aliam rem*», etc., son muy frecuentes en los juristas clásicos.

En cuanto el fundamento por el que se produce ese fenómeno, ya familiar para los juristas clásicos, los dos pasajes contestan que porque se finge que las cosas han permanecido en su propia forma: «*ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent*». O como se dice en la Oración del divino Adriano, porque puede estimarse que en lugar de la cosa vendida de la herencia se subrogó su precio, y que en cierto modo se hizo parte de la herencia: «*quia patest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum*».

De todo ello podemos sacar la conclusión de que los juristas romanos clásicos, previeron y resolvieron en la práctica los casos propios de lo que BARTOLO llamará subrogación real. Pero también es importante señalar que no establecieron diferencia ninguna, entre el principio aplicado a la herencia y aplicado en relación a un bien singularmente considerado.

Pero pasemos a otras instituciones que también lo recogen.

F) *El fideicomiso de residuo*

En un comentario de PAPINIANO al fideicomiso de residuo (D.31. Tit. único) mantiene este jurista por primera vez, que no sólo se restituye, como dice ULPIANO en su comentario a la *actio petitio hereditatis*, el precio o la cosa comprada con dinero de la herencia, sino también lo adquirido a través de dos relaciones jurídicas, a saber, venta de una cosa del fideicomiso de residuo y, posteriormente, compra de otra cosa precisamente con el precio recibido de la venta anterior. Y no sólo admite PAPINIANO el reemplazo basado en la relación de procedencia del precio y la cosa respecto a la cosa antigua, sujeta al fideicomiso de residuo, sino que da otra razón del fenómeno cuando dice que se restituirá la cosa por vía de dominio permutado.

Pero veamos textualmente lo que dice PAPINIANO: «Mas cuando aquel a quien se rogó que después de su muerte restituyese lo que quedare de la herencia, compra otras con el precio de las cosas vendidas, no se considera que disminuyó las que vendió, sino que se restituirá por vía de dominio permutado lo que se compró con aquél» («*de pretio rerum ven-*

ditarum alias comparat, deminuisse, quae vendidit, non vedetur; sed quod inde comparatum est, vice permutati dominii restitueretur») (29).

Luego ya tenemos la opinión de otro autor, manteniendo que el principio, previa condición de procedencia de los bienes unos de otros, va más allá del simple cambio de cosa por precio y dinero hereditario por cosa. El principio podrá darse, según esta opinión, en etapas sucesivas.

Hasta aquí hemos considerado las después llamadas en el Derecho común *universitas iuris*. Vamos a tratar ahora de las *universitas facti*, como la *taberna* y el rebaño.

G) La «*taberna*»: El «*pignus tabernae*»

Más propio que preguntar si los romanos clásicos consideraban o no a la tienda como *universitas* en el verdadero sentido técnico-jurídico es preguntarse si hay alguna relación en la que los romanos consideraron la tienda *sub specie universitatis*. Efectivamente lo mismo que hemos visto respecto a la prenda del acreedor sobre todo el patrimonio del deudor, también el *pignus* (prenda o hipoteca) de la tienda considera como objeto del derecho de crédito hipotecario las mercancías, no en consideración de su singular individualidad, sino por su pertenencia al complejo: *taberna*.

La consideración *sub specie universitatis* nos la dice SCÉVOLA (20.1. 34) en respuesta a una pregunta que se le dirigió, semejante a la que se le planteó con relación a la prenda de todos los bienes del deudor: Habiendo el deudor dado en prenda al acreedor una tienda, se preguntó: ¿No habrá realizado nada con este acto, o bajo la denominación de tienda se considera que obligó las mercancías que había en ella? Y si con el tiempo hubiere vendido aquellas mercancías y comprado otras, y las hubiere introducido en la tienda, y hubiere fallecido, ¿podrá el acreedor reclamar con la acción hipotecaria todas las cosas que allí se encuentran, habiéndose cambiado las especies de mercancías y llevado otras cosas? A lo que SCÉVOLA respondió igual que en la prenda de todo el patrimonio, que se considera que están obligadas en prenda las cosas que se hallaron en la tienda al tiempo de la muerte del deudor (30).

(29) PAPINIANO: «Quum autem rogatus, quidquid ex hereditate supererit, post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comparat, deminuisse, quae vendidit, non videtur; sed quod inde comparatum est, vice permutati dominii restitueretur.»

(30) SCÉVOLA: «Quum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur, et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit,

Es interesante destacar, que ni aquí ni en la prenda del patrimonio del deudor hace referencia SCÉVOLA a la manera en que unas mercancías han salido de la tienda y entrado otras, ni si éstas han sido compradas con el precio recibido de las anteriores mercancías.

Tampoco se hace referencia en el usufructo del rebaño a la manera en que se han adquirido por el usufructuario las nuevas cabezas que vendrán a sustituir a las antiguas desaparecidas.

H) *El rebaño: El usufructo del rebaño*

Es principio fundamental del usufructo que el usufructuario deberá usar la cosa usufructuada, en este caso un complejo de animales, *grex*, *salva rerum substantia* lo cual alcanza dos elementos: uno cuantitativo y otro cualitativo. Cualitativo en cuanto se refiere a la agregación de una determinada especie de animales y cuantitativo en cuanto el usufructuario está obligado a devolver, cuando acabe el usufructo, no tal o cual cabeza, sino el complejo, el *grex* tal como era al tiempo de constituirse el usufructo. Todo esto no es otra cosa sino la obligación del usufructuario a la «*summissio capitum in locum defunctorum*».

Que el rebaño así considerado es una universalidad, nos lo dice ULPIANO (D.7.1.70-3): «siempre que se legó el usufructo de un rebaño, o de una piara de ganado mayor, o de una yeguada, esto es, de la *universitas*: id est universitatis usufructus legatus est». Pero precisamente por ser una universalidad y no por otra causa se está obligado a sustituir unas cabezas por otras y no cuando «*certum si singularum capitum, nihil supplebit*» (31).

También POMPONIO (D.7.1.69) dice que la sustitución de unas cabezas por otras se debe a la misma naturaleza del usufructo, porque se mira a las cabezas del rebaño, no en su individualidad, sino formando parte del complejo rebaño considerado *sub specie universitatis*. Dice POMPONIO que las cabezas inútiles deben ser sustituidas por otras y así las sustituidas se hacen al instante del dueño, como también las anteriores dejan de ser de él conforme a la naturaleza del usufructo (32). En la obligación

easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, quum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae? Respondit ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.»

(31) ULPIANO: «Sed quod dicitur, debere eum summittere, toties verum est, quoties gregis, vel armenti, vel equitii, id est universitatis usufructus legatus est; ceterum si singulorum capitum, nihil supplebit.»

(32) POMPONIO: «Vel inutilium alia summittere, ut post substituta fiant propria fructuarii, ne lucro ea res cedat dominio. Et sicut substituta statim domini fiunt ita priora quoque ex natura fructus desinunt eius esse; nam alioquin quod nascitur, fructuarii est, et quum substituit, desinit eius esse.»

del usufructuario a la *summissio*, también están comprendidas, según CASSIO y SABINO (D.7-1.68-2), las cabezas que nazcan, que ocuparán el lugar de las que hayan muerto (33).

I) *Conclusión*

De todo lo dicho hasta ahora, podemos concluir: 1.º Que el Derecho Romano clásico se planteó el problema de la subrogación real; 2.º Que de las soluciones dadas al problema por los juristas romanos clásicos, podemos extraer que se enfrentaron con el fenómeno subrogatorio basándolo, primero, en la idea de ficción y segundo, en la procedencia material u origen de unos bienes por otros, de los que unos sustituyen a otros en la misma relación jurídica, y 3.º Que el fenómeno subrogatorio fue harto conocido y discutido por los juristas romanos clásicos, y que su campo de aplicación fue grande. Pero hemos de hacer una advertencia sumamente importante en vista al desarrollo posterior del principio, y es que en el Derecho Romano clásico la subrogación real en las después llamadas universalidades de hecho, no fue la explicación de la sustitución de unas mercancías por otras en la tienda, ni de unas cabezas por otras en el rebaño, sino que esta sustitución se deberá, en primer lugar, a la propia naturaleza de la *taberna* por un lado y a la propia naturaleza del usufructo del rebaño y a la obligación del usufructuario a la *summittio*, por otra.

Veamos a continuación qué fue de esta teoría subrogatoria en el Derecho Romano justiniano.

II. LA SUBROGACION REAL EN EL DERECHO ROMANO JUSTINIANO

Con JUSTINIANO empieza a aparecer la teorización de las llamadas *universitates facti*, ya como *universitas* por ULPiano al referirse al complejo de animales, el rebaño, o *grex*. Pero la *universitas* por excelencia era la *hereditas* en comparación con *alia universitates*; a partir de JUSTINIANO es frecuente designarla con la expresión de *successio universale*, *successio per universitatem*, *in universum* o *in omne ius*, mientras que las otras universalidades que conocieron los juristas clásicos, aparte de la herencia, son otra clase de sucesiones. Así lo expresa GAYO (III.82): «sunt

(33) SABINO Y CASSIO: «Plane si gregis vel armenti sit usufructus legatus, debebit ex agnatis gregem supplere, id est in locum capitum defunctorum.»

autem etiam alterius generis successionis», y ULPiano (Int. 3. 10.pr.) que al referirse a la *adrogatio* y *conventio in manum* dice: «est et alterius generis per universitatem successio».

BARBERO (34) hace referencia a los Fragmentos de Autu, en donde, según este autor, aparecen el primer núcleo de teorización en torno a la *universitas*. En estos Fragmentos por primera vez se considera la *universitas* como categoría abstracta.

En cuanto a la subrogación real, no se produjo en el Derecho justiniano cambio alguno con relación a la teoría que sobre ella dieron los juristas clásicos, excepto la extensión de lo establecido en la acción de petición de herencia, incluido el fenómeno subrogatorio, a la restitución fideicomisaria de la herencia, aumentándose con esta medida considerablemente el campo de acción de nuestro principio. Por medio de la petición fideicomisaria de la herencia se consigue lo mismo que por la acción civil de petición de herencia (D.6, 1, 2, 3): «Quae actio eadem recipit, quae hereditatis petitio civilis.» El Senadoconsulto Trebeliano (D.36. 1) no añade nada nuevo a lo ya dicho por los clásicos sobre el principio de subrogación real (C.6.49).

Hecha esta observación sobre la subrogación real en el Derecho justiniano, pasamos a estudiar la dogmatización del principio en el Derecho intermedio.

III. LA SUBROGACION REAL EN EL DERECHO COMUN: LA DOGMATIZACION DEL PRINCIPIO GENERAL DE LA SUBROGACION REAL POR LOS COMENTARISTAS O POSTGLOSADORES DEL DERECHO ROMANO

A los glosadores que se caracterizaron por las simples y breves observaciones exegéticas al Derecho Romano, les siguieron en el siglo XIV, los comentaristas o postglosadores que, al contrario de aquéllos, redactaron largos comentarios llenos de distinciones escolásticas, tratando de construir un Derecho común, un Derecho nuevo que sirviera para todos los pueblos, sobre la base ya asentada en la escuela anterior, y teniendo como fuente suprema el Derecho Romano (35).

El Derecho Romano en calidad de «razón escrita» proporcionó a los comentaristas un monopolio de las fuentes, aparentemente intemporal y

(34) Domenico BARBERO, *ob. cit. Le Universalità Patrimoniali...*, págs. 285, 293 y ss.

(35) Emilio BUSSI, *La formazione dei dogmi di Diritto privato comune*, tomo II, págs. 217 y ss., Padova, 1936.

Rodolfo SOHM, *ob. cit.*, págs. 121 y ss.

los dogmas creados en el Derecho común, entre ellos el de la subrogación real, que se extendieron en toda Europa, entre otras razones, por la autoridad de sus autores, considerados por sus contemporáneos como verdaderos legisladores.

Así como SPENGLER, en su *Decadencia de Occidente*, ve a las culturas sujetas al ciclo como si fueran personas, de nacimiento, desarrollo y muerte, así también todos los principios tienden a la formación de un sistema de jerarquización lógica, por el que la «materia» queda reducida a un mínimo de axiomas universalmente utilizables y prácticamente fecundos. Con relación a los principios generales del Derecho, en todas las culturas jurídicas se repite el mismo ciclo; descubrimiento del problema, formación de principios y articulación de un sistema (36).

Aun considerando la relatividad de estas distinciones por ciclos de las culturas y de los principios generales del Derecho, podemos decir que se deben a BARTOLO DE SAXOFERRATO, los principios o axiomas que van a informar a la subrogación real en este segundo ciclo que señala JOSEF ESSER. BARTOLO, considerando el fenómeno ya conocido y resuelto en el Derecho Romano clásico, como hemos visto, y su relación con las llamadas *universitates*, resumió o extractó el fenómeno en tres máximas que durante varios siglos constituyeron la única explicación de la subrogación real, contribuyendo estas dos únicas fuentes (Derecho Romano clásico y doctrina de BARTOLO) a que, más tarde y en todas las culturas jurídicas europeas, se considere la subrogación real como pensamiento jurídico general, que dará lugar a iguales conflictos de intereses e idénticas soluciones, a pesar de la ausencia de una ley concreta, incluso hasta hoy día, a pesar de la carencia de una teoría general de la subrogación real. Pero precisamente en el hecho de no ser un principio escrito radica su fuerza y su capacidad de adaptación y aplicación por la jurisprudencia y la doctrina a los nuevos casos que las circunstancias, siempre cambiantes de los tiempos, iban presentando.

Pero vayamos al estudio de la extracción del principio como fenómeno abstracto y a las tres máximas en que fue encerrado.

A) *La «universitas» como campo principal de la aplicación de la subrogación real: diferencias entre las «universitas facti et iuris»*

Como la terminología de *universitas* fue utilizada con frecuencia en los juristas romanos clásicos y en el Derecho justiniano y no siempre con

(36) Josef ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, 1961, págs. 8 y ss.

igual significado, fue necesario distinguirlas, lo que hicieron los juristas del Derecho común al separar las dos categorías fundamentales: *universitas iuris et facti*.

La distinción entre *universitas iuris et facti* la encontramos ya en la Glosa de AZON, basándose sobre todo en una diferencia material y en que a cada *universitas* le corresponde una acción distinta (37). Mientras la *universitas facti* está compuesta de solo cosas corporales («corpora»), la *universitas iuris* está constituida de *corporalia et incorporalia*, lo que la distingue de la anterior por su carácter incorporal, lógico, ideal, etc. En el campo procesal, a las *universitas facti* o corpórea se le concede la acción de *rei vindicatio*, a las *universitas iuris* no. Así AZON dice que viene en esta acción de *rei vindicatio*: «veniut in hac actione corporalia; incorporalia autem non veniunt in hac actiones, quia non possidentur. Hinc evince universitates quae sunt incorporeae non peti posse hac actione, quia non possidentur. Sed nec peculio dicitur posse vindicari. Et ratio est quia in peculio iura et obligationes et actiones continentur, non tantum corporalia».

Por la acción de petición de herencia se pide una *universitas iuris*, como es la herencia: «item per petitionem hereditatis petitur universitas iuris tantum, per rei vindicationem universitas corporalia vel corporea tantum» (38). Para ANGELO DE UBALDIS: «rei vindicatio intentatur pro mobilibus et immobilibus et etiam pro universitate facti seu corporum» (39), para otros autores en las *universitas* se dan tres clases. Así IASO DE MAYNO: «Hic loquitur de universitate iuris ut est hereditas quae potest consistere sine corporum... aliud in universitate facti, consistente in corporibus sine quibus consistere non potest, ut grex: vel in universitate mixta, ut et peculium» (40). Estas llamadas *universitas* mixtas se encuentran ya también en ANDRÉS ALCIATO (41).

Por esta acción *singularum rerum*, dice PABLO DE CASTRO, se puede pedir también las *universitates facti*, «ratio dubitandi in hoc, haec erat quia per hanc actionem vindicantur res singulares, non universitas, sed grex est universitas; et respondentur quo est universitas corporum et sic non iuris, quia nihil iuris habet mixtum. Universitas vero iuris ut hereditas et peculium, per hac actionem non petitur» (42). Para BARTOLO

(37) AZON (t. un 1230), *Summa...* Venetiis, 1584. Lib. III, de reivindicatio-ne, pág. 206.

(38) AZON, *ob. cit.*, «actio petitio hereditatis», pág. 201.

(39) ANGEL DE UBALDIS, *Commentaria ad libros digestorum...*, Venetiis, 1590, tomo I, pág. 160, y tomo III, pág. 16.

(40) IASO DE MAYNO (1435-1519), *Commentaria ad libros digestorum...*, Venetiis, 1590, tomo VIII, pág. 6, núms. 82 y 83.

(41) Andrés ALCIATO (1492-1550), *Opera omnia...*, Basilea, 1582, tomo II, página 1170.

DE SAXOFERRATO, también por medio de la acción de reivindicación se puede pedir una *universitas rerum* entera o parte de ella: «hoc actione vindicatur et universitas rerum in totum vel in partem. Opp. quod haec actio non datur ad vindicationem universitatis... sed ibi loquitur de universitate iuris ad quam non datur haec actio, ut est hereditas, peculium et similia, hic de universitate corporis ut et grex», y termina diciendo: «universitate corporum et iurium non vindicatur, vides ergo differentiam inter universitatem corporis tantum et gregis, et ista potest vindicari et universitatem corporum et iurium ut peculium... ita non potes vindicari rei vindicatione» (43).

También el objeto de la acción era distinto, según se tratara de *universitas iuris* o *facti*. En la acción de *rei vindicatio*, el objeto era: *rem meam esse*. Pero como por diversas circunstancias el propietario de la cosa no podía recuperarla, en lugar de la cosa podía obtener o la estimación, es decir, su simple equivalente pecuniario, o el precio, según que una u otra cosa fuera establecida por la Ley. Desde el punto de vista de la subrogación real, es necesario en todo momento para llegar a comprender lo que es verdaderamente el principio, que distingamos la diferencia que hay entre la estimación de una cosa y el precio recibido por la venta de esta cosa. Uno se limita, basándose en el principio del enriquecimiento injusto y por el principio de equidad que lo informa, a establecer el equilibrio roto mediante una prestación por la simple equivalencia pecuniaria, sin más, mientras que si lo que se pide es que se le devuelva al propietario el precio recibido por la venta de la cosa, es el principio de subrogación real el que se establece, en cuyo caso puede que el precio sea superior al valor económico de la cosa e incluso menor. Pero ello corre a cuenta del propietario ya que si lo establecido es que se le devuelva lo obtenido o lo que proceda de la cosa, se le ha de entregar todo, pues priva en este principio, sobre todo, la condición o procedencia de las cosas. Como veremos a continuación y a pesar de que el requisito de la procedencia de los bienes ya fue establecida en el Derecho Romano clásico y por los autores del Derecho común, a veces se confunden precio y estimación, lo que es equivalente a confundir el principio de enriquecimiento injusto con el de subrogación real; ambos principios evitan un enriquecimiento injusto y establecen el equilibrio roto, p. ej., por

(42) Pablo DE CASTRO, *Commentaria in primam et secundam Digesti Veteris...*, Lugduni, 1553. Dionysius Harsaeus-Balthasar Arnoullet-Petrus Fradin, tomo IV, página 20, «rei vindicatio».

(43) Bartolo DE SAXOFERRATO, *Commentaria in primam Digesti...* additiones ad Alexandri de Imola. Do. Andreae Barbariae. Petri Pauli Perissi... Lugduni, 1552-55. Dyonisius Harsaeus Petrus Fradin, tomo I, pág. 165; I ad lib. VI y IV ad 1. si peculium. De rei vindicatione. 15. 1. 6 l. si quis...

la venta hecha por un *non domino* a un tercero de buena fe, están informados por la equidad, pero sin embargo el fundamento y los mismos resultados son completamente distintos; el uno pretende sólo el equivalente económico, establecido por peritos, a través de la acción de enriquecimiento injusto, mientras que en el otro el precio ya está establecido de antemano ya que se ha de devolver, todo lo recibido de la cosa vendida.

En la acción de petición de herencia, por el contrario, considerada como acción real universal, el objeto es: «*hereditatem meam esse*», es decir, un complejo de cosas y derechos considerados unitaria y objetivamente. En este caso, el precio de la cosa hereditaria vendida o la cosa comprada con dinero de la herencia, no es como en el caso anterior subsidiariamente pedido, sino que está comprendido dentro del concepto de herencia; el precio de la cosa hereditaria vendida es «*ipsum hereditarium factum*», es decir, se hace él mismo hereditario automáticamente desde el momento en que entra a formar parte de la herencia como *universitas iuris*.

Hecha esta breve referencia a la distinción entre las dos clases de *universitas*, por su composición, distintas acciones que les corresponden y diferente objeto de cada una, vamos a exponer a continuación las tres máximas de BARTOLO como abstracción del principio general de la subrogación real.

B) *Formulación por Bartolo de los tres principios o axiomas que informaron el principio general de subrogación real*

Al estudiar BARTOLO cómo los juristas romanos clásicos habían resuelto el problema en la acción de petición de herencia, en la dote, en la *restitutio in integrum* y, sobre todo, en la llamada Ley Imperator o fideicomiso de residuo, y en la acción por causa del miedo u otras instituciones, extrajo las tres máximas siguientes:

La primera fue con ocasión del estudio de la acción de petición de herencia y válida sólo para ella como la única *iudicium universale*. «*Solum in universalibus indiciis praetium succedit loco rei ut hic; in particularibus secus*» (44). Sólo en los juicios universales (herencia) el precio sucede en lugar de la cosa, lo contrario en los juicios particulares.

La segunda regla, la encontramos al tratar de la dote y dice así: «*In universalibus praetium succedit in locum rei et res in locum pre-*

(44) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, tomo II, págs. 119 y ss.

tii» (45). Esta regla se refiere a todas las *universitas*, tanto de hecho como de derecho; y aunque parece que ésta es más amplia, pues comprende no sólo el precio de la cosa sino también la cosa en lugar del precio, creemos que más bien es una diferencia terminológica, puesto que los autores, incluso BARTOLO, aplicaron la subrogación real en la herencia tanto en el precio por la cosa como en la cosa por el precio.

La tercera máxima dada considerando la *actio ex stipulatii*, dice así: «subrogatum sapit naturam subrogati» o «subrogatum sapit naturam eius in cuius locum subrogatur» (46), que quiere decir que lo subrogado adquiere la misma naturaleza de aquello a lo que subroga.

No podemos menos de señalar que en la interpretación de las dos primeras máximas bartolianas se cometió un error dogmático entre algunos de sus seguidores, error que fue muy utilizado por la doctrina de los siglos XIX y XX para rechazar como falsas estas dos máximas. Consistió el error en extender la regla primera, en la que BARTOLO hacía sólo referencia a la herencia, como *iudicium universale*, a todas las *universitas*, por el que todas éstas eran juicios universales en contra de lo establecido, p. ej., en el caso del peculio y de la dote. Pero como muy bien señala BARBERO, no parece que este error fuera de BARTOLO, pues él bien claro estableció la diferencia entre la regla primera que aplicó a la acción de petición de herencia y la segunda, en la que, ya sin especificar, alude a todas las universalidades. Sería un error pensar, dice BARBERO, que el Derecho común consideraba a las *universitas iuris* en general como acciones de *universitate*, error dogmático, porque ella se refiere no a las *universitas iuris* en general, sino a la *hereditas* (47). Pero no todos los autores cometieron este error; concretamente ANTONIO FABRO sólo admite la máxima: «in iudiciis universalibus... in hereditas sive legitima sive fideicomisaria», lo mismo que tampoco admite en ella la subrogación real por reemplazo por la siguiente razón: «quia duplici subrogatione opus esset pretii primum in locum rei, tum rei alterius in locum pretii, quod, save longe difficilior est, quam ut res in locum pretii, aut pretium in loco rei subrogatur» (48).

Pero volviendo otra vez a nuestro principio general se nos plantea la siguiente cuestión: ¿sólo en las *universitas* ya sean de derecho o de hecho se da la subrogación real? Veamos la respuesta a continuación:

(45) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, ad. l. soluto matrimonium. D. 24. 3, 22, 13.

(46) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, ad l. ex stipulati.

(47) Domenico BARBERO, *ob. cit. Le Università...*, núms. 28 y ss.

(48) CODEX FABRIANO, *Coloniae Allobrogum 1765*, Lib. 3, Tit. 19, des. 7; Lib. 4, Tit. 23, des. 7; Lib. 3, Tit. 25, des. 12, aleg. 17; Lib. 3, Tit. 22, des. 5.

C) *La subrogación real en las universalidades de hecho y de derecho y en las cosas singulares*

Ya hemos visto, que para BARTOLO y según sus máximas, el campo propio de la subrogación real era la *universitas*, pero ¿cuáles eran éstas? Según BARTOLO: «in universalibus iudiciis pretium succedit loco rei, sicut in petitione hereditatem, et in fideicommissis universalibus, sed dos est quoddam universale, sicut hereditas, peculium et similia» (49), es decir aunque no concreta, como BALDO, al decir y *similia* las *universitas iuris* para él eran la herencia y el fideicomiso universal, la dote y el peculio.

En la acción de petición de herencia, el precio sucede en lugar de la cosa y la cosa en lugar del precio (50), y lo mismo en la dote que, para BARTOLO, es otra *universitas iuris*. En una consulta que se le hizo en la que una mujer que recibió en dote un fundo inestimado y, constante matrimonio y junto con el marido, vende el fundo, más tarde, al disolverse el matrimonio por muerte del marido, pide al heredero del marido «dotem praedictam, aut pretium redactum ex venditione praedicta» respondió BARTOLO de la siguiente manera: «Quia pecunia redacta de re dotali, dotalis est» y ello porque «circa hoc dico quod ex eo quod est utile mulieri, et sibi utile esse asserint, praesumit hac esse actum, et illud pretium in causam dotis habeat.» Y añade: «dicit: quem est utile mulieri, licet expresse non dicat, praesumit facta permutatio de re in aliam causa dotis»; pero además de que es útil a la mujer y de que ella ha consentido en la venta, dice BARTOLO, que se deberá el precio porque la dote es una *universitas iuris*: «sed ex natura dotis est, ut pretium succedat in dote loco rei: ergo istud videt tacite actu, quo probo. Dos est nomen iuris: et cuiusdam universitatis, sicut hereditas, peculium; sed in universitatibus pretium succedit loco rei, ergo hoc tacite videt actum, cum non sit ex natura rei contrarium».

Luego a no ser contrario a su propia naturaleza, el precio sucede en lugar de la cosa en la dote porque, además de ser útil a la mujer y de haber consentido a la venta, es una *universitas iuris* donde la subrogación real se produce de pleno derecho sin necesidad de establecerlo así expresamente. Además, con esta misma finalidad nos dice BARTOLO que se solían celebrar contratos verbales entre los cónyuges y los parientes de la mujer, prometiendo la restitución de la dote y considerando a ésta

(49) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.* D. 2.2.10.1. si quis vult in iud; 1. de furtis. D. 47, 2, 47, núm. 7.

(50) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, cos. 124, tomo 11, pág. 39.

«non enim ipsam rem dotalem, ser haec oppositio dotis continet ipsum pretium, ut dictum est».

La dote, por tanto, es una *universitas iuris* porque «possint esse mobilia et immobilia, corporalia e incorporalia», y, por la misma razón lo es también el peculio: «peculium est queadam universitas, cum in ea possint esse mobilia et immobilia, corporalia et incorporalia» (51).

Pero tan importante o más que el campo de las universalidades fue la aplicación del principio de la subrogación real en las cosas singulares, aplicación que fue ganando terreno cada vez más, a pesar de la regla general de que sólo en la *universitas* se daba el cambio del precio por la cosa o viceversa. El mismo BARTOLO nos dice: «reali et singulari iudicio pretium succedit loco rei et venit officio indiciis... et universali non est casus», porque, según hemos visto en las universalidades, la subrogación real se produce de pleno derecho (52).

Exponente claro de la aplicación de la subrogación real en los juicios singulares es la ley si *rem et pretium* de la *actio quod metus causa* ya vista dentro de la institución de la *restitutio in integrum*. Nos dice BARTOLO en su comentario, que aunque la regla aquí es que el precio no sucede en lugar de la cosa, en este caso sí está comprendido por la misma naturaleza de la acción: «regula est que pretium non succedit loco rei: et ubicumque reperitur contrarium est speciale», pero, a pesar de ello, esto ocurre aquí: «nec hoc est quia pretium loco rei succedat: sed quia natura actionis ad hoc se extendit: et hoc in iudiciis particularibus, si ipsa res» (53).

También para BARTOLO en el derecho de prenda o hipoteca, *reali et singuli iudicio*, la cosa sucede en lugar de la cosa, si ésta procede de aquélla, si ha nacido una de otra: «res loco rei subrogata, non caedit in obligationem, nisi ex re prima ortum hubuerit» (54). En los legados y fideicomisos se deberá, dice BARTOLO, no sólo el precio de la cosa de la herencia fideicomisaria vendida, sino también la cosa comprada con este precio, igual que ya fue establecido en el fideicomiso de residuo por los juristas clásicos: «pretium et res comparata ex pretio succedit loco rei in universalibus» (55). En el cómputo de la cuarta falcidia se comprende el precio: «pretium rei dicitur capi iure hereditario, et ideo computatur in quarta» (56) y, tratándose de la donación *mortis causa*,

(51) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, ad. l. si peculium...

(52) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.* D. 6, 1, 15 de rei vindicatione.

(53) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.* D. 4. 18. tit. 2. 1. si ipsa res...

(54) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.* D. 20, 1, 26, final 2.

(55) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, ad. l. de legatis et fideicom. D. 31, 1, 70-71.

(56) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, ad. l. ad legem Falcidiam. D. 35, 2, 19, 8.

nos dice BARTOLO que «contra patrem naturalem datur actio de peculio: contra arrogatorem, utilis vindicatio: et cum res non potes restitui, pretium condicatur» (57).

En el caso del legado de un usufructo, hace referencia BARTOLO, a que la estimación subroga a la cosa: «si usufructus legatus est, non dicitur usufructus pertinere dessisse, si quod loco usufructus aestimatur, percipitur: quae aestimatio loco rei cum suis quantitibus (alias qualitatibus) subrogatur» (58).

Luego como hemos tenido ocasión de observar, las reglas bartolianas sólo en parte explicaban el fenómeno de la subrogación real al no hacer referencia más que al campo de la *universitas*. Veamos ahora la acogida que tuvieron estas reglas por parte de BALDO DE UBALDIS, su discípulo.

D) *Acogida y discrepancia de las máximas bartolianas por su discípulo Baldo de Ubaldis*

La principal discrepancia entre BARTOLO y su discípulo BALDO, muy comentada por sus contemporáneos, está en la distinta consideración de la dote. Para BALDO la dote no es una *universitas iuris* y por consiguiente la subrogación real, cuando se produce, se debe al simple acuerdo entre las partes, no a la consideración como *universitas iuris*.

No conoce BALDO una acción universal aparte de la acción de petición de herencia, y respecto a la *actio dotis* comenta: «si habeat instar actionis universalis» (59). Para él «quaedam sunt actiones universales quaedam especiales. Et dicitur actio specialis etiam ella quae competit pro universitate corpori; tunc dicitur universalis quae competit per universitate incorporali...; nam universitas incorporalis et iuris... hereditas imprimis, sicut de hereditatis petitione; sed universitas corporalis est facti, ut grex... ex praedictis potest quod rei vindicatio non competit pro incorporalibus» (60). «... actio universalis dicitur duobus modis, vel quia proponitur pro universitate, sic habemus petitionem hereditatis. In p. h. veniunt corporalia et incorporalia et incorporalissima, sicut nomina debitorum» (61).

Por todo ello nos dice BALDO que no le parece que en la dote el

(57) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, ad l. de mortis causa donat et capio. D. 31, 6, 18-19.

(58) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, ad l. si usufructus legatus est. D. 7, 1, 35.

(59) Baldo DE UBALDIS (1327-1400), *Commentaria ad libros Digestorum, Codicis, atque Institutionem*... Lugduni, 1585, ad l. si sponsa. D. 23, 3, 81.

(60) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, tomo 1, pág. 282.

(61) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad l. de iure dotium, D. 23, 81, tit. 3.

precio suceda en lugar de la cosa por ser esta una *universitas*, «item non videtur quod in dote succedat praetium loco rei propter naturam universi, imo propter duo concurrentia necessaria videtur, quod hoc sit actum inter virum et uxorem, quod succedat praetium loco rei datae in dotem vel res loco praetii dati in dote, secundum quod hoc expediat mulieri et sic cedat ad eius utilitatem, alias non causatur talis conversio seu successio ut probatur».

Pero BARTOLO dice: «ergo dos est aliquid universale», BALDO responde: «ergo dos non est ius universale». Para el primero la subrogación real se produce, en primer lugar, porque es útil a la mujer; en segundo, porque en la venta del fundo dotal la mujer prestó su consentimiento y por último y fundamental, porque al ser la dote una *universitas iuris* y actuando como tal, el precio es debido automáticamente y se convierte en dotal en el mismo instante, sin necesidad de decirlo expresamente. Si la dote no fuese una *universitas iuris*, para que el precio recibido por la venta del fundo dotal fuera dotal, se requeriría una nueva constitución de dote y, entre tanto, el precio no sería dotal; lo que lo hace dotal automáticamente, es precisamente su entrada en una *universitas iuris*, considerada como elemento determinante. En SOCINO encontramos el apoyo a la opinión de BARTOLO: «ulterius monentur quia in dote praetium non succedit loco rei, nisi fuerit conventum inter virum et uxorem, quod succedat et hoc si in utilitatem mulieris... sed in universalibus praetium succedit loco rei sine ulla conventionione, ut in l. si rem et pretium de petit her... et sic unum de motivis Bartoli retorquetur contra Bartolum sed tu dicas quod hoc quod ex conventionione et in utilitatem mulieris tunc praetium succedat loco rei quod non absolute, inductum fuit in privilegium mulieris» (62).

El mismo CUYACIO, refiriéndose al peculio, acude a la *actio universitate*, no porque el peculio sea un *quid* universal o una *universitas iuris*, sino en cuanto da lugar a un fenómeno de sucesión universal: «fateor peculium interdum accipi pro successionem, ut cum filius familias miles heredem sibi instituit in castrensi peculio: ex constitutionibus peculium illud habetur pro hereditate, et petitur etiam actione de universitate» (63). Quizá el problema de la dote se resolvería, dice BARBERO, convirtiendo el *succedit* en un *potest succedere*, en cuyo caso la fórmula bartoliana quedaría así: «solum in universalibus praetium succedere potest in locum rei» (64). Como ya se dijo anteriormente, el error consiste en considerar a la dote en abstracto como una *uni-*

(62) Bartolomeo SOCINO, *Consiliorum Barth...*, tomos III y IV, Petrum Andream Gammarm, Lugduni, 1537, IV, pág. 98, núm. 49.

(63) CUYACIO, *Opera omnia...*, Nápoles, 1758, tomo VII, pág. 232.

(64) Domenico BARBERO, *ob. cit. Le Università...*, núm. 82, págs. 307 y ss

versitas y no depender de ello, como depende, en realidad, de la relación jurídica que respecto a ella se está contemplando.

Las *universitas iuris* para BALDO son cuatro: «*universitas iuris* sont quator: hereditas, bonorum possessio, peculium et patrimonium» (65), y puesto que la dote no es una *universitas*, «*primo quod licet non dicamus quod in iudiciis universalibus pretium succedit loco rei... tamen non dicitur ideo pretium succedere loco rei, quia sicut res satitum potest peti, ita potest peti pretium incontinenti ut vides hic restitutione dotis, quae dos dicitur esse iudicium universale*» (66).

A pesar de esta diferencia de criterio respecto a la dote, BALDO igual que BARTOLO, considera que la subrogación real se da en los juicios singulares y, sobre todo, cuando el propietario pierde su derecho a reivindicar la cosa de su propiedad que está, p. ej., en manos de un tercero de buena fe: «*in rei vindicatione, quod est iudicium singulare, pretium succedit loco rei, quando res a possessore non potes avocari a principio, ut quia distracta, dogente Principe, vel civitate*», es decir, porque es vendida u ocupada por el príncipe o la ciudad. Pero en este caso se deberá el precio porque «*quod in singulari iudicio succedit pretium loco rei, intellige officio indicis, sed in universali iure actionis ut actio pet. her.*» (67).

Por la misma razón, es decir, por ser un juicio real y singular, en la acción por causa del miedo el precio viene en lugar de la cosa por *officio iudicis*; pero mientras BARTOLO decía que se debía por la misma naturaleza de la acción, BALDO dice que se deberá porque se hizo más rico: «*pretium succedit loco rei in actio quod metus causa, nec non in petit, haered et alia res loco alterius, actio quod metus causa, est in rem scripta: et id circo in ea non succedit pretium loco rei... hic not, pretium succedit loco rei. Sup hoc dic quod in universalibus... sed in singularibus secus. Fallit in actione quod metus causa: quia est in rem scripta, nam magis tenetur, qua locupletior factur, quam quia pretium succedat loco rei ut hic*» (68). Se debe también, dice BARTOLO, el que se deba el precio, a que ésta es una acción variable y no uniforme, como las que considera, sobre todo, la persona del actor: «*quae dam sunt actiones in quibus variatur ius ex personae rei, et in istis actionibus quia sunt variables, et non uniformes, pretium succedit loco rei ut in l. nostra*» y también al hecho de que el precio tenía su origen, procedía de la cosa: «*res enim quod succedit per se ipsam debent, et non respectu*

(65) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad lib. 23, de usufructus, l. quotiens...

(66) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad lib. 23, de iure dotium, l. si sponsa... 81, 78, núm. 4.

(67) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad lib. 6, de rei vindicatione. 1, 8 y 15.

(68) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad lib. 4, 2, l. 18, si ipsa res.

aleterius rei». La procedencia y el origen de los bienes subrogados es siempre puesta de manifiesto por todos los autores del Derecho común como una de las condiciones para que el precio sustituya a la cosa o la cosa al precio.

Sin embargo en la acción de *dolo malo*, BALDO hace referencia, no al precio de la cosa, sino a su estimación: «aestimatio loco rei succedit» y vuelve otra vez a hablar de precio en la acción dada a los menores de 25 años, ambas dentro de la institución de la restitutio in integrum: «pretium in integrum restitutione peti potest, restitutione in integrum pretium succedit loco rei» (69).

La subrogación real se aplica también en el contrato de depósito, si el que se considera heredero por error, vende la cosa depositada, en cuyo caso está obligado al precio o a ceder las acciones correspondientes para pedirlo: «si ille qui est haeres, vel putat se haeredem per errorem, depositam rem vendit, licit dolo careat, tamen tenetur ad pretium, quod ad eum pervenit, et si pretium non percepit cedendo actionem a emptorem liberetur» (70); porque es de ley antigua. «pretium succedit loco rei, et si non est exactum, succedit loco rei cessio actionis».

Así como una herencia puede ser pedida mediante la acción universal de petición de herencia, puede ser también toda ella objeto de una venta, en cuyo caso, dice BALDO, «universitas ubi venditur pretium succedit loco rei»; pero es preciso, dice, considerar bien si se trata de la venta de una herencia o de sólo parte de ella, puesto que, en este caso y según la regla general, la subrogación real no se produciría: «ubi venditur universitas, pretium succedit loco rei, sed ubi venditur, vel quasi venditur res singularis pretium vel poena ab alio exacta loco rei non succedit». Porque en la cosa singular vendida, el precio se recibe, no de la cosa sino a causa de la negociación: «ex ista secunda parte (la ley habla de venta de herencia, de cosa singular y de cuasi venta), quod pretium non ex re, sed propter negotiationem percipitur» (71).

En estos casos particulares, la subrogación real se establece o bien por disposición de la ley o por acuerdo de las partes: «qui oriuntur magis ex previsione legis, quam per formam conventionis, et lex providet diversimode secundum casus occurrentes, ac si pactum esset praecisum». Otras veces se debe el precio a causa de la dificultad de la prestación: «solun ibi succedit in praestatione propter difficultatem praestationis rei: hic vero loquitur an succedat quod ad obligationem, et

(69) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad lib. 4, l. de dolo malo; l. arbitrio, 18-19; l. de mino 25 annis, 10, pág. 247.

(70) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad lib. 16, deposito, l. si duo.

(71) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad lib. 18, de hereditate vel actione vendita, lex 21.

conclude an pretium succedat loco rei». Y otras no ya por disposición de la ley, convenio de las partes o dificultad de la prestación, sino por el principio de equidad en la ley «si ipsa de conditio indebiti»: «et tunc aut aequitas suadet quod pretium succedit loco rei, aut aequitas suadet contrarium, ut quia dolo alienavit, ut in iusto pretium, et tunc non succedit pretium conventum loco rei» (72).

Va ganando terreno cada vez más, como iremos viendo, la aplicación de la subrogación real en los fideicomisos, cuando se vende por el fiduciario de una herencia una cosa con el consentimiento de los fideicomisarios. La venta de bienes fideicomitidos estaba permitida, dice ACCURSIO que «fideicommissarii vendere potest, consequantur tunc ergo ut aliqua si exceptio, persecutio erit fideicommissi ad pretium». A lo que añade IASO DE MAYNO, que el precio se deberá «hoc afetur ex pacto», «ve mandato, vel ex stipulatione» y el precio será pedido, dice AZON, por la acción de testamento: «agi actione ex testamento ad pretium» y aunque subroga a la cosa principal, será considerada ella misma como principal: «quae fierit in re ipsa principali» (73).

En su comentario a la Ley Imperator o fideicomiso de residuo ley 70 y 71, DIONYSIO GOTHOFREDO llama la atención sobre el hecho de que el precio de la cosa vendida o la cosa comprada con este precio se debe, porque más bien parece que la cosa ha sido comprada, no tanto de la herencia del difunto, como del precio de la cosa hereditaria vendida, por lo que éstas quedan en la herencia por una ficción del derecho: «atqui non atm ex hereditate defuncti, quam ex pretio rei hereditariae venditae, comparata videtur: iuris fictione videntur ex hereditate superesse» (74).

Demostrado a través de BAROLO y BALDO el verdadero alcance de la subrogación real a pesar de las dos máximas primeras que sólo hacen referencia a la *universitas*, vamos a referirnos a continuación a lo que significó para los autores del Derecho común la tercera máxima bartoliana o «subrogatum sapit naturam subrogati».

(72) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad lib. 12, si certum petatur, ley 23, página 23.

(73) Dionisio GOTHOFREDO, *Corporis justinianae Digestum et Codex...* commentariis Accursii, Scholiis contii, Paratolli Cuiacii... novae accesserunt ad ipsum Accursium Dionysii Gothofredi... Lugduni, 1604. Horatius Caedon, tomo II, D. 31. 1. Ley 80.

(74) Diinosio GOTHOFREDO, *ob. cit.*, tomo III, D. 31. 1. Ley 70 y 71; T. I. D. 16. 3., núm. 47, deposito; D. 23-3-26 de iure dotium; D. 7. 1. 35 y 39, de usufructus; D. 5. 3. 22 actio petitio hereditatis; D. 4. 2. 18 actio quod metus causa; D. 35. 2. 19 ad legem Falcidiam..., etc.

E) *La subrogación real según la doctrina del derecho intermedio e interpretación de la tercera máxima de Bartolo: subrogatum sapit naturam subrogati*

La tercera regla o máxima dada por BARTOLO por la que lo subrogado adquiere la naturaleza de aquello a lo que subroga, fue aceptada unánimemente por la doctrina posterior, si bien cada uno dio un significado e interpretó la máxima de manera diferente. De regla general y magistral, la califican respectivamente PEDRO ANCHARANO y ALEJANDRO DE IMOLA: «haec est regula communis, et regulam magistralem» (75). La subrogación real será para estos autores, lo mismo que para los juristas romanos clásicos, una ficción jurídica y así lo aclaran BARTOLO, BALDO, JACOBO MANDELLO, JUAN CROTTO, AYMÓN CRAVETTA, GOTHOFREDO, DE LUCA, etc. Por medio de esta ficción dice AYMÓN CRAVETTA, ocurre que la cosa subrogada es la misma y con los mismos efectos que la cosa a la que subroga: «... quia natura simplicis subrogationis unius rei loco alterius operatur, ut res subrogata eadem existimetur esse loco rei, pro qua est subrogatio facta...» (76), porque, añade CRAVETTA, el que posee la cosa subrogada es como si poseyera la cosa a la que subroga: «... quia possidens rem subrogatam videtur possidere rem, cuius loco est facta subrogatio». Para DECIO PHILIPPO la cosa subrogada se reviste de la misma naturaleza que tenía la primera a la que subroga: «quod castrum, predium et alia res... sit eiusdem naturae, quo erat res prima, in cuius locum sit subrogatio» (77). Siempre que se subroga, dice PEDRO ANCHARANO, una persona por otra, una acción por otra acción, o una cosa por otra cosa, asume la naturaleza de aquella a la que subroga» (78) y para JACOBO MANDELLO, pasan a ésta todas las cualidades, condiciones y cargas que tenía la primera: «omnes qualitates, conditiones et onera, quae erant in primo, in sunt in subrogato» (79).

(75) Alejandro DE IMOLA (1424-1477), cons. 4, quod concurrere, núm. 4. Lib. I, confirmado en cons. 17, lib. I, v. Domenico Tuschi, tomo VIII, cons. 756, 757 y 758.

Pedro ANCHARANO (1350-1416), cons. 414. Praemittendum, in pro. pleniss, v. Domenico Tuschi, tomo VII, cons. 756, 757 y 758.

Domenico TUSCHI, *Practicarum conclusionum juris in omni foro frequentiorum Dominici*. T. T. S. Lugduni, 1635. Caffin y Plaignrs.

(76) Aymón CRAVETTA (1504-1569), *Consiliorum sive responsorum Aymosis Cravetta...* Francofurti ad Moenum... Joannes Sourius, 1611, cons. 97, núm. 49 y ss., v. ad tertium, núm. 51 y cons. 973.

(77) Decio PHILIPPO (1454-1535), cons. 43, núm. 14, v. Cravetta, cons. 973, números 2 y 3.

(78) Pedro ANCHARANO, cons. 1, núm. 10, y cons. 421, núm. 2, v. Domenico Tuschi, *ob. cit.*, tomo VII, cons. 756, 758.

(79) Jacobo MANDELLO, *Consiliorum...* D. J. Mandelli Albensis..., lib. quatuor... Venetiis, 1592, J. Bautista Somaschus, cons. 234, núm. 9.

La nueva cosa adquiere la naturaleza de la antigua, dice BALLETO, con todas sus cualidades y causa, considerando esta última como la causa natural no accidental (80). SOCINO establece dos limitaciones al principio: Cuando lo subrogado no toma naturaleza accidental y cuando no corre al mismo efecto: «prima est, quando subrogatum non assumit naturam accidentalem; secunda, quando non cūrrit ad eundem effectum» (81). Y por último, para RIMINALDO IUM, no se da la subrogación real cuando aquello a lo que se subroga se hubiera extinguido y cuando no exista la misma cualidad e incluso repugne: «quando illud in cuius locum sit subrogatio, esset extinctum et extendem quando non viger eadem qualitas in subrogato, imo repugnat» (82).

Como podemos observar, se contempla este principio desde el punto de vista de las cosas. Es en éstas donde se produce el cambio, y es de una a otra donde pasan las cualidades, efectos, condiciones, cargas, naturaleza accidental o cualidades accidentales según estos autores. A pesar de la aparente diferencia que parece existir entre ellos, a la hora de interpretar esta máxima, en principio existe unanimidad en cuanto aceptan en términos generales que lo subrogado adquiere la misma naturaleza de aquello a lo que subroga.

También existe unanimidad entre los autores citados acerca del principio ya establecido por BARTOLO y BALDO, de que en la *universitas* la subrogación real se produce de pleno derecho y por una ficción de derecho, mientras que en los casos particulares es necesario que así lo haya establecido el juez, la ley, el convenio entre las partes, e incluso cuando ello sea necesario, por imperativo del principio de equidad.

(80) BALLETO, v. Cravetta, *ob. cit.*, cons. 973, núms. 2 y 3.

(81) Bartolomeo SOCINO, *ob. cit.* Reg. 34, «subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatur», y Regl. 302.

(82) Riminaldo IUM, cons. 113, núm. 121, y cons. 113, núm. 129, v. Domenico TUSCHI, *ob. cit.*, tomo VII, cons. 757.

Jacobo MANDELLO, *Consiliorum... D. J. Mandelli Albensis...*, *ob. cit.*, cons. 97, números 49 y ss., v. el 3.º, donde el núm. 15 dice que los bienes se subrogan por ficción desde un principio, y cons. 256.

Juan ALBA, *Selectae annotationes et expositiones in varia utriusque testamenti difficilissima loca...* Auctore D. Johanne Valentiae, Philippus Mey, 1613, cons. 97.

Juan CROTTO, cons. 123, núms. 8 y ss., lib. 1.º, v. Domenico TUSCHI, *ob. cit.* y cons. 756-758.

Pablo DE CASTRO, *ob. cit.*, cons. 269, lib. 1.º, Ley uxor marito, ss. de donat. inter vir et uxor.

Pedro ANCHARANO, cons. 102, contra dictam donationem, núm. 5, v. Domenico TUSCHI, *ob. cit.* y cons. 756-758.

Mateo DE AFFLICTO (1448-1528), v. Domenico TUSCHI, *ob. cit.* y cons. 756-758.

Iaso DE MAYNO, *ob. cit.*, cons. 43, lib. 3.

Juan CROTTO, cons. 65, núms. 15 y ss., v. Domenico TUSCHI, *ob. cit.*, cons. 756-758.

Aymon CRAVETTA, *ob. cit.*, cons. 973, núms. 4 y ss., y cons. 609.

Pero lo más debatido entre estos autores fue el problema de si se aplicaba el principio de subrogación real en los fideicomisos y cómo, problema que, como veremos más adelante, era muy debatido y dio lugar a sentencias muy interesantes.

Cuando existen bienes sujetos por distintas circunstancias a la prohibición de enajenarlos, es precisamente por el principio general de la subrogación real por el que la venta es válida, siempre que se cumplan determinados requisitos; así, JACOBO MANDELLO dice que si el testador hizo un fideicomiso y mandó o prohibió que no se vendieran sus bienes, aunque no el permutarlos o que otros bienes subrogaran al fideicomiso, puede el heredero de buena fe subrogar, incluso, sus propios bienes y vender el fideicomiso; y en el caso en que el testador diera su licencia, no sería necesario llamar a los sustitutos: «quia si testator, qui fecit fideicommissum, et prohibuit bona alienari, sed bene premutati, vel subrogar alia loco fideicommissi, potest haeres gravatus bona fide etiam bona propria subrogare, et fideicommissum alienare». Y añade JUAN ALBA: «quia in hac subrogatione non sunt citandi substituti, quando testador dedit licentiam». Y JUAN CROTTO dice, que cuando se subroga una pieza en lugar de otra, válidamente vendida, la segunda puede darse *in solutum*, sin solemnidad, como la primera, porque tiene su misma naturaleza (82 bis).

Pero aunque exista una expresa prohibición de vender, opinan los autores del derecho intermedio, que puede hacerse una permuta *para mejor*, que subrogaría a la cosa cuya venta estaba prohibida. Así, PABLO DE CASTRO, PEDRO ANCHARANO, MATEO DE AFFLICTO, IASO DE MAYNO y JUAN CROTTO (82 ter). Este último autor distingue tres casos: 1.º Cuando el testador prohibió vender fuera de la familia por un afecto particular, en cuyo caso no puede permutarse; 2.º Cuando no consta tal afecto y, por tanto, puede permutarse, y 3.º Cuando expresó la causa, p. ej., que alguien se alimente de los frutos, y si la cosa puede verificarse en la cosa permutada, vale la permuta, y por consiguiente, la subrogación

(82 bis) Jacobo MANDELLO, *Consiliorum... D. J. Mandelli Albensis... ob. cit.*, cons. 97, núms. 49 y ss., v. el 3.º, donde el núm. 15 dice que los bienes se subrogan por ficción desde un principio, y cons. 256.

Juan ALBA, *Selectae annotationes et expositiones in varia utriusque testamenti difficilissima loca...* Auctore D. Johanne Valentiae, Philippus Mey, 1613, cons. 97.

Juan CROTTO, cons. 123, núms. 8 y ss., lib. 1.º, v. Domenico Tuschí, *ob. cit.* y cons. 756-758.

(82 ter) Pablo DE CASTRO, *ob. cit.*, cons. 269, lib. 1.º, Ley uxor marito, ss. de donat. inter vir et uxor.

Pedro ANCHARADO, cons. 102, contra dictam donationem, núm. 5, v. Domenico Tuschí, *ob. cit.* y cons. 756-758.

Mateo DE AFFLICTO (1448-1528), v. Domenico Tuschí, *ob. cit.* y cons. 756-758. Iaso DE MAYNO, *ob. cit.*, cons. 43, lib. 3.

real: «ubi facit trea casus; Primus est, quando testator prohibuit alienari extra familiam propter affectionem particularem, puta quia res est maiorum suorum, et non potest permutari; secundus, quando non constat, quod habuerit affectionem, et potest permutari; quia res permutata subragatur loco alius; tertius casus, quando exprimit causa, puta, ut ex fructibus quis alatur, et si causa verificari potest in re permutata, valet permutatio» y añade: «ut procedat subrogatio, si res permutata sit universalis, prout haereditas, castrum, vel feudum». AYMON CRAVETTA dice que esto ocurre en los casos particulares, cuando se dice expresamente «ubi declarat etiam in particularibus quando expresse sit subrogatio» (82 cuater).

AYMON CRAVETTA, IASO DE MAYNO, ALEJANDRO DE IMOLA, DECIO y ANDRÉS TIRAQUELLO consideran que el fideicomisario que vende bienes sujetos a fideicomiso y con este precio compra otros bienes, se dice que subroga tales bienes comprados en lugar de los bienes sujetos al fideicomiso vendidos: «fideicomissarius alienans bona supposita fideicomisso, et emens alia bona ex illo pretio, dicitur subrogare talia bona empta loco fideicommissi alienati» (83). Sobre todo, dice ANDRÉS TIRAQUELLO, cuando en el caso visto transcurrió poco tiempo entre la compra y la venta: «maxime, quum modicum tempus intercessit inter venditionem et emptionem». Con tal que existan, dice CRAVETTA, otras conjeturas y si se expresó que se compraba para el fideicomiso: «idem extant aliae coniecturae, vel si expressit, quod emebat pro fideicomisso» (84).

Dice ANDRÉS TIRAQUELLO que la cosa comprada con el precio de un fundo dotal o fideicomisario no se hace dotal ni cae bajo el fideicomiso en los casos particulares, a no ser que el comprador lo declare y lo proteste; lo contrario si se tratara de *universitas iuris*. Pero si la compra se hace inmediatamente después de la venta, en este caso sí será el bien dotal o fideicomisario, pues se induce la subrogación presunta: «quia res empta ex pretio fundi dotalis, vel fideicommissarii non efficitur dotalis, neque sub fideicomisso in particularibus; secun in universalibus, nisi emens hoc declaret, et protestetur» y «si imptio fieret statim

(82 cuater) Juan CROTTO, cons. 65, núms. 15 y ss., v. Domenico Tusch, *ob. cit.*, cons. 756-758.

Aymon CRAVETTA, *ob. cit.*, cons. 973, núms. 4 y ss. y cons. 609.

(83) Aymon CRAVETTA, *ob. cit.*, cons. 295, núm. 4, y cons. 209.

Iaso DE MAYNO, *ob. cit.*, cons. 213, lib. 2.º

Alejandro DE IMOLA, in l. mulier, cum proponeretur. s. ad. Trebell., v. Domenico Tusch, *ob. cit.*, cons. 756-758.

Felipe DECIO, cons. 27, núm. 7, lib. 1.º, v. Domenico Tusch, *ob. cit.*

Andrés TIRAQUELLO, *Otros retractos, convencional y municipal...*, Lyon, 1555, edic. Guliel Rovillium, de retraligng, glosa única, núm. 27.

(84) Aymon CRAVETTA, *ob. cit.*, cons. 417, núm. 7.

post venditionem; quia inducitur subrogatio praesumpta, et idem, si aliae extarent coniecturae» (85). Sin embargo, para SIMON DE PRAESTIS, si en el caso anterior se compra con el precio del bien fideicomitido vendido otros bienes *a cargo*, estos bienes no vienen al fideicomiso, sino que se deberá el precio, si se ignora el gravamen del fideicomiso; si el vendedor sabía el gravamen, no se deberá la cosa comprada con el precio, a no ser que la compra haya sido hecha especialmente a nombre de la herencia fideicomisaria: «nisi in specie facta sit emptio nomine haereditatis fideicommissariae» (86). SOCINO afirma que, bien lo sepa o lo ignore, el vendedor está obligado al precio: «sive ignorat, sive sciat, tenetur ad pretium» (87).

Si con el dinero, objetos de plata u otras cosas de la herencia, dice BARTOLO, al venderse con su precio se compraran otras cosas, lo comprado estará sujeto a fideicomiso. O cuando el *gravado* conoció el fideicomiso, o aunque lo ignore, cuando en el tiempo de la condición eveniente los bienes estaban en poder del *gravado*, porque en las universalidades... (88). También si el heredero gravado por mandato del testador redime algunos bienes vendidos con pacto de retro o con pacto de redimirlos o resolutivo: «ut idem sit, si haered gravatus iussu testatoris redemit quaedam bona vendita cum pacto relvendi, vel cum pacto resolutivo» (89).

En cuanto al contrato de permuta; si se permuta un predio fideicomisario por otro, este otro se hace fideicomisario, dice ALEJANDRO DE IMOLA, y añade ANDRÉS TIRAQUELLO que, en este caso, se hace fideicomisario inmediatamente y en el mismo momento, como si se tratara de una compra con el precio de la cosa fideicomisaria vendida, y ello por una ficción del derecho (90) y porque, dice RIMINALDO IUM: «quia quod dicitur subrogatum sapere naturam eius, in cuius locum subrogatur, procedit in subrogatione legis non hominis» (91) y sobre todo si se subroga un compamento en lugar de un feudo, pues al no ser de la misma naturaleza, sólo la ley puede establecerlo, porque la subrogación

(85) Andrés TIRAQUELLO, *ob. cit.*, glosa única, núms. 15, 22 y ss. y 24.

(86) Simon DE PRAESTIS, *De ultimarum voluntatum interpretatione tractatus...* autore simone... Lugduni, 1588. Petrus Landry, lib. 3.º, solut. 1, núm. 5, folio 345.

(87) Bartolomeo SOCINO, *ob. cit.*, cons. 16, lib. 3.º.

(88) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, cons. 276.

(89) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, lib. 1.º, cons. 122, quaeritur.

(90) Andrés TIRAQUELLO, *ob. cit.*, 32, glosa única, núms. 26 y ss.

Aymon CRAVETTA, *ob. cit.*, cons. 295, núms. 4 y ss.

Juan ALBA, *ob. cit.*, cons. 97, núms. 50 y 51.

Alejandro DE IMOLA, cons. 49, núms. 5 y ss., lib. 3.º, v. Domenico Tuschi, *ob. cit.*

(91) Riminaldo IUM, cons. 18, núm. 88, repite cons. 113, núm. 122, v. Domenico Tuschi, *ob. cit.* y cons. cit.

del feudo se entiende según la naturaleza del feudo, no según lo accidental y fuera de su naturaleza: «ubi loquitur in castro subrogato loco alterius feudis, et castri, ut no sit eiusdem naturae, ut ibi per eum; quia subrogatio loco feudi intelligitur secundum naturam feudi, non secundum accidens, et praeter naturam». Como veremos más adelante, está haciendo referencia a una sentencia de 1499.

La subrogación real puede establecerse en un testamento lo mismo que en un contrato. AUGUSTÍN BEROIO dice: «quia subrogatio facta per testamentum et ultiman voluntatem ad disposita in contractu censetur contractu» (92). Para ANTONIO GÓMEZ es necesario que la subrogación «expresse sit dictum, quod res empta sit subrogata, et uxor consentiat et eidem sit utile» (93).

De tal manera se aplicó la subrogación real y se hizo uso de la palabra subrogación, que creemos muy significativa la expresión de CUYACIO, cuando dice que «pretium succedit... ut vulgo dicitur» (94). Y es que verdaderamente se empleó este principio excesivamente; el mismo ALEJANDRO DE IMOLA nos habla de una ciudad destruida y vuelta a construir, en cuyo caso, y por subrogación real, la segunda subroga a la primera y tiene sus mismos privilegios: «in civitate destructa postea reaedificata; quia cum sit subrogata loco destructae, habet eadem privilegia, quod habebat destructa, antequam destrueretur»; y que el puente que es destruido y vuelto a construir subroga al antiguo y, por este hecho, se paga el mismo peaje: «in pont, pro quo soluebatur pedagium; quia eo destructo, et alio subrogato erit soluendum idem pedagium». BALDO dice que en el caso de que destruido un hospital que tenía derecho de patronato, hubiera sido construido de nuevo, este último tendrá el mismo derecho que el primero: «idem in hospitali destructo; quod erat iuris patronatus, ut si alibi reaedificetur cometat ius patronatus ad reaedificatum» (95).

Es interesante señalar cómo JUAN BELLONO hace referencia por primera vez a la subrogación real como un traslado de derecho de un

(92) Agustín BEROIO (1485-1554), cons. 15, núm. 64, vers. 3, lib. 3.º; v. subrogatio bonorum et cons. 758, 198, sobre todo núm. 4, y cons. 234, núm. 9, Domenico Tuschí, *ob. cit.*

(93) Antonio GÓMEZ, *Varias resolutiones juris civilis, communis, et regii...*, con anotaciones de Emanuelis Soarez a Ribeira y adiciones de Joannis de Ayllon Laynez, Matrite, 1768, de qualitatibus contractum, cap. 11, núm. 28, lib. 1.º; de donatione, cap. 4, núm. 21, lib. 2.º; sustitución fideicomisaria, cap. 5.º, lib. 1.º, número 16, y de legados, cap. 12, núm. 50.

(94) Jacobo CUYACIO, *ob. cit.*, tomo VII, col. 1187, Res. ad. tit. de legatis 2, fideicomiso de residuo; y tomo V, col. 887, l. quod metus causa.

(95) Aymon CRAVETTA, *ob. cit.*, cons. 973, sobre todo núm. 4.

Alejandro DE IMOLA, cons. 193, núm. 7, ver ex quo ad propositum, lib. 2.º

Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, cons. 400, lib. 2.º

objeto a otro y no de paso de cualidades de un bien a otro; se trata de un campamento destruido y vuelto a construir, por lo que se consideran trasladados al segundo todos los derechos del primero: «in castro, et loco destructo; qua si aliud loco illius aedificetur, omnia iura primi censentur traslata in secundum subrogatum, ubi, quod obligati ad guardias, et onera primi castris ditrupti tenentur ad castrum subrogatum» (96).

Con esta visión del amplísimo campo de aplicación de la subrogación real y los debates que sobre ella se establecían entre los autores y doctrina del Derecho intermedio, vamos a pasar ahora al estudio de la subrogación real en el campo jurisprudencial.

F) *La subrogación real a través de la jurisprudencia de los siglos XV al XVII y según el cardenal Juan Bautista de Luca*

Es sorprendente la labor de la jurisprudencia de los siglos xv al xvii, aplicando con un gran espíritu liberal y progresista la subrogación real allí donde la economía y el tráfico jurídico la reclamaban como altamente beneficiosa. Se fue aplicando por la jurisprudencia según las necesidades del momento. Las máximas de BARTOLO, que encerraban a la subrogación real dentro del campo de la *universitas*, no eran ni para la doctrina ni para la jurisprudencia dogmas de fe, sino que, teniendo en cuenta la realidad y el desarrollo industrial y económico de los pueblos y para hacer más flexible el comercio, se acudió al juez, al príncipe, al pontífice y a los acuerdos de los particulares para aplicarla siempre con las suficientes garantías. El derecho real de hipoteca podía extenderse a otro objeto equivalente; el censo enfiteúutico se podía trasladar sobre otra finca si la primera sobre la que recaía resultaba incapaz; los fideicomisos y los feudos inalienables se venden beneficiando no sólo a la economía en general, sino también a los mismos propietarios. Al mismo tiempo todos estos cambios tenían que estar suficientemente garantizados, por lo que se exige que la subrogación real conste en documento oficial o privado donde se emplee la palabra *loco*, que no sólo indica la intención de subrogar, sino también la relación o vínculo que existía entre el antiguo y el nuevo bien. Como veremos más adelante, la doctrina europea del principio del siglo xx no hizo más que usar los mismos argumentos dados por la doctrina y la jurisprudencia del Derecho común.

Tratándose de subrogación real, dice DE LUCAS, es incongruente

(96) Juan BELLONO, cons. 1, visis scripturis, núm. 8, ver quinimo; v. Domenico TUSCHI, *ob. cit.* y cons. 757.

detenerse en los principios generales o axiomas, debiéndose considerar la subrogación deduciéndola de la práctica contraria o de las observancias como intérprete, pues a aquel que en lugar de la cosa prestaba su equivalente o en lugar de lo principal daba lo subrogado, no se le podía impedir hacerlo, siempre con la correspondiente cautela y garantía. La práctica cotidiana así lo establecía en materia de fideicomisos, feudos y censos, en cuyo caso si se le asigna una propiedad y luego se descubre que es incapaz, no se puede aplicar aquel rigor que creyeron algunos antiguos y rescindir el contrato, sino que, por el contrario, se admite la subrogación real de otra propiedad.

En caso de hipoteca, y por medio de la subrogación real, ésta podía extenderse a otro objeto equivalente, no pudiendo el acreedor impedir al deudor vender la garantía, aunque fuese pretoria, judicial y, menos aún, convencional, siempre que el acreedor pudiera ejercer su derecho sobre una indemnización y así fue resuelto por la Congregación (disc. 53).

Para ver si se da o no la subrogación real, hay que considerar la cualidad del hecho de que se trate. Cuando un legado se enajena voluntariamente o por necesidad y su precio se convierte en otra cosa, estamos, dice DE LUCAS, ante una cuestión que no tiene regla cierta y se tendrá que considerar como norma indicativa la voluntad de disposición, según estableció el Tribunal de la Rota (97).

Como dice DE LUCA, el empleo de la subrogación real era muy frecuente en la Curia y en la Congregación de Montes y Barones, por medio de la inversión que se hacía del precio residual de los bienes fideicomisarios vendidos con autorización de la Bula de Barones o por Carta Pontificia y la inversión del precio en montes u otros bienes estables era muy utilizado en España (98).

(97) Juan Bautista DE LUCA, *Theatrum veritatis et justitiae*, Nápoles, 1758, edic. Lucas Laurentius, disc. 141, núms. 4, 10, 11, tomo VIII, pág. 263.

Núm. 11: «cum ego incongruum esse dicerem, ut in magnis Civitatibus, magnisque Tribunalibus, in huiusmodi axiomatibus, ac tegulis generalibus immorandum sit; atque magis considerabile objectum esset illud, deductum a contraria praxi, seu observantia tanquam interprete; Hinc super hoc objecto principaliter immorando, dicebam, quod facilis videbantur responsio, ex defectu applicationis, ob omnimodam diversitatis rationem».

Núm. 4: «non solum, ponderandam esse divi illam dictionem loco, quae subrogationem denotat».

Núm. 10: «Id autem habemus in praxi quotidianum, circa subrogationem unius fideiussoris in locum alterius, qui nolit amplius perseverare in obligatione, sed petat eximi, vel quia diu steterit, vel ratione obligationis cameralis, aut ex Statuto, quod in Urbe viget, quoniam si datur fideiussor aequè idoneus, tunc de plano intrat officium Iudicis pro admissione subrogationis. Ac etiam praxis docet in censibus, quod si assignetur unus fundus, qui detegatur incapax, non intrat ille rigor, quem aliqui antiquiores crediderunt, ut sit locus rescissioni actus, ac repetitionis sortis, sed admittitur subrogatio alterius fundi; cum similibus.»

(98) Juan Bautista DE LUCA, *ob. cit.*, disc. 141, núm. 3, pág. 262: «Magis vero

La permuta de feudos y fideicomisos en esta época fue muy frecuente e incluso se dio el caso de permutas de campamentos aplicando el Tribunal el principio de subrogación real. Según una Sentencia de 1499, durante el gobierno de Giberto Pío, se permutó el campamento de Saxolo por el campamento de Carpio, y en esta sentencia el Senador Politonio Mediolano determinó que el campamento de Saxolo subrogó al campamento de Carpio, adquiriendo por subrogación real su misma naturaleza y privilegios. También se determinó en esta sentencia, que un feudo corresponde a la llamada *universitas facti* (99).

«Sententiam hanc ratione multiplici Dn. Polytonius confirmat: *Prima*: quae ab effectu aut natura permutationis subrogationisve existit. Per quam, naturam rei ex permutatione datae, portio, quae accipitur, adsumit... Ita cum Saxoli castrum ex permutatione Gibertus Comes accepit, in eo ius visus continuare est, quod in Capri loco habebat» y esto ocurre por efecto del derecho y porque, como se decía, quien posee la cosa subrogada, se presume que posee la principal: «quod effectum iuris, per subrogationem habetur». A continuación se hace referencia a BARTOLO en su glosa a la Ley Imperator (fideicomiso de residuo).

Si la subrogación real se da en la permuta de dos campamentos, con mayor razón, dice POLITONIO, se dará si se tratara de feudos: «longe facilius quae feudalís est, feudi alterius naturam induet, faciliore in his transitu admissio». El feudo pertenece a la *universitas facti*, por estar compuesto de sólo cosas materiales y por ser objeto de *rei vindicatio*, al contrario de la *universitas iuris*; «feudum plane ad facti universitatem pertinere». En este caso se duda si es suficiente el acuerdo de las partes cuando una cosa singular adquiere la naturaleza y efecto de otra... ¿Depende de la voluntad de las partes o del superior?, «quatenus a potestate id partium aut superioris pendet». «Auctoritate igitur Caesarea intercedente, a controversia omnia vacua res videtur, iure illo honorabili, optimo et privilegiario feudi Carpi, feudum praedictum Saxoli esse, ita uti ipsa comprehensum permutatione est». «*Secundus*. Caesaris etiam consensu. Namque, et si fictio maxime in pactione hac interveniret, ut quam feudum naturam non habet, adsumat, atque homini permitti fictio

proxime, ac astringentur; ob receptam praxim Curiae, praesentim istarum Congregationum Montium, et Baronum in invertimentis, quae fiunt de pretio residuali bonorum fideicommissariorum, quo investiendum est; vel ex Bulla Baronum, vel ex Pontificiis litteris, vel chirographi, in bona stabilia.»

(99) Aymon CRAVETTA, *ob. cit.*, cons. 973, pág. 429, quinta parte, núms. 2, 5, 6, 7, 8, 9 y 10.

«Illust. D. Gibertus Pius, partem suam Carpi et Soleriae, iuraque omnia ad eum in locis ipsis pertinentia cum Castro Saxoli et locorum continentium Illustrissimi et Excelentissimi Ducis Ferrariae sub pactione, in verba haec inter alia permutavit.»

non soleat. Attamen ad ius id Caesarem pertineret, ne ex fictione deterrius vasallorum et permutatum fiat.» Que la permuta de estos dos campamentos fue hecha con el consentimiento del Emperador, es decir, no es suficiente el pacto de las partes para que una cosa asuma, adquiera la naturaleza de otra, pues de la ficción de los hombres puede venir perjuicios, por tanto, este derecho corresponde al Emperador.

«*Tertio respondetur.* Fictionem hic non versari, quae contraria veritati evidenter est... Ita effectus unius alli applicatur, in qua re fictio nulla quod subrogandi ius non modo prohibitum non est, ser expressim permissum.»

En otra sentencia dada por la Colonia de los Alóbroges en el año 1697, también en materia de feudos, se plantearon dos cuestiones: 1.^a ¿Es posible que un feudo compartible entre varios hermanos, que solía llamarse de Derecho Lombardo, fuera cambiado en derecho de primogenitura por el feudatario, con el consentimiento del Príncipe y se convirtiera en feudo indivisible y único, en perjuicio de los otros hijos? 2.^a El nuevo feudo permutado por otro antiguo y subrogado en su lugar, ¿puede llamarse nuevo o debe llamarse antiguo? ¿Qué ocurre si el valor del feudo nuevo excede en mucho al valor del antiguo? ¿Puede ese excedente llamarse feudo nuevo? (100).

No cabe duda, se dice en esta sentencia, que el nuevo feudo de Guiglia, junto a las fronteras del antiguo feudo de Semesio, como permutado con él y subrogado en su lugar, puede llamarse antiguo según el axioma general *subrogatum sapit naturam...*, «quo vero ad secundum punctum, non dubitatur, feudum novum Guigliae ad limites antiqui feudi Semessi, tamquam cum eo permutatum, ejusque loco subrogatum dici antiquum, ut ultra generale axioma, quod subrogatum sapit..., in punctum unius feudi loco alterius subrogati».

Respecto a la parte que excedía un feudo de otro, el Tribunal determinó que no formaba un feudo nuevo, porque uno y el mismo cuerpo o sustancia del feudo no podía tener al mismo tiempo diversa naturaleza, aunque esto sí podría darse en las cualidades extrínsecas añadidas de nuevo, por lo que el suplemento pagado en dinero por el Marqués Francisco, padre común de los contendientes, debía llamarse alodial para todos los hijos y repartirse entre ellos: «non videri esse posse feudum novum, quia unum et idem corpus, seu substantia feudi non videtur, quod possit eodem tempore habere diversam naturam, licet hoc bene dari possit circa qualitates extrínsecas de novo additas, ut supre; Est bene verum, quod istud additamentum factum de pecunia Marchio-

(100) S. R. E. Juan Bautista DE LUCA, *ob. cit.*, tomo I, disc. 9, Coloniae Allobrogum, sumptibus, J. A. Cramer y P. Perachon.

nis Francisci communis Patris contententium, dicendum venit allodiale, omnibus filiis, tanquam pecunia, seu res allodialis communicandum».

Sin embargo, la subrogación real fue rechazada en otra ocasión en una Sentencia de la Cámara Apostólica, por no existir entre el objeto de la contienda y los campamentos constituidos en feudo, un vínculo de relación. Los campamentos de Gallesi y Crochiani, que Juan XXIII concedió en feudo a Francisco Ursino, para sí y su descendencia a perpetuidad, con la obligación de pagar una renta y el juramento de fidelidad, tras varias vicisitudes en las que intervinieron los pontífices Paulo II y Adriano VI, se resolvió que el rédito dinerario concedido a un descendiente de Francisco Ursino, era alodial y hereditario y que al no estar vinculado con los campamentos, era de libre disposición (101).

El Cardenal DE LUCA, que intervino en esta sentencia, no estuvo de acuerdo con la decisión, porque decía que los campamentos en cuyo lugar había sido dado el rédito, habían sido concedidos en feudo y en virtud de un pacto en favor de todos los hijos y descendientes de Francisco Ursino, y que, por tanto, este rédito debía considerarse de la misma naturaleza y subrogado por ley, en lugar de los dichos campamentos según la máxima *subrogatum sapit...*; que los bienes subrogados en lugar del feudo por el príncipe que los dio, tienen la misma naturaleza; que aunque el precio del feudo no sea feudal, ni se regule por el derecho del feudo, si la enajenación del feudo se hace por mandato del juez y en su lugar se considera el precio, se dice feudal como ocurre en la práctica con los campamentos vendidos por la Congregación de Barones y en virtud de la Bula de Barones, en cuya virtud el precio sustituye a los campamentos.

Pero las sentencias más frecuentes fueron las que establecían la subrogación real en materia de fideicomisos, permitiendo, a través de ella, que los bienes sujetos al fideicomiso fueran vendidos o permutados e incluso, que con el precio recibido, se compraran otros que vendría a ser por subrogación fideicomisarios como los antiguos. En efecto, se resolvió en una sentencia que los lugares de Montes comprados con dinero procedente de la venta de un fideicomiso, subrogaran la cosa vendida y con los mismos vínculos con los que la misma cosa estaba unida. Un tal Gaspar Alvero, que poseía un castillo ruinoso jurisdiccional, llamado Castel Romano, sujeto al fideicomiso de sus antepasados, con prohibición absoluta de venderlo o hipotecarlo, lo vendió, con el beneplácito apostólico, al Cardenal Sacheto en 60.000 escudos, de los

(101) Cardenal DE LUCA, *ob. cit.*, tomo I, disc. 42, *Romana anni redditus*, pro Maria Francisca y Constancia Felice de Ursino, cum Vicentinis et Brandanis; caso resuelto por la Cámara Apostólica contra los actores.

cuales una parte la utilizó en el pago de deudas y con 20.000 compró lugares de Montes. Por su parte, el Cardenal, por un rescripto del Papa Urbano VIII, liberó el castillo de cualquier hipoteca, carga o vínculo, de forma que el precio pagado permaneciera siempre subrogado en lugar del castillo. Más tarde, Gaspar Alvero vendió los lugares de Montes a Lana y otros, los cuales se querellaron por la persecución de que fueron objeto de los acreedores del castillo, en virtud de la cláusula sobre la obligación de aceptar las cargas del castillo.

La sentencia resolvió que los lugares de Montes fueron todos subrogados por medio del rescripto en lugar del castillo, de donde estos lugares subyacen a todas las cargas, vínculos e hipotecas que competían al castillo, como si ellos fueran sus poseedores (102).

En otro caso semejante, venta de un castillo por orden de la Congregación de Barones, resolvió el Tribunal de la Rota que el precio subrogaba al castillo (103); y lo mismo en otra Sentencia de 29 de noviembre de 1610: «*res empta ex pretio fideicommisso rei subiectae, venditae et eius loco subrogata subiaceret fideicommisso*» (104), y en caso de permuta resolvió a favor de la subrogación real el Senado de Mantua (105). Y, por último, en una sentencia arbitral se resolvió: «*obstare videtur si dicatur bona ista Tusculani fuisse empta per Seium ex pretio bonorum fideicommissi, ob in quod videantur subrogata in locum bonorum fideicommissi... pretio reducto ex distractione bonorum dicti fundi Tusculani, pro parte, et aliorum bonorum fideicommisso subiectorum, ut proponitur, au dicta bona Tusculani reciderint in causam fideicommissi*» (106).

En el día 14 de diciembre de 1665 se resolvió y discutió si la calidad enfiteútica con pacto de devolución y con prohibición de vender, pasa a los lugares de Montes adquiridos con el precio de la cosa enfiteútica, vendida en virtud de una Bula de derecho congruo, permaneciendo en su valor la transacción, y el paso de todos los vínculos de la cosa enfiteútica a los lugares de Montes o, por el contrario, se traslada al precio. El caso era el siguiente: los administradores del Hospital de los ingleses, en el año 1530, concedieron a Antonio, hasta su tercera

(102) Cardenal DE LUCA, *ob. cit.*, tomo II, de regalibus, disc. 37, Romana Locorum Montium de Alveris, pro ABB. Abelo Lana et consortibus, con los acreedores de Gaspar Alvero; caso resuelto en favor de los acreedores, por A. C.

(103) Cardenal DE LUCA, *ob. cit.*, tomo II, disc. 30, sobre lugares de Montes, página 63.

(104) R. R. C. A. ROTA ROMANAE, Decisiones Coram Cavalerio ab anno 1607, ad annum 1623. Venecia, 1629, núm. 4.

(105) S. N. S. Sacri Mantuani Senatus. Decisiones a senda collectae. Placentia, 1598. Dec. 208, núms. 3 y 12, en caso de permuta.

(106) Aymon CRAVETTA, *ob. cit.*, cons. 202 y cons. 295, núm. 4, pág. 217. Socino, cons. 36, lib. 3.

generación, una casa semiderruida por los Borbones, con la carga de pagar un canon de 10 escudos... con prohibición de enajenar y que, una vez terminada la concesión, se le devolviera la casa de pleno derecho. En el año 1572, Antonio vendió, con el consentimiento del dueño, a Pedro y a los hijos de éste y más tarde se le compró la casa por derecho de retracto y el precio de la casa se invirtió en 13 lugares de Montes, diciéndose en el título de adquisición que los montes subrogan a la casa y están afectos al Hospital inglés...

El Tribunal sentenció que, aunque el contrato en un principio era enfiteútico, había dejado de serlo por cesación de la cosa y traslado a lugares de Montes con los que el contrato enfiteútico no compaginaba; es decir, que por incompatibilidad, este derecho se extinguió por ser contrario a su naturaleza, en este caso concreto, su traslado sobre lugares de Montes. Admite no obstante el Tribunal la subrogación real por reemplazo en lugares de Montes, pero especifica que por la diversidad de naturaleza, esta subrogación real es impropia y no propia y verdadera (107).

También el Tribunal de la Rota aplicó la subrogación real, considerando la cualidad del hecho de que se trataba, en el caso de un legado que fue enajenado, tanto por necesidad como por libre voluntad; y con el precio recibido se compró otros bienes. Estamos, dice DE LUCA, ante una cuestión que no tiene regla cierta y, por tanto, se tendrá que considerar como norma indicativa la voluntad de disposición (108).

Pero veamos ahora una sentencia que al mismo tiempo constituirá un estudio de la aplicación de la subrogación real en la llamada *universitas facti*, concretamente en el caso de un derecho de hipoteca o prenda sobre las mercancías de una tienda y los correspondientes cambios de unas mercancías por otras en el desarrollo normal del negocio. Por razones de equidad, comercio, y por ser ésta una *universitas*, aplicó el Tribunal la subrogación real. Se trata de si unas mercancías introducidas de nuevo en una tienda, suceden o no a las antiguas y si están sometidas estas nuevas mercancías a las hipotecas que gravaban a las antiguas. El caso era el siguiente: Gregorio Fulto, dueño de una tienda o almacén, quiebra y sus acreedores venden la tienda con todas las mercancías a Baldafaro Biello. Al fracasar éste, y a instancia de los acreedores, fue vendida la tienda a Domingo Frataquio, que se unió en el negocio y formó sociedad con el citado Baldafaro y tres socios más. Disuelta al poco tiempo esta sociedad, con la intervención del árbitro,

(107) Cardenal DE LUCA, *ob. cit.*, tomo IV, Disc. 36, Romana resolutionis seu locorum Montium pro Collegio Anglicano, cum Joanne Paulo Veneroso.

(108) Cardenal DE LUCA, *ob. cit.*, tomo XI, de legatis, Summa 65 y Disc. 48, Romana legati de Carassis, pro Principe Belverii, Responsum pro veritate.

la tienda quedó de la exclusiva propiedad de Domingo, con la obligación de restituir su parte proporcional sobre todo a Baldafaro, a instancia de sus acreedores.

DE LUCA, que defendió en esta sentencia a Domingo, alegó que la subrogación real no podía verificarse en un tercer poseedor con título particular traslativo de dominio, por la razón principalísima de la imposibilidad de probar la identidad de las mercancías; que Domingo como tercer poseedor a título singular, y como dueño, cuando va vendiendo las mercancías poco a poco y día a día, recibiendo su precio, mezcla éste con su peculio particular y lo confunde y que cuando compra nuevas mercancías, se dice que compra con dinero propio, confundido con el restante patrimonio. Lo mismo sucede, dice DE LUCA, cuando el dinero pagado a un segundo de buena fe éste lo mezcla con el dinero propio de su patrimonio. La subrogación real se deniega en este caso, si bien reconoce DE LUCA, que no se explica el motivo con mucha claridad.

La universalidad, sigue diciendo DE LUCA, al llegar a Domingo se había desvanecido como un riachuelo cuando llega al río o éste cuando llega al mar, siendo imposible verificar la identidad a los efectos de la subrogación real y saber con qué dinero se habían comprado las mercancías que existían en el almacén.

Como podemos observar, la subrogación real estaba libre de las trabas que suponían las máximas de BARTOLO, e incluso éste, como hemos señalado, la aplicaba fuera de la *universitas*. Pero precisamente por esta aplicación de la subrogación real en los casos concretos, fue llamando la atención cada vez más a estos autores la importancia que para este principio tenía, la prueba e incluso dependía de ella, su aplicación o no; prueba de la procedencia de unos bienes de otros, procedencia posible en la mayoría de los casos, porque era un requisito el hacer mención en los contratos, no sólo del deseo de subrogar mediante la palabra «loco», sino también expresando muchas veces en las escrituras que tal o cual bien está vinculado, procede o está comprado con el precio recibido de tal otro. Para el Cardenal DE LUCA, la prueba de la procedencia de un bien de otros es imprescindible para que se pueda establecer la subrogación real, incluso en el caso de una *universitas facti*, como es el caso de la tienda con sus mercancías, visto en esta sentencia, y en el caso del usufructo del rebaño; la *universitas* no es suficiente para que la subrogación se aplique en ella, si al mismo tiempo no se puede establecer que unas mercancías han sido compradas con el dinero o precio recibido por la venta de las antiguas (109).

(109) Cardenal DE LUCA, *ob. cit.*, tomo VIII, Taberne, Disc. 35, págs. 69 y

Pero a pesar de la opinión mantenida por DE LUCA de no ser suficiente la consideración de *universitas* para aplicar la subrogación real, el Tribunal decidió lo contrario, porque como él mismo nos dice, en estos casos de universidades, el derecho se apoya, no en las mercancías materiales, sino en el derecho inmaterial e intelectual y en el valor en abstracto de esta *universita*.

Visto ya el resultado de esta sentencia aplicando la subrogación real más que nada por la consideración *per universitas* de la tienda, vamos a referirnos a continuación a una interesantísima sentencia en la que se debatieron algunos problemas; si el crédito dotal de la mujer por la dote entregada al marido es privilegiado como el crédito fiscal; si el derecho de hipoteca de la mujer sobre los antiguos bienes dotales se traslada con igual rango sobre los bienes que por venta o compra sobrojan a los antiguos; si el crédito dotal es preferente, incluso respecto de otra hipoteca anterior expresa. Por considerarlo sumamente interesante traduciré el comentario a esta sentencia, hecho por el Cardenal DE LUCA.

«Preparada una subasta en el Foro Capitolino sobre los bienes de Pedro Fabro, marido de Lucrecia Tronta, éste declaró que retenía los bienes subastados en lugar de la dote, la cual había vendido por mandato del Juez y porque así lo exigía la finalidad de éstos. Concurrió también a la subasta Luis Guagona, anterior acreedor hipotecario y, después de muchas sentencias y decretos de aquí y de allá, ante uno de los colaterales y ante el Senador y Capitán de Apelaciones, en cierto juicio de restitución integral, según el inextricable laberinto de aquel Foro y ciertamente no recomendable estilo digno de reforma, fue designado un Prelado como consultor del Senador, pues eran muchas las controversias sobre este punto, consistentes más sobre el hecho por el gran embrollo de muchos contratos y personas.»

La esposa del deudor, acreedora a causa de la dote, aunque su hipoteca era de tiempo posterior, alegaba la prioridad de su crédito basándose en que los bienes subastados procedían de sus antiguos bienes dotales y que la prioridad que tenía sobre sus antiguos bienes vindica el mismo lugar sobre el precio. Por su parte, los defensores del acreedor anterior insistían en la negación, porque no se trataba ya de los bienes en los que procedía la conclusión, sino de su precio, sobre el que no podía decirse lo mismo, según la regla que dice que en las cosas particulares el precio no sucede a la cosa, de donde se deduce que la prio-

siguientes. Romana Salviani seu dundaci, pro Domenico Fratacchio, cum Baptista Ricciante, casus disputatus coram A. C.

Disc. 10, núm. 25, Bononiam Discussionis pro universitate creditorum; tomo VII, Summa sive Compendium, núm. 269, y tomo IV, Disc. 54, núm. 13.

ridad que compete a un acreedor sobre la misma cosa no vindica el mismo lugar en el precio; que la dote no está generalmente privilegiada por derecho, sino sólo en los casos expresos, pues en los casos restantes se usa del Derecho común... lo mismo que ocurre en relación al fisco, comúnmente no privilegiado, a no ser en los casos expresos.

Admite DE LUCA, escribiendo a favor de Lucrecia y teniendo en cuenta las muchas opiniones aportadas por los defensores de la parte contraria, que la preferencia del crédito dotal se debe sobre todo a la subrogación real producida en los bienes dotales vendidos con autorización del Juez. En favor de la esposa del deudor se alegará en todo momento el argumento de la subrogación real. Dice así DE LUCA: «Parece más común y verdadera la opinión de que la dote en esto no es particularmente privilegiada, siempre que no se trate de la subrogación del precio u otra cosa por la misma cosa dotal vendida, según la disposición o la razón... o cuando no entran los términos de aquella subrogación subsidiaria que se concede contra el que apoya la causa lucrativa, según se deduce de... porque entonces no hay privilegio, sino más bien una disposición general de derecho...» Y sigue diciendo: «yo, considerando la verdad, tenía grave dificultad incluso acerca de dicho punto del derecho de prioridad de la dote en los bienes adquiridos posteriormente en contra de los anteriores acreedores que tenían hipoteca expresa, a pesar de la opinión de... que concuerda con... y que mantuvo también el Tribunal de la Rota de que el privilegio del fisco se equipara al de la dote, e incluso en algunas cosas, es privilegiado más que el fisco; sin embargo, por otros muchos, mejores y demasiado sólidos fundamentos, y porque en la jurisprudencia parece admitirse la opinión contraria de que, por causa del comercio, los acreedores anteriores que tengan una hipoteca expresa deben preferirse en los bienes adquiridos antes o después, siendo que en verdad la primera opinión no tiene fundamento probable, como bien prueban los alegados... basándose sobre todo en razones de equidad y comercio, por lo que reivindicar su lugar en contra de los acreedores que tienen hipoteca legal o tácita, mas no la anterior expresa, aunque en las Escuelas y Academias, principalmente por la autoridad de los *Repetentium* que proceden con frecuencia según el rigor de la letra del texto, parece que debe mantenerse la contraria».

«Si fuese suficiente—dice DE LUCA—la sola razón de equiparación, debería concederse el mismo privilegio a la Iglesia, a las causas pías y a otras semejantes, a las que se concede en derecho la misma igualdad y también sería superfluo aquel especial privilegio tan cacareado en derecho concedido a la dote...»

«Mas yo consideraba—termina diciendo—, tanto con ocasión de esta

causa como de otras, siempre incidentalmente o ante tribunales inferiores, y prescindiendo de que todavía tuve ocasión de discutir este asunto formalmente y de ex profeso en la Rota, que dicha equiparación entre el privilegio del fisco y la dote, parecía que debía ser admitida siempre que existiese la misma razón de la presunción legal no invalidada por pruebas en contrario, porque cuando un hombre obtuvo la dote en dinero o en bienes consumibles, reducidos a dinero, y después adquirió de nuevo otros bienes, puesto que no consta diversa causa de adquisición, parece que debe admitirse la presunción, de modo que ésta se siga del dinero dado en dote o del precio de los bienes dotaes distintos; de donde admitimos en favor de la dote la subsidiaria subrogación de la cosa en lugar del precio... y el regreso privilegiativo a estos bienes como propios, más por derecho de dominio que por derecho de hipoteca, como se advierte también en el disc. 166.»

«Parece probable también—sigue diciendo el autor—que este mismo privilegio se extienda a aquellos bienes adquiridos después, cuya causa de adquisición es el mismo matrimonio y conseqüentemente la dote que se da por razón de éste, concretamente en aquellos bienes que dona el esposo en atención a este concreto y determinado matrimonio, sus padres o parientes.»

«Por tanto, de lo dicho debe entenderse que el dinero con el que se hace la nueva adquisición afecta al mismo acreedor y, por tanto, en nada se enriquece; mientras la cosa que de nuevo se adquiere parece subrogada de tal modo en vez del dinero o de otros bienes con los que se ha hecho la nueva adquisición. Pero cualquiera que no haya visto este texto... podrá afirmar de pleno derecho que en las cosas particulares no se da la subrogación de la cosa por el precio y, consiguientemente, que aunque este dinero con el que se hace la adquisición afecte al acreedor, sin embargo, no tiene lugar la razón de los bienes subrogados y así la cosa permanece exenta de la primera hipoteca, disuelta por la disolución seguida de su precio ni cae bajo la hipoteca existente sobre el dinero con el que fue adquirida de nuevo, por la dicha razón de la prohibición de subrogar la cosa por el precio» (110).

Es curioso observar cómo para la aplicación de la subrogación real en la hipoteca legal no se ha hecho mención en ningún momento de la clase de bienes sobre los que recaía, pareciendo que, refiriéndose a la hipoteca, lo mismo se habla de bienes muebles que de inmuebles. Según esta sentencia, el derecho de hipoteca se extiende por subrogación real

(110) Cardenal DE LUCA, *ob. cit.*, tomo VI, Disc. 83, *Romana Pecuniariae seu concursus, pro Lucretia Tronta, cum Ludovici Gazona, casus disputatus coram Praelato Consultore Senatoris.*

a otros bienes, trasladándose a estos nuevos bienes el mismo privilegio del que gozaban los bienes antiguos; como veremos en el estudio de la subrogación real a lo largo del final de los siglos XIX y XX, tendrán que pasar muchos años para que, tanto la jurisprudencia como la doctrina europea, admitieran la subrogación real con la amplitud y espíritu realista que caracteriza a la jurisprudencia de los siglos XIV al XVII. Por un fenómeno sumamente curioso y, para nosotros, incluso incomprensible, la subrogación real que en estos años había alcanzado el grado de madurez que acabamos de ver, cayó en el más absoluto olvido por la doctrina y por parte de la jurisprudencia. Esta la aplicó, aunque inconscientemente, en materia de bienes propios del marido o la mujer principalmente. En el resurgir de la subrogación real, tras este larguísimo letargo, veremos a la doctrina, sobre todo francesa, hacer uso de los mismos argumentos ya establecidos, primero, por el Derecho Romano clásico y después por la doctrina y jurisprudencia del Derecho común; lo mismo que veremos como, con un desconocimiento grande del desarrollo del principio general de subrogación real y de su teoría, rechazan y atacan como falsas las tres máximas de BARTOLO, como si la subrogación real fuera única y exclusivamente lo que se desprende de la letra de las reglas bartolianas.

Pero, volviendo a nuestro tema, diremos que cuando DE LUCA estudia el principio de la subrogación real, se nos ofrece complicado con una serie de divisiones y subdivisiones de la subrogación real, que más que aclarar, oscurecen y dificultan su entendimiento. Trataremos a continuación de resumir su construcción doctrinal.

Existen, dice el autor, tres clases de subrogación real: 1.^a Subrogación de cosa por cosa; 2.^a Subrogación de cosa por precio, y 3.^a Subrogación de precio por cosa. Dentro de la primera clase, distingue DE LUCA tres subclases: a) Subrogación inmediata y contemporánea, ejemplo permuta. b) Subrogación inmediata pero consecutiva, ejemplo rebaños, y c) Subrogación mediata, ejemplo mercancías. En el caso de permuta, la subrogación se da indefinidamente, lo mismo en las cosas universales que en las particulares. Dentro de la inmediata, pero consecutiva, distingue según se trate de *universitas* o de cosa particular; si el rebaño se considera como instrumento de conservación de una finca, la subrogación es necesaria y legal, entendiéndose la voluntad de subrogar como por un derecho universal.

Dentro de la subrogación de la cosa por el precio, distingue entre subrogación mediata e inmediata. La primera se da, p. ej., cuando los bienes que pertenecen a alguien son vendidos por otro y con su precio éste adquiere más tarde otros; y la segunda, cuando se compra una cosa

con dinero de uno mismo. A su vez estas dos subdivisiones se dividen en otras dos, según se trate de *universitas* o de cosas particulares que, vista ya la diferencia de actuación de la subrogación real en las preguntas anteriores, consideramos que no viene al caso detallar.

Por último, y dentro de la tercera clase, si se trata de universalidades la subrogación se da, siendo denegada en caso contrario, salvo algunas excepciones, p. ej.: cuando exista acuerdo expreso o tácito de las partes; cuando así lo requiera la misma naturaleza de las cosas, o cuando lo autorice el príncipe, pontífice u otro superior; en los bienes privilegiados bajo administración, bienes del pupilo, menores, locos, Iglesia y otros lugares piadosos o mujer casada bajo la administración del marido; en herencia fideicomisaria aceptada a beneficio de inventario y otros casos semejantes.

Como hemos podido apreciar, el principio de subrogación real alcanzó en esta época su madurez. Sólo queda en los años posteriores el ir aplicándola en los nuevos casos que se fueron presentando en el transcurso del tiempo. Así, p. ej., su aplicación en los casos de extensión de la hipoteca a las indemnizaciones debidas por la destrucción de los inmuebles asegurados; en caso de revocación de donaciones; en caso de concentraciones parcelarias; planes urbanísticos; etc.

A continuación vamos a referirnos a la aplicación y establecimiento de la subrogación real en los textos españoles anteriores a la codificación.

G) *El principio general de la subrogación real establecido en los textos legales españoles antes de la codificación*

El principio general de subrogación real se estableció en diferentes textos legales españoles, que la aplican sobre todo dentro del derecho de familia en los bienes propios del marido o de la mujer, y no sólo en el caso de empleo de dinero propio o venta de bienes propios de uno u otro cónyuge, sino en el caso de reemplazo siempre que se demostrara suficientemente que los bienes fueron comprados con el mismo dinero recibido de la venta anterior.

El primer texto legal que lo estableció en caso de empleo o reemplazo de bienes propios fue el Fuero Viejo de Castilla (lib. 5.1. n.º 7) que dice así: «si el marido vende algún eredamiento, que es de sua mujer, si el mesmo conoce ante testigos rogados, que deste auer que ouo desta mesma eredat, que vendio de sua mujer, compro otro eredamiento, o otras cosas algunas; así como esto que vendio era suo della. E eso mesmo es, si vende el mesmo de lo suo; e compra alguna cosa, si se podier probar, que de suo vendio, e que daquel mesmo auer compro para sí; mas non

por conosciencia de la mujer, que faga, saluo si lo conocier en suo testamento, yaciendo enfermo».

También en las Partidas se recogió la subrogación real textualmente en la acción de petición de herencia, en la venta de bienes propios de la mujer por el marido, y en la venta de bienes raíces de los huérfanos con autorización del juez. En la petición de herencia, en la Partida VI (14.5) se dice que «... deuela entregar a aquel que la vendio, con todas las otras cosas que *ouo por razón della*», haciendo GREGORIO LÓPEZ al comentarla uso de las tres máximas de BARTOLO muy conocidas en España. Ya el cardenal DE LUCA nos dice el uso frecuente con que se aplica la subrogación real en el caso de venta de bienes fideicomisarios con empleo del precio en lugares de montes u otros bienes estables y ANDRÉS TIRAQUELLO se refiere a la Ley española que la aplicaba en los bienes propios (Fuero Real 3, 4.11) cuando escribe: «dum scribit, apud Hispanos legem esse in foro legum, quod fundus emptus ex pecunia redacta ex venditione alterius fundi, al alterum coniungum spectantis, non sit eorem communis, tanquam acquisitus, sed manet eois propius, cuius is prior fundus erat. Et idem denique expressim ante illos voluit Bald, quem nullus eorum citat» (111).

«De dineros agenos—(Partida 5, 5.49)—que tienen los omes a la vegadas compran para si heredamientos, u otras cosas que han menester: e porque dubdarian algunos, si aquella cosa que es assi comprada, es de aquel que la compro, o del otro cuyos eran los dineros; queremoslo aquí dezir, e departir. E dezimos, que deue ser de aquel que fizo la compra en su nombre... o si fuesen los dineros de la dote de alguna mujer, e su marido con voluntad della fiziesse la compra. Ca en tales casos, maguer el comprador compre la cosa en su nome, gana el señorio della, aquel cuyos eran los dineros que fueron pagados por el precio della...». Es decir, tratándose de bienes dotales o propios de la mujer, la voluntad de las partes o el haber hecho el marido la compra en su nombre, no impide que los bienes comprados con dinero dotal o precio dotal, sea también dotal, salvo prueba en contrario, prueba que según hemos visto en el Fuero Viejo de Castilla, puede hacerse ante testigos rogados.

Los bienes raíces del huérfano, dice la Partida 6.16.18, pueden venderse en caso de necesidad y con autorización del Juez, y el (precio de ellos deuelos meter en pro del huerfano». En la *restitutio in integrum*, Partida 6, 19.1. y Partida, 7.2.4, se debe devolver la herencia en el estado en que estaba antes, y si ello no fuera posible, dice GREGORIO LÓPEZ, jugará la subrogación real lo mismo que en la petición de herencia.

(111) Andrés TIRAQUELLO, *ob. cit.*, pág. 226, núms. 10 y ss.

El Fuero Real, texto a que hace alusión ANDRÉS TIRAQUELLO, dice (F. R. 11.4. lib. 3) que «si estando el marido con la mujer cambiaron heredad, que sea del uno dellos: los otros esquilmos de aquella heredad que fue cambiada, hayanlos por medio: e la heredad sea de aquel cuya era la otra, porque fue hecho el cambio. Otrosi, si estando en uno vendieren heredad, que sea del uno dellos, y del precio de la heredad compraren otra, los esquilmos della sean de amos comunalmente, e la heredad sea de aquel de cuyos heredad fue hecha la compra». En caso de revocación de donaciones por incumplimiento de cargas establece también el Fuero Real (3.12.2) «que cuando alguno franquea a su siervo si le pone algún servicio, o alguna cosa que le haya de hacer, si el franqueado no lo ficiere, aquel que le franqueo puedale demandar, todo quanto le dio; e si le dio dinero, e de aquellos dineros comprar heredad, o alguna otra cosa pueda demandar la heredad o otra cosa cualquiera que sea comprada de aquellos dineros».

La misma línea respecto a los bienes propios de los cónyuges y sobre los bienes dotaes siguen las Ordenanzas Reales de Castilla (5-4-2) y las Leyes de Toro (ley 14), al considerar como bienes propios de la mujer o del marido y dentro de esta consideración «como los bienes multiplicados durante los dichos matrimonios... que se *multiplicaron como de los otros sus bienes propios* que no oviesen sido de ganancia». Mientras que las Ordenanzas y más tarde la Novísima Recopilación (10-3-1s), dice: «ca así como la costa es comunal de ambos, lo que así ganaron sea comunal de ambos. Esto que es dicho de suso de las ganancias de los maridos, y eso mesmo sea de las mujeres». Lo obtenido a costa o por medio de los bienes propios es propio por subrogación real.

H) *El principio de subrogación real en el derecho consuetudinario francés, belga y holandés, antes de la codificación europea*

Como en los Reinos españoles en los europeos se hizo llamamiento a la subrogación real en el régimen matrimonial de bienes y en especial en el caso de permuta y reemplazo de bienes propios de uno de los cónyuges.

a) La subrogación real en la permuta

Según el artículo 143 de la Costumbre de París, «Quand aucun a échangé son propre héritage à l'encontre d'un autre héritage, ledit héritage est propre de celui qui là eu par échange.»

La misma disposición se encuentra en las Costumbres de Melun, artículo 141; Orleans, artículo 385; Cambresis, título 2, artículo 6; Ca-

lais, art. 153; Montargis, chap. 16; artículo 19; Amiens artículo 30; Vermandois, artículo 115; Senlis, artículo 321; Reims, artículo 36; Auxerre, artículo 159; Sens, artículo 38; Troyes, artículo 54; Etampes, artículo 178; Dourdan, artículo 137; Monfort, artículo 166; Nantes, artículo 84; Vitry, artículo 115; Anjou, artículo 273; Berri, título 14, artículo 14; Bourbannais, artículo 162; Maine, artículo 290; Grand-Perche, artículo 189; Marche, artículo 273; Lorraine, título 9, artículo 9; Bassigny, artículo 109; Sédan, artículo 33 ... etc.

b) La subrogación real en caso de reemplazo de bienes propios

El artículo 242 de la Costumbre de Bruselas, decide: «les biens achetés pendant la communauté ne sont subrogés aux biens aliénés précédemment, que lorsqu'il y en a une déclaration expresse dans le contrat d'aliénation dans celui d'achat lorsqu'il s'agit d'héritages propres à la femme, qu'elle accepte formellement le romploi».

En Holanda (Flandes) la subrogación real en caso de reemplazo, previa declaración de voluntad en este sentido, era el Derecho común. El artículo 32 de la Costumbre del Franc-de-Bruges, establecía que «si, dans l'achat de nouveaux conquêts, il est déclaré que le bien servira de remplio, il aura lieu jusqu'à concurrence du prix pour lequel le premier bien a été vendu».

En el capítulo 187 de la Costumbre del Señorío de Yprés «arrive-t-il qu'une personne vendit son héritage avec la déclaration expresse qu'il veut en remployer le prix en autre héritage, et que, suivant ce, il achète quelques autres héritages; en ce cas, on partagera l'héritage nouvellement acquis comme patrimoine».

El artículo 5 del título 8 de la Costumbre de Bailleul, dice: «por biens qui ont fait souche, sont réputés, entr'autres, ceux acquis par remploi de deniers procédans de la vente de pareils biens». La misma disposición en el artículo 302 de la Costumbre de Cassel: «le remploi sortira la natura de la rente ou de l'héritage vendu, et tiendra la même côté et ligne». Lo mismo podemos decir de las Costumbres de Termonde, de Poperingue, de Audenarde, de Furnes, etc.

En Francia podemos citar las Costumbres de Bourbonnais artículo 239; Nivernais, chap. 23, artículo 31; Sens, artículos 277 y 286; Bar, artículo 83; Blois, artículo 164 y Melun, artículo 225.

c) La subrogación real en caso de venta de bienes de los menores sujetos a tutela o patria potestad

La Costumbre de París, artículo 94 decía «qu'au cas que les rentes qui appartiennent à des mineurs, soient rachetées pendant leur minorité

les deniers du rachat ou le remploi d'iceux en autres rentes ou héritages, son censés de même nature et qualité d'immuebles qu'étaient les rentes ainsi rachetées, pour retourner aux parens du côté et ligne dont lesdites rentes étaient procédées». Esta misma disposición se encuentra también en las Costumbres de Orleans y de Normandía, artículo 351 y 513, que añaden: «que le semblable aura lieu pour deniers procédans de la vente d'héritages des mineurs ou de rachat des héritages qui leur ont été retirés».

Este principio fue establecido también, aunque ya no limitado a los menores, sino a todos los incapacitados para vender, en las Costumbres de Hainaut y de Valenciennes. En la primera, chap. 122, artículo 18, se dice: «Tous deniers de rachat d'héritages ou rentes, nantis en main de justice, à cause que l'héritier (sinónimo de propietario) necessait puissant de les recevoir, devront être remployés pour tenir la même nature et condition de l'héritage ou rente rachetée; et n'étant remployés, devront être réputé pour héritage tenant la même nature et essence.»

Lo dicho nos demuestra de una manera palpable la acogida que tuvo el principio de la subrogación real en las diferentes leyes y costumbres en los reinos italianos, franceses, belgas, holandeses y españoles, lo que dio lugar a numerosas sentencias que mantuvieron siempre candente el problema tan nuevo de la subrogación real (112).

IV. LA SUBROGACION REAL EN EL DERECHO CODIFICADO

Ya hemos visto el desarrollo que el principio de subrogación real alcanzó, tanto en la teoría como en la práctica, en el Derecho común y como más tarde fue recogido en las leyes y costumbres de cada país, en materia de bienes propios de la comunidad y bienes dotales, además de en casos de enajenación de los bienes de los menores sujetos a tutela y venta de bienes sujetos a fideicomiso.

Pues bien, los Códigos italiano (1865-1866), francés (1804), alemán (1891-1900 y español (1889) establecieron muchas y muy importantes aplicaciones del principio de subrogación real, si bien no especificaron

(112) MERLIN, *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence de Cuyot*, v. subrogation de chose, tomo XVI, 5.ª ed., págs. 431 y ss.

RENUSSON, *Traité de la subrogation*, núms. 1, 3 y 4, *Traité des propres*, chap. 1, sect. X, París, 1780.

POTHIER, *Oeuvres complètes*, París, 1844, tomo VIII, pág. 125, y tomo XIII, página 34.

F. LAURENT, *Principes de Droit civil français*, 3.ª ed., París, 1878, tomo 23, páginas 463, 403 y ss.

ni dijeron el fenómeno que en ellos se producía, excepto el Código civil alemán que establece una teoría de la subrogación real, que puede extraerse de los artículos 11.370-1.473, 1.524-2.041, 2.111 y 2.374 BGB.

El que los Códigos francés, italiano y español no dijeran, en los diferentes casos por ellos previstos, que se trataba de la aplicación del principio de subrogación real dio lugar a que, durante muchos años, este principio viviera en un estado latente y fuera olvidado por la doctrina. Pero pronto ésta volvió a preguntarse: ¿Qué es la subrogación real? ¿Cuál su naturaleza, su fundamento y sus defectos? La mayor parte de los autores que veremos a continuación, coinciden en la necesidad de investigar y sacar a la luz algo tan olvidado como este principio. Si preguntáramos, dice FLACH, a la mayoría de los prácticos del Derecho, qué es la subrogación real, se encontrarían muy embarazados para contestar. Los mejor informados dirán que el artículo 1.407 del Código civil (bienes propios de la Comunidad) alude a él, pero una idea clara de lo que es, será muy difícil de hallar (113).

A pesar de que la tradición romanística se había roto a causa del desarrollo autóctono del Derecho estatutario italiano, de las leyes españolas y del Derecho consuetudinario francés, el estudio de la subrogación real surge en la misma línea y bajo los mismos principios ya establecidos por los tratadistas del Derecho común, aunque tenemos que decir, que la teoría que nosotros hemos extraído de la doctrina y jurisprudencia del derecho intermedio, es desconocida, por la doctrina francesa sobre todo. Pero, a pesar de ello, tenemos que constatar que a la doctrina francesa le corresponde en gran medida el estudio y conocimiento del principio y su desarrollo hasta nuestros días, doctrina en la que se han inspirado, a su vez los demás países europeos para el estudio e investigación del principio. Por su parte, los tratadistas españoles, hasta hace poco tiempo, admitieron y aplicaron la subrogación real, pero sin detenerse a considerarla (114).

La doctrina francesa suele dividir el período que va desde la codi-

(113) Jarques FLACH, *De la subrogacion réelle*, «Revue Historique de Droit français et étranger», tomo XIV, 1868, y tomo XV, 1869, pág. 449, tomo XIV.

(114) C. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, Valladolid, 1926, tomo IV, págs. 295 y ss., cap. 11, 12 y 14; v. págs. 231 y 646.

José María MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, Madrid, 1951, tomo VI, arts. 744 a 911, y tomo IX, arts. 1.315 a 1.444, págs. 279 y ss., y 543 y ss.

León BONEL Y SÁNCHEZ, *Código Civil español*, Barcelona, 189..., tomo IV, páginas 392 y ss., 326 y ss.; tomo III, págs. 423 y ss.

Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho de Familia*, tomo IV, vols. 1.º y 2.º, Madrid, 1898.

MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, tomos 21 y 22, arts. 1.315 a 1.391, Madrid, 1904, y arts. 1.392 a 1.444, Madrid, 1905.

ficación hasta nuestros días en tres escuelas o teorías, que en cierta forma determinan el diferente concepto que sobre la subrogación real se ha tenido: teoría clásica, teoría moderna y teoría contemporánea o realista. Aun considerando lo relativo de esta clasificación, pues hay autores que por su doctrina no se pueden calificar como perteneciendo completamente a tal o cual teoría, sino que, por el contrario, representan más bien un período de transición entre la antigua y la nueva teoría, creemos que nos será de gran utilidad esta clasificación para mejor comprender la evolución histórica que el concepto de subrogación real ha sufrido a partir de la codificación.

Empecemos por estudiar el concepto de la subrogación real en la llamada teoría clásica.

A) *Teoría clásica*

El concepto que de la subrogación real podemos extraer de la llamada teoría clásica (final del siglo XIX), se diferencia muy poco del concepto de este principio en el Derecho común. Como los autores del Derecho intermedio consideran los de la doctrina clásica que la subrogación real es una ficción y por tanto de derecho estricto, y como aquéllos también, consideran que la subrogación está basada en la idea de universalidad; pero la universalidad que en el Derecho común era, por excelencia, la herencia, en la actualidad va a ser el patrimonio y más concretamente el derecho de garantía del acreedor sobre el patrimonio del deudor, artículo 1.911 Código civil español. Lo mismo que en la herencia, en el patrimonio la subrogación real tiene su fundamento en la fungibilidad absoluta de los elementos que lo componen. El patrimonio, según AUBRY y RAU, ha de ser uno e inherente a la persona; persona y patrimonio son una misma cosa; toda persona tiene un patrimonio no pudiendo separarse una cosa de otra ni tener una persona más de un patrimonio. El patrimonio así considerado es indivisible, inalienable y sobre todo no cabe sobre él más derecho que el de propiedad (115).

La teoría clásica basada, como veremos, en el antiguo Derecho co-

(115) C. AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, París, 1936, tomo IX, páginas 340 a 346 y núm. 69.

Manuel FAIRÉN, *Patrimonio y responsabilidad patrimonial*, «Rev. Der. Not.», 1962, tomo 36, págs. 243 y ss. y 264.

PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Derecho civil. Parte general*. Enneccerus, Kipp y Wolff, pág. 607.

G. MARTY y P. RAYNAUD, *Droit civil*, tomo III, vol. I, Sirey, 1971. «Patrimonio, Universalidad y Subrogación real», núms. 288 a 291.

Domenico BARBERO, *ob. cit.*, págs. 385 y ss.; el patrimonio, teoría y los patrimonios especiales.

mún fue construida por RENUSSON, LEBRUN, POTHIER, MERLIN, FADDA, LONGO, LAURENT, TROPLONG, PAULMIER y sobre todo por FLACH y AUBRY y RAU (116). Del estudio de todos ellos, podemos extraer los principios generales que caracterizan esta teoría y las opiniones de los tratadistas más destacados.

a) Definición de la subrogación real

Abundan en los autores clásicos las definiciones descriptivas de la subrogación real. Para RENUSSON «la subrogation de chose est quand une chose est subrogée à une autre, qu'elle prend sa place, et qu'elle est réputée avoir une même qualité que l'autre» (117). Para FLACH, «la subrogation réelle est une fiction juridique en vertu de laquelle une chose, nouvellement entrée dans le patrimoine d'une personne, représente à certains égards, celle qui, en place, en est sortie, la chose nouvelle revêtant une ou plusieurs des qualités de l'ancienne» (118). La subrogación real, dicen AUBRY y RAU, en el sentido más general es una ficción por la que un objeto viene a reemplazar a otro, para llegar a ser de la propiedad de la persona a la que pertenecía este último, y para revestir su naturaleza jurídica (119). PAULMIER, la define: «Une fiction de droit en vertu de laquelle une chose nouvelle vient prendre dans un patrimoine, où elle entre, la place et certaines qualités juridiques d'une autre chose qui en est sortie et qu'elle représente (120).

Estudiando estas definiciones podemos decir que la teoría clásica basada en los siguientes principios:

(116) RENUSSON, *Traité de la subrogacion*, núms. 1, 3 y 4; *Traité des propres*, cap. 1, sec. X, París, 1780.

LEBRUN, *Traité des successions*, lib. 11, cap. 1, sec. 1, núms. 64 y 65, París, 1775.

POTHIER, *Ouvres complètes*, París, 1844, *ob. cit.*

MERLIN, *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence de Guyot*, Subrogation de chose, 1827-1828.

FADDA, *L'art. 1.951 del Codice civile italiano*, en «Il Diritto», Cagliari, 1882, volumen 1.º, págs. 215 y ss. y 140 y ss.

LONGO, *La surrogazione reale nel diritto civile italiano*, 1897.

F. LAURENT, *Principes de Droit civil français*, París, 1878.

M. TROPLONG, *Le Droit civil*, Bruselas, 1850.

EDGARD PAULMIER, *De la subrogation réelle en droit romain et en droit français*. Thèse, Orléans, 1882.

JARQUES FLACH, *ob. cit.*, nota 120.

AUBRY y RAU, *ob. cit.*, nota 122.

(117) RENUSSON, *ob. cit.*, cap. 1, sec. X, núm. 2, pág. 24.

(118) J. FLACH, *ob. cit.*, pág. 452.

(119) AUBRY y RAU, *ob. cit.*, tomo IX, págs. 340 y ss.

(120) E. PAULMIER, *ob. cit.*, pág. 3.

b) Naturaleza jurídica de la subrogación real

Todos los autores clásicos parecen estar de acuerdo en que la subrogación real es una ficción, excepto FADDA, que considera lógica y natural la representación de la cosa por el precio. Ficción para estos autores viene a ser una contradicción, una mentira que va en contra de la naturaleza misma de las cosas. Así lo expresa claramente MERLIN, cuando dice: «car on peut bien feindre qu'une chose est la même qu'une autre, mais on ne peut jamais réaliser cette identité» (121). Ficción y naturaleza, dice LAURENT, son incompatibles (122). Para AUBRY y RAU, la subrogación real es a la vez ficticia y real, puesto que el fundamento de esta ficción está en la fungibilidad de los objetos que componen o constituyen una misma universalidad de derecho (123). Y para LEBRUN, la única subrogación real que es ficticia es la establecida en el artículo 290 de la Costumbre de Maine y el artículo 273 de la Costumbre de Anjou, que hacen referencia a la cualidad de feudo; las otras subrogaciones están basadas en la equidad y no son ficticias (124).

c) Fundamento de la subrogación real

Para RENUSSEAU, la subrogación real está basada exclusivamente en la idea de universalidad jurídica. En la idea de equidad la fundamenta LEBRUN cuando dice que hay «quelque justice à la subrogation». La subrogación de equidad para LAURENT es un círculo cuadrado pues la equidad sola, dice, no es suficiente para formar un propio del inmueble recibido a cambio; si el inmueble es propio es en virtud de la Ley, y sólo la Ley consagra una ficción (125). La ficción como artificio técnico, dicen AUBRY y RAU, no puede tener más que un fundamento técnico, fundamento que ven en la fungibilidad que existe entre los elementos del patrimonio.

d) Clases de subrogación real

Dos grandes divisiones de la subrogación real podemos extraer de los autores clásicos. Distinguieron éstos una subrogación real general que se produce dentro de las universalidades, y una subrogación especial que se refiere sólo a las cualidades particulares de los bienes. Al lado de esta primera clasificación, la más importante, podemos señalar la

(121) MERLIN, *ob. cit.*, págs. 431 y ss.

(122) LAURENT, *ob. cit.*, tomo IX, núm. 186, págs. 232 y ss.

(123) AUBRY y RAU, *ob. cit.*, págs. 340 y ss.

(124) LEBRUN, *ob. cit.*, núms. 64 y 65, lib. 2.º

(125) LAURENT, *ob. cit.*, págs. 399 y ss., tomo XXI.

llamada subrogación real perfecta, propia de la permuta, y otra impropia o imperfecta.

La subrogación real general, dice FLACH, se da en todas las universalidades que el Derecho reconoce. En estas universalidades, unos bienes pueden ser reemplazados por otros sucesivamente, pero la universalidad permanece la misma, aunque el valor haya podido variar. En el caso típico del patrimonio, como universalidad jurídica, los bienes patrimoniales no son considerados sino como elementos constitutivos del valor total; todas sus otras cualidades se borran. He aquí, pues, la verdadera subrogación: el patrimonio permanece el mismo, los bienes nuevos subrogan a aquellos de los que han tomado su lugar en la universalidad. Lo mismo podemos decir, prosigue FLACH, de las universalidades de hecho y en el caso del derecho de prenda del acreedor sobre el patrimonio de su deudor (art. 2.092 Cc). Por el contrario, si los terceros no tienen derecho más que sobre tales bienes u objetos determinados, la subrogación real no se produce, pues su derecho no puede recaer sobre el bien colocado en lugar del que le estaba reservado (126).

La subrogación real especial que se refiere, dice FLACH sólo a las cualidades particulares de los bienes, es una ficción jurídica y como tal de derecho estricto, siendo necesaria una disposición expresa de la Ley para que otra cualidad sea transmitida. Cuando existe esta disposición, estamos en presencia de una subrogación real distinta de la anterior, a la que llamamos especial para distinguirlas.

Existe otra clasificación de la subrogación real, si bien, dice FLACH, se debe a la doctrina más que a la Ley; es la llamada subrogación perfecta, en la que se exigen ciertas condiciones que dicen darse en el cambio de un propio de la comunidad o de sucesión.

Para POTHIER, la expresión de subrogación real perfecta e imperfecta tiene otra significación. La subrogación real perfecta, dice refiriéndose a los bienes propios por subrogación, no da la cualidad de propio más que a las cosas que son susceptibles de ello; la impropia da esta cualidad a las cosas mobiliarias, tales como dinero proveniente del rescate de las rentas del menor (127).

La subrogación perfecta no transfiere la cualidad de propio más que al inmueble que nosotros tenemos inmediatamente por y en lugar de nuestro inmueble propio; la subrogación imperfecta, da esta cualidad a las cosas que el menor no tiene más que mediatamente, en lugar de la renta propia que le ha sido reembolsada. En la subrogación perfecta, dice POTHIER, la cualidad de propio tiene los mismos efectos que te-

(126) J. FLACH, *ob. cit.*, pág. 453.

(127) POTHIER, *ob. cit.*, tomo XIII, págs. 34 y ss.

nían los verdaderos propios y su misma duración. La imperfecta, por el contrario, la cualidad de propio que da el artículo 94 de la Costumbre de París, no tiene efecto más que para el único caso de este artículo, y se rechaza en los demás.

MERLIN (128) distingue entre una subrogación en los títulos universales y otra subrogación en los particulares. PAULMIER (129) compara una subrogación real especial que transmite la cualidad particular de las cosas, tales como la propiedad de bien propio o dotal, y una subrogación real general, cuya razón está en el carácter de las cosas sobre las que recae, y en que en ellas se opera la subrogación real naturalmente y del pleno derecho, a diferencia de la anterior que requiere un texto legal expreso. Toda universalidad constituye en definitiva un valor pecuniario y los elementos que la componen son considerados como cosas fungibles. No hablan AUBRY y RAU de una subrogación real general, aunque puede entenderse de su teoría del patrimonio. A pesar de que la subrogación especial es rechazada en los casos particulares, según la máxima *in iudiciis universalibus...*, opinan que ésta puede darse en estos casos y en las universalidades de hecho, cuando así lo establecen la ley o el acuerdo de los particulares. Los demás autores siguen esta línea.

e) ¿Quién puede establecer la subrogación real?

Para la mayoría de los autores clásicos, la subrogación real por ser una ficción y por consiguiente de derecho estricto, sólo podía ser establecida por la ley. La subrogación real como ficción jurídica, dice PAULMIER, no se suple por presunción ni por inducción; esta sólo se admite, cuando resulta del texto o del espíritu formal de la ley; fuera de estos casos debe negarse absolutamente. Sólo la ley puede establecerla, dice LAURENT, y no el intérprete, pues lo contrario sería admitir un límite puramente arbitrario. Para FLACH la voluntad de las partes no pueden establecer la subrogación real; éstas no tiene derecho a atribuir ficticiamente una naturaleza mobiliaria a un inmueble que entra en lugar de un mueble vendido.

Pero aunque ésta es la idea más general, de acuerdo además, con su concepción de la subrogación como ficción, va abriéndose camino entre varios autores la posibilidad de una subrogación convencional, a condición, como dice MERLIN, de que estos acuerdos estén, a su vez, autorizados por la ley. De esta opinión son AUBRY y RAU.

(128) MERLIN, *ob. cit.*, págs. 431 y 433.

(129) E. PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 77 y ss., 256 y ss.

f) Efectos de la subrogación real

El mismo desacuerdo y los mismos términos que ya vimos en el Derecho común al estudiar el significado e interpretación de la máxima *subrogatum sapit...*, se repiten entre los tratadistas de la teoría clásica. Todos ellos hacen depender los efectos de la subrogación real de la distinción hecha por DUMOULIN—que, a su vez, la sacó del Derecho común—, entre cualidades intrínsecas y extrínsecas; las primeras eran las cualidades reales, naturales y primordiales de las cosas, las otras eran las puramente accidentales y fortuitas (130).

¿Cuáles son unas u otras y cuáles las que se transmiten por subrogación real? Casi todos los autores están de acuerdo en reconocer como cualidades intrínsecas la de mueble e inmueble, y como cualidad extrínseca, la de bien propio de la comunidad o de sucesión y la de bien dotal. Sin embargo, DUMOULIN incluye también a estas últimas como cualidades intrínsecas. La cualidad extrínseca era para él la cualidad de bien feudal. DUPLESSIS (131), que no admite la subrogación real más que en las cualidades extrínsecas, considera la cualidad de feudo como intrínseca, y lo mismo LEBRUN (132) y POTHIER (133).

Para DUMOULIN la subrogación real será posible sólo en las cualidades intrínsecas; mientras que para LEBRUN y POTHIER la subrogación real no está permitida más que en las cualidades extrínsecas. Pero dejando aparte esta distinción sobre la que ni antes ni después la doctrina ha conseguido ponerse de acuerdo, los efectos de la subrogación real están íntimamente ligados a la clasificación de la subrogación real en general y especial. Los efectos de la subrogación real general, dice PAULMIER (134), es que la cosa nueva reviste la cualidad de *res universitatis*; ella no transfiere más que este carácter y no las otras cualidades de la cosa desaparecida: así ella no modifica la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria del bien que ha entrado en la universalidad. Lo mismo que en la subrogación real general, en la especial el hecho de que se transmita la cualidad particular de la cosa, tal como la cualidad de bien propio o dotal, no quiere decir que se cambie la naturaleza, atribuyéndole carácter inmobiliario a un mueble. Para AUBRY y RAU, que sólo estudian la subrogación real en la universalidad patrimonial, el efecto que produce la subrogación real es no sólo entrar en la universalidad

(130) DUMOULIN, *Sur l'art. 30 de la Coutume d'Amiens*, v. M. Henry, pág. 44, nota 1.^a

(131) DUPLESSIS, *Traité des Censives*, liv. II, tit. II, sec. 2.^a

(132) LEBRUN, *ob. cit.*, núm. 69.

(133) POTHIER, *ob. cit.*, núm. 197.

(134) E. PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 256 y ss.

en lugar de la cosa antigua, sino revestir también como elemento de esta universalidad, la misma naturaleza jurídica de esta última, según el adagio *subrogatum sapit...*

La subrogación real no opera, dice FLACH (135), como algunos han creído, la transmisión simultánea de todas las cualidades jurídicas de una cosa. La subrogación real se puede producir en dos circunstancias: en la primera, de una manera general, cuando una cosa comprendida en una universalidad es reemplazada por otra, y cuando la cualidad de *res universitatis* pasa a esta última: y en la segunda, cuando la ley ha decidido formalmente que tal carácter jurídico de un bien sea transportado a otro bien. Según LEBRUN, la subrogación real podrá producirse cuando se encuentren reunidas tres condiciones. 1.^a cuando se está en presencia de un contrato capaz de producir la subrogación real; 2.^a cuando se está en presencia de una cosa susceptible de la cualidad que se le quiere dar, y 3.^a cuando hay cierta justicia en la subrogación.

La subrogación real, dice POTHIER (136), no tiene lugar más que respecto a las cualidades extrínsecas de una cosa, tal como la cualidad de propio o de la comunidad o de sucesión. Se llaman cualidades intrínsecas las que tiene la cosa en cualquier mano por la que pasen, tales como cualidad de mueble, inmueble, heredad feudal y censal. Si se adquiere una cosa mueble en lugar de una inmueble que se ha vendido, ésta no puede adquirir, por la ficción de la subrogación real, la cualidad de inmueble. Lo mismo que si se adquiere una heredad censal en lugar de una feudal que se ha vendido anteriormente, porque la cualidad de inmueble y feudal son cualidades intrínsecas.

Como consecuencia de lo anterior, para que se dé la subrogación real, son necesarias, dice este autor, tres condiciones: 1.^a que sea una cualidad extrínseca la que pase de una cosa a otra; 2.^a que la cosa a la que se quiere hacer pasar la cualidad de la otra sea susceptible de esta cualidad, y 3.^a es necesario que la cosa a la que se quiere hacer pasar la cualidad de la otra por subrogación real, haya sido adquirida inmediatamente en lugar de esta cosa.

g) Campo de aplicación de la subrogación real

La subrogación real es una ficción, de derecho estricto y de estricta interpretación, excepto en la *universitas*, en la que la subrogación real se produce de pleno derecho. Con estas premisas no es de extrañar que el campo de aplicación de la subrogación real no fuera en esta época muy amplio. La llamada subrogación general fue aplicada por estos auto-

(135) J. FLACH, *ob. cit.*, págs. 452 y ss.

(136) POTHIER, *ob. cit.*, pág. 125, tomo VIII, regla 8.^a

res en el patrimonio y, sobre todo, en el derecho de prenda general de los acreedores sobre el patrimonio del deudor. Artículo 2.092 C. c. francés, artículo 1.911 C. c. español y artículos 1.948 y 1.949 C. c. italiano; en el derecho del ausente vuelto después de la declaración de fallecimiento, artículo 132 C. c. francés, artículo 197 C. c. español y artículo 39 C. c. italiano; en el derecho de retorno del ascendiente donador a la muerte del donatario sin descendencia, artículo 747 C. c. francés, artículo 812 C. c. español; en la separación de patrimonios, sustituciones fideicomirasis y petición de herencia. Pero el hecho de que se estudiara el principio en estas materias no quiere decir que todos la admitieran en estos casos concretos, sobre todo en lo que respecta al derecho de retorno de las donaciones al ascendiente donador (artículo 812 C. c. español y 747 C. c. francés).

En cuanto a la subrogación real especial, su campo de aplicación fue en el régimen matrimonial, en los bienes propios de los cónyuges, en un régimen de comunidad y en el régimen dotal, además de los casos de venta de bienes de menores sujetos a tutela y bienes sometidos a fideicomisos. En este campo, y teniendo en cuenta la tradición, la subrogación real se aplicó más allá de lo establecido por la ley, mediante una interpretación analógica de su articulado.

h) Consideración por la doctrina clásica de las máximas bartolianas

Los autores clásicos y con ellos toda la doctrina posterior, se muestran reacios a acoger la máxima *in iudiciis universalibus...*, entre otras razones por el error, que ya hemos señalado anteriormente, de extender esta máxima a todas las universalidades, cuando en realidad BARTOLO hacía referencia con ella a la acción de petición de herencia, única acción universal. Esta máxima, dice PAULMIER (137), no sólo es inexacta, sino imposible de encontrar en el Senadoconsulto Juvenciano ni en la Ley 70, 71 y 72 del Fideicomiso de Residuo. Un deficiente conocimiento de lo que fue la subrogación real en el Derecho común, empuja a la doctrina francesa, sobre todo, a considerar esta regla como comprendiendo todo el fenómeno subrogatorio y con carácter dogmático, cuando nosotros hemos tenido ocasión de ver a través de la doctrina y jurisprudencia del derecho intermedio, que lejos de considerar la regla como dogma, se aplicó la subrogación real en los juicios particulares incluso más que en las universalidades.

Según PAULMIER, esta regla que se ha pretendido sacar del Senadoconsulto Juvenciano, no se encuentra allí. El derecho que tiene el here-

(137) E. PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 5 y ss. y 36.

dero de pedir el precio de la venta, no es porque este precio subrogue a la cosa hereditaria vendida, sino únicamente en virtud del principio de que nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro. Así la restitución del precio, según este autor, tiene su causa en la aplicación de una regla de equidad y no en la idea de subrogación real. No es tanto el precio lo que se debe, sino el enriquecimiento.

En cuanto a la aplicación de la máxima en el fideicomiso de residuo, dice PAULMIER, que si las cosas adquiridas por el fiduciario deben ser restituidas al fideicomisario, es más en virtud de una especie de accesión del patrimonio que por causa de subrogación real. Por todas estas razones hay que rechazar estas máximas, termina el autor citado. Si empleamos esta máxima, dice FLACH (138), nos exponemos a serios peligros. La regla *in iudiciis universalibus...*, traduce muy mal las disposiciones del Senadoconsulto Juvenciano en donde se ha creído encontrarla; además es un error grave extender a otras universalidades el Senadoconsulto, sólo aplicable a la herencia. Su opinión es que la máxima estudiada no resiste un examen un poco profundo, por lo que debe ser abandonado por completo, lo mismo que la arbitraria distinción entre universalidades de hecho y de derecho. También MERLIN (139), convencido de la inexactitud de la doctrina común, falsa, según él, se mire por donde se mire, niega que en los dos casos anteriores se aplique otra teoría que la del enriquecimiento sin causa. FADDA va más allá todavía y no sólo rechaza la distinción entre *universitas iuris et facti* y la distinción respecto a la subrogación real entre *universitas* y *res singula*, sino que adelantándose a su tiempo, dice que la subrogación de una cosa por su precio, pertenece al campo del *ius singulare* que la ley admite sólo en casos excepcionales.

Veamos a continuación el gran paso que significó para el estudio de la subrogación real la llamada teoría moderna, consecuencia, además, de la labor de la jurisprudencia y legislación del principio del siglo xx.

B) Teoría moderna

La teoría moderna (principios del siglo xx) representó un gran paso en el estudio de la subrogación real. Podemos decir que fue el resultado lógico de la reacción que se produjo contra la doctrina clásica y, sobre todo, frente a la idea conceptual del patrimonio, que la realidad misma estaba echando por tierra. A partir de esta teoría y hasta nuestros días, uno de los más importantes campos de aplicación de la subrogación

(138) J. FLACH, *ob. cit.*, págs. 460 y ss.

(139) MERLIN, *ob. cit.*, págs. 431 y ss.

real lo va a constituir los llamados patrimonios especiales o separados.

Supone también esta teoría, como veremos a continuación, una ruptura con las ideas clásicas de *universitas* (patrimonio), ficción y con los tres célebres adagios de BARTOLO, ya muy desprestigiados y que según estos autores, sólo constituían trabas que impedían el normal desarrollo de la subrogación real. Esta debe adaptarse a las exigencias de la vida social, y funcionar allí donde se considere deseable. A esta nueva concepción de la subrogación real, libre ya de las ataduras que representaba la teoría clásica, contribuyó en gran manera la jurisprudencia y la legislación, tanto francesa como italiana y española. Son muchas las leyes que se promulgaron en esta época favorables a la subrogación real, sobre todo en materia de extensión del derecho de hipoteca, prenda y privilegios sobre las indemnizaciones debidas por contrato de seguros, expropiación, responsabilidad, etc. En Francia, y con motivo de la separación entre Estado e Iglesia (1905), aparecieron varias leyes que establecían un derecho de retorno a los donantes, en cierta forma equiparable al establecido en el artículo 747 C. c. francés, respecto a los bienes por ellos donados a las Congregaciones religiosas disueltas con motivo de esta separación. La jurisprudencia, por su parte, hizo llamamiento a la subrogación real con bastante frecuencia, en aplicación de estas leyes y en casos de revocación de donaciones por incumplimiento de cargas.

Pero el mayor acierto y al mismo tiempo el error de esta teoría moderna, lo constituyó su teoría del valor ya establecido en cierta forma por AUBRY y RAU en la suya del patrimonio. Puesto que subrogar quiere decir reemplazar un bien por otro, está claro que lo que se tiene en cuenta es el valor pecuniario del bien y sólo éste; pero es excesivo concluir, como ellos lo hacen, que el derecho tiene sólo por objeto un valor y no también el bien mismo considerado en su individualidad material. Para ellos, a veces, la subrogación real es la sustitución de un valor por otro valor simplemente; pero a pesar de este error contribuyeron en gran medida al esclarecimiento de la noción de la subrogación real.

Como representantes de esta teoría podemos citar a SALEILLES, SANTORO PASSARELLI, PLANIOL, HENRY, BAUDRY-LACANTINERIE, MAGNILLANT y otros (140). Trataron en primer lugar estos autores de racionalizar

(140) SALEILLES, Recueil Sirey, S. Dijon, 30 juin 1893, 94. 2. 185.

SANTORO PASSARELLI, *La subrogazione reale*, «Riv. italiana per le science giuridiche», 1926, págs. 454 y ss.

M. PLANIOL, *Jurisprudence générale*, Recueil, 1902, págs. 33 y ss. Civ. Requ., 29 abril 1901.

A. HENRY, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*. Thèse pour le doctorat, París, 1913.

zar el estudio de la subrogación real, rechazando los conceptos y fórmulas clásicas. La subrogación real general, unida siempre a la idea primero de *universitas* y luego a la del patrimonio, va a dejar paso a una subrogación real especial y unida a la idea de bienes y patrimonios de afectación y, subsidiariamente, a la obligación de restituir.

Como en la teoría clásica, trataremos de extraer los principios generales que la caracterizan.

a) Naturaleza jurídica de la subrogación real

Como ya hemos dicho antes, la ruptura de los autores modernos no fue radical, sino que se fue señalando al principio con cierta timidez. Algunos autores todavía siguen considerando a la subrogación como una ficción, como SANTORO PASSARELLI (141), que define la subrogación real como «une sostituzione di una cosa (inteso questo termine in senso generico e come comprendente anche i prezzo) ad un'altra, la quale, per essere una finzione, dev'essere espressamente ammessa dalla legge e invirtù della quale una cosa è sostituita ad un'altra in una qualità particolare o nell'oggetto di un diritto reale». Pero así como admite que la subrogación real es una ficción, no está de acuerdo en admitirla en las llamadas universalidades, ni en el caso concreto del artículo 1.948 C. c. italiano. Un derecho del titular sobre la universalidad, distinto de los derechos sobre los singulares bienes, no se comprende. ¿Se puede creer que los nuevos bienes están sujetos a esta común garantía sólo en cuanto subrogación? Es evidente, dice, que en ningún caso de universalidad se podrá hablar de subrogación real.

El desconocimiento, dice, del carácter de ficción de la subrogación real, proviene en muchas cosas de la confusión entre subrogación y sustitución; la primera es una sustitución que interesa como tal al derecho, mientras que la sustitución hace que de hecho una cosa subentre en lugar de otra, sin que al derecho le importe tal sustitución, pues considera la nueva cosa en sí y por sí. De aquí, termina diciendo SANTORO PASSARELLI, no es subrogación real la sustitución de una cosa por otra en una universalidad.

El golpe más duro dado por la doctrina al tradicional campo de aplicación de la subrogación real, la *universitas*, se llevó a cabo en el estudio del derecho de prenda general de los acreedores sobre el patri-

BAUDRY-LACANTINERIE, *Precis de Droit civil*, París, 1925, tomo II, núm. 354.

A. MAGNILLAT, *Subrogation réelle*, Thèse, Lyon, 1912.

STORA, *Subrogation réelle*, thèse de doctorat, París, 1901.

AURENGE, *Subrogation réelle*, thèse, Grenoble, 1910.

(141) SANTORO PASSARELLI, *ob. cit.*, págs. 6, 43 y ss.

monio del deudor. A partir de esta época, la casi unanimidad de la doctrina rechazó la subrogación real en este caso, lo mismo que en el derecho de prenda sobre las mercancías de un fondo de comercio (142).

La ficción, dice SALEILLES, «lors qu'ou néglige pour chaque cas particulier de la soumetté à une critique attentive est bien le plus mauvais de tous les raisonnements». Para él, la subrogación es ficticia cuando transporta de un bien a otro cualidades que están fuera del poder de los particulares. En este caso sólo la ley puede hacerlo y, por tanto, será de interpretación restrictiva. Tal es el caso de las indemnizaciones, pues sólo la ley puede, por subrogación real, atribuir el carácter de inmueble a un mueble por naturaleza. No es ficticia cuando traslada cualidades que no escapan al imperio de los particulares, p. ej., bienes propios y dotales.

Los demás autores rompen ya abiertamente con la idea de ficción. Para DEMOGUE, la ficción no es más que un medio del progreso del Derecho que permite consagrar un resultado justo en sí, de apuntarlo provisionalmente hasta que la ciencia establezca el fundamento natural o científico. La ficción no es más que el primer modo de aparición de una verdad.

Tampoco es la subrogación real una ficción para PLANIOL y HENRY. Para este último, la subrogación será una ficción si deroga los principios generales del Derecho, pues la ficción, en definitiva, no es más que una solución contraria a la técnica habitual. La subrogación real «consiste dans la substitution d'une chose matérielle à une autre chose matérielle dans une obligation ou dans un droit dont l'objet consiste essentiellement dans une valeur». Y esta definición, que pone a la subrogación real dentro del cuadro habitual de los principios, nos indica claramente que no es ni de cerca ni de lejos una ficción (143). De la misma opinión son BAUDRY-LACANTINERIE, FONCILLA y DE LA CUEVA (144).

Después de la teoría moderna, ningún autor vuelve a ocuparse de la subrogación real como ficción.

(142) Domenico BARBERO, *ob. cit.*, núm. 116, pág. 399, y núm. 119, pág. 403. BIONDO BIONDI, *I beni*, Turín, 1953, págs. 78, 100 y ss.

G. MARTY y P. RAYNAUD, *ob. cit.*, núms. 288 a 291.

Luis Díez PICAZO, *Fundamento del Derecho civil patrimonial*, 1970.

Manuel FAIRÉN, *Patrimonio y responsabilidad patrimonial*, «Rev. Der. Not.», 1962, tomo 36, págs. 243 y ss. y 264 y ss.

(143) A. HENRY, *ob. cit.*, págs. 377 y ss.

(144) BAUDRY-LACANTINEIRE, *ob. cit.*, tomo II, núms. 354 y ss.

José María FONCILLA, *De la subrogación real*, «Rev. Crít. Der. Inmob.», 1935, número 124, págs. 279 y ss.

Manuel DE LA CUEVA, *La subrogación real de los bienes*, R. T., 1933, págs. 177, 237 y 281.

b) Fundamento de la subrogación real

El fundamento de la subrogación real para estos autores, está unido a la idea de afectación y de valor en los llamados patrimonios de afectación y restitución. Ya SALEILLES señala la importancia que tiene en la subrogación la idea de afectación de un bien a un fin determinado, al cual sirven sus rentas. Cuando un bien recibe una afectación de este género, se le considera en su valor pecuniario más que en su individualidad material y viene a ser un simple medio de realizar el fin querido; puede ser un bien reemplazado por otro y entonces la subrogación real se impone: para asegurar la ejecución de la carga o del objeto a que este bien estaba afecto, el bien que lo reemplaza debe recibir el mismo destino que él.

Se debe garantizar, dice SALEILLES, esta idea y hacer una regla: todas las veces que un bien es afecto a un destino determinado, si es vendido para producir un cambio en el lugar del valor que él representa, la subrogación real es la condición necesaria de esta sustitución de un bien por otro. No se trata ya de hacer adquirir a un bien la cualidad o la naturaleza de otro, sino más bien de afectar sus rentas a una carga determinada. Con esta fórmula, reconoce SALEILLES, desaparecen además las dificultades que embargaban a los antiguos autores, sobre todo en lo que a *cualidad* se refería.

Se pueden distinguir, dice PLANIOL, dos series de aplicaciones del principio de subrogación real: la una supone la afectación de un valor a un fin determinado, y hace referencia a materia de obligaciones; y la otra se encuentra cuando es el origen de un valor lo que se considera, la cual únicamente tiene lugar en las demandas de restitución por vía de una acción real. Para HENRY, la noción de patrimonio como la de ficción, son demasiado estrechas; desde el punto de vista activo se debe considerar, como constituyendo un patrimonio, todo bien o todo conjunto de bienes afectos a un uso determinado y admitir a continuación la subrogación real, cada vez que se esté en presencia de un patrimonio de este género sometido a afectación o gravado con una obligación de restitución. La subrogación real es para HENRY un procedimiento jurídico abstracto, independiente de las causas que lo motivan; asociada a las relaciones económicas de las que ella no es más que la traducción, es decir, asociada a la idea de valor y de propiedad de afectación.

Un objeto de derecho, dice, puede ser considerado en su valor pecuniario o en su individualidad psíquica. Cuando el objeto del derecho (propiedad) recae sobre una cosa individualmente determinada, el objeto jurídico se confunde con la cosa material que forma el contenido, y

toda sustitución de una cosa material por otra supondría forzosamente la creación de un objeto de derecho nuevo.

Cuando, por el contrario, el objeto del derecho no está determinado más que en su valor pecuniario, toda la sustitución de una cosa por otra no modifica el objeto que permanece siempre el mismo, a pesar de las transformaciones materiales que ha sufrido. Es esta última idea la que expresa para HENRY la teoría de la subrogación real (145).

Hasta tal extremo lleva HENRY su teoría del valor con relación a la subrogación real, que llega a decir que ésta se produce constantemente en el derecho de crédito. Si un individuo Primus es acreedor de Secundus por una cantidad de 1.000 francos, el derecho de Primus consiste en tomar sobre el patrimonio de su deudor un valor igual a la suma de la que es acreedor; su derecho no recae más que sobre el valor global de los bienes del deudor y no sobre tal o cual bien determinado y por ello es por lo que es susceptible de renovarse por vía de subrogación real, subrogación real tan frecuente y natural que no tiene condiciones jurídicas importantes. La subrogación real así considerada deja de ser ella misma, desborda los límites y el verdadero significado y finalidad de este principio.

De acuerdo con esta idea del valor, MAGNILLAT, en su tesis sobre la subrogación real, nos dice: «c'est ainsi que la subrogation, de fiction qu'elle était notre ancienne législation est devenue une réalité économique». Para él la subrogación real viene a ser la sustitución de una riqueza por otra nueva que sustituye a la antigua; la subrogación real, como consecuencia, viene a ser un principio económico como se observa en su teoría de los valores. La hipótesis donde se produce la subrogación real, las coloca MAGNILLAT en cuatro apartados (146):

- 1.º Subrogation ayant pour but la conservation des pourvoirs de l'administration.
- 2.º Subrogation ayant pour but la conservation d'une valeur au profit d'individus, d'une famille, d'une groupe.
- 3.º Subrogation ayant pour but de maintenir le droit de préférence entre les créanciers.
- 4.º Subrogation ayant pour but d'éviter l'enrichissement sans cause.

Como ya hemos adelantado, el error principal de la doctrina moderna es precisamente el considerar el objeto del derecho con relación a la subrogación real como su simple valor que, como tal, podría indefinida-

(145) A. HENRY, *ob. cit.*, págs. 95, 111, 387 y 394.

(146) M. MAGNILLAT, págs. 79 y 311 y ss.

mente sustituirse por otro. Por otro lado, una concepción así de la subrogación real desconoce los principios que la rigen, su campo de aplicación y sus límites, como veremos más adelante.

La doctrina alemana estudia la subrogación real fundamentalmente en los patrimonios especiales, en los que las hipótesis más importantes de la subrogación real son las siguientes:

- 1.^a Lo adquirido en virtud de un derecho integrante del patrimonio especial (verbigracia, la prestación que corresponde a un crédito).
- 2.^a La sustitución por indemnización... por seguros en caso de destrucción, daño o sustracción. Artículos 1.370, 1.368 y 211 BGB.
- 3.^a Finalmente está la hipótesis en que el ingreso de un elemento patrimonial y su sustitución se efectúa por un negocio jurídico (147).

c) Clases de subrogación real

Las clases de subrogación real que los autores modernos reconocen se derivan de su distinción entre bienes o patrimonios de afectación y de restitución. Desaparece la antigua distinción de subrogación real general y especial y es sustituida por la subrogación real convencional y legal.

Cuando la subrogación real aparece, dice HENRY, como consecuencia de una cláusula de afectación expresamente estipulada por las partes o adoptadas por ellos implícitamente a continuación de la elección del régimen matrimonial, puede ser calificada de convencional. La legal es la que descansa sobre la autoridad de la Ley y no en la voluntad de las partes, p. ej., los artículos 747 (retorno sucesorial) y 132 C. c. francés (ausente); en esta subrogación legal se trata de la restitución de un patrimonio, es decir, bienes considerados en su valor pecuniario más que en su individualidad material (148).

La misma clasificación vemos en STORA: «la subrogation, qu'elle soit générale ou spéciale, qu'elle transmette une qualité générale et commune à tout un ensemble de biens, ou une qualité particuliere à un bien isolé, n'est commandée que par le respect de la volonté expresse au

(147) Andreas VON TUHR, *Teoría general del Derecho civil alemán*, vol. 1.º, *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, págs. 145 y ss. y 406 y ss., Buenos Aires, 1946.

Augusto PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, págs. 13, 34 y 64.

(148) A. HENRY, *ob. cit.*, págs. 1 y ss. y 383.

tacite soit du législateur, soit des particuliers, suivant que cette qualité générale ou particulière est l'oeuvre de la loi ou de la convention» (149). Lo mismo podemos decir de PLANIOL, cuando dice que la influencia soberana reconocida a la voluntad de las partes no tiene efecto más que en los casos en que la subrogación real depende de la afectación de un bien a un fin. En materia de ausencia (art. 132), petición de herencia y retorno legal (art. 747), la subrogación real está establecida por la ley y no tiene lugar, en principio, más que a propósito de masas de bienes sujetas a restitución. Por el contrario, la subrogación real que se produce por convenciones matrimoniales, en las fundaciones y en las donaciones con cargas, depende principalmente de la voluntad de las partes, o bien son introducidas por la costumbre y el derecho tradicional para respetar esta voluntad y darle efecto (150). Igual opina SALEILLES.

d) Efectos de la subrogación real

No suelen ser muy explícitos estos autores a la hora de determinar los efectos de la subrogación real, lo mismo que en la época anterior. Entre las cualidades que afectan a los bienes, dice DEMOGUE, unas son establecidas por la ley y otras por la voluntad de los contratantes o por la de uno solo, pero siempre en vista de ese valor a un fin determinado; para estas cualidades se aplica la subrogación real. Las otras cualidades, por el contrario, consideran el bien en sí mismo y son inherentes al bien, al cual siguen a cualquier mano que pasen; por todo esto, y al contrario que las anteriores, no hay, o no se produce respecto a ellas, la subrogación real (151). La misma fórmula vaga encontramos en HENRY, que no deja de reconocer él mismo que es demasiado poca cosa (152).

De la doctrina, en general, de los autores modernos resulta que los efectos de la subrogación real consisten en la conservación sobre el bien nuevo de la afectación y obligación de restituir, a la que los bienes antiguos estaban sometidos.

En cuanto al rechazo de las antiguas máximas bartolianas, los autores modernos siguen utilizando los mismos argumentos, ya vistos en los autores clásicos, por las que terminan pidiendo su total abandono. DEMOGUE, el más explícito de todos, considera la máxima *in iudiciis universalibus*... 1.º como contradictoria, puesto que con frecuencia se aplica

(149) STORA, *ob. cit.*, pág. 481.

(150) PLANIOL, *ob. cit.*

(151) R. DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, «Revue critique de législation et jurisprudence», París, 1901, XXX, págs. 252 y ss.

(152) A. HENRY, *ob. cit.*, págs. 112 y ss.

la subrogación real en los juicios singulares; 2.º que no existen en realidad juicios universales propiamente dichos en el derecho moderno; 3.º que un adagio jurídico no debe seguirse más fe si es una regla de equidad y si responde, además, a una necesidad práctica y al desarrollo económico; 4.º que se ha pensado siempre en este adagio con relación a la prenda general del patrimonio, artículo 2.092 C. c., y aquí concretamente carece de base lo mismo que en el caso del derecho de prenda sobre un fondo de comercio, y 5.º que hablar de *universitas* es emplear una expresión cómoda, por lo que, al igual que todos, propone dejar esta máxima y construir un sistema que responda a la necesidad práctica y que esté en armonía con los textos legales (153).

Hecho este resumen del concepto moderno de la subrogación real, vamos a referirnos a continuación a la teoría contemporánea o realista.

C) *Teoría contemporánea o realista*

A partir de la teoría moderna los estudios sobre la subrogación real no han sido muy numerosos, pero sí de suma importancia. La contribución de la llamada teoría contemporánea o realista a la comprensión de la verdadera naturaleza de la subrogación real es decisivo, destacándose sobremanera J. BONNECASE.

Así como la teoría moderna supuso una reacción frente a la rigidez de la teoría clásica, también ahora podemos decir que los autores contemporáneos reaccionaron contra la teoría del valor como única base de la subrogación real. El considerar a la subrogación real como el cambio de una riqueza antigua por una nueva o un valor por otro valor, era exceder los límites de la subrogación real, sus principios, efectos, fin y su razón de ser; era ver un fenómeno subrogatorio en todo cambio o mutación de una cosa por otra o una cosa por su valor en todos los campos del Derecho. La consideración de los bienes por su valor pecuniario es necesaria para la subrogación real, pero es excesivo concluir que sólo este valor se tiene en cuenta. La subrogación real considera los objetos de los derechos reales, no sólo por su valor pecuniario, sino también por su individualidad material. La consideración exclusiva de una u otra elimina automáticamente que la subrogación real se produzca, como veremos a lo largo de este trabajo.

Representa también la teoría contemporánea o realista el triunfo definitivo de la subrogación real especial, pues la subrogación real es siempre especial.

(153) A. HENRY, *ob. cit.*, págs. 29 y ss., 38 y 41.
DEMOGUE, *ob. cit.*, pág. 361.
PLANIOL, *ob. cit.*

Vamos a referirnos, en primer lugar, al estudio de la subrogación real según H. CAPITANT; a continuación nos referiremos a J. BONNECASE y a nuestro eminente hipotecarista ROCA SASTRE, que tanto ha contribuido con su estudio de la subrogación real a despertar el interés sobre esta materia en España. Y, por último, estudiaremos el trabajo más reciente sobre subrogación real, el de MARC LAURIOL.

a) La subrogación real según H. CAPITANT

Aunque la doctrina de CAPITANT (154) ha sido duramente criticada por los autores posteriores, se le puede reconocer el mérito de haber hecho hincapié en el papel importantísimo que en el estudio de la subrogación real tiene la técnica jurídica. El error de CAPITANT ha sido el de contraponerla a la equidad que, como muy bien señala BONNECASE, en vez de contraponerse se complementan.

Sobre la subrogación real, dice CAPITANT, no se ha llegado a soluciones definitivas, por lo que, a falta de precepto y teniendo en cuenta los pocos artículos que el Código franco y varias leyes especiales la establecen, es necesario hacer un sistema, inspirándose no sólo en los textos de nuestras leyes, sino en la razón de ser y fundamento de nuestra institución. Es necesario para conseguirlo acudir al método descriptivo.

La subrogación real, para este autor, tiene un doble papel:

1.º Cumple un papel técnico que tiene como fin impedir la confusión entre dos patrimonios que tienen cada uno su titular, pero que se encuentran momentáneamente juntos, o entre un grupo de bienes y el resto del patrimonio del que estos bienes forman parte. Dentro de la utilidad técnica de la subrogación real se encuentran: a) regímenes matrimoniales; b) aceptación a beneficio de inventario; c) liberalidades con cargas y sustituciones permitidas, y, por último, d) sucesiones anormales. En estas primeras aplicaciones, la subrogación real se nos aparece como una institución relevante de la técnica jurídica, una institución única en su género, sin la cual ningún sistema jurídico podría pasarse.

2.º La subrogación real tiene como segundo papel, según CAPITANT, la misión de satisfacer una necesidad de equidad y justicia. Dentro de este grupo se encuentra: a) el acreedor con derecho de preferencia no seguido de un derecho de persecución; b) el caso del artículo 575 al 2 C. com., referente a la quiebra, y en cuyo apoyo cita CAPITANT a THALLER y a PERCERON (155), que dice que en realidad el concepto que

(154) M. Henri CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, «Revue Trimestrielle de Droit civil», 1918-1919, págs. 385 y ss.

(155) M. THALLER y M. PERCERON, *Traité des faillites et banqueroutes*, tomo II, número 1.013.

sirve de base a este artículo no es la noción de mandato, sino la idea más simple de equidad, y, por último, c) el caso de venta de un *non domino* a un tercero de buena fe.

Cuando la subrogación real interviene para evitar la confusión entre varios patrimonios, ésta se aplica ampliamente. No así en el caso de su aplicación por motivos de equidad, en la que CAPITANT sólo admite la subrogación del precio y sólo cuando la cosa ha sido vendida, dejando fuera de la subrogación real campos tan importantes como el de las indemnizaciones debidas por contratos de seguros, expropiación, responsabilidad y seguridades reales. La aplicación de la subrogación real en el caso de la extensión a las indemnizaciones del derecho de hipoteca, prenda o privilegios reales tardó mucho en admitirse; podemos adelantar que ésta se ha admitido sin restricciones hace pocos años.

Como es ya corriente en la doctrina, también CAPITANT considera a la subrogación real como procedimiento técnico inútil para explicar los derechos de los terceros sobre el patrimonio del deudor, por lo que abandona por completo esta noción en este caso concreto, que no se encuentra ya en la 2.^a y 3.^a edición de su obra *Introducción al Derecho Civil*. Lo mismo podemos decir de T. HUC (156) y de WALH (157). Este último niega en el derecho francés la existencia de la subrogación real.

Como todos los que estudian la subrogación real, CAPITANT nos dice su parecer acerca de las máximas bartolianas y de la doctrina anterior. ¿Por qué, se pregunta, hacer intervenir la noción de la subrogación real en la noción de patrimonio? ¿Qué utilidad tiene? Querer sacar la noción de la subrogación real de la del patrimonio tiene carácter artificial. En el caso del artículo 2.092 C. c., prenda general de los acreedores sobre el patrimonio del deudor, el hecho de que en este patrimonio entran tanto los bienes adquiridos onerosa como gratuitamente, prueba que la subrogación real no tiene nada que hacer aquí y, sobre todo, ¿no excluye la noción misma de subrogación real la fungibilidad de los elementos del patrimonio? ¿Para qué decir que una cosa subroga a otra, si éstas son fungibles entre sí?

En cuanto a los adagios bartolianos, propone su rechazo. Del primero, *in iudiciis universalibus*..., no hay nada que sacar, porque no puede adaptarse al papel técnico de la subrogación real más que dando a la palabra *iudicia universalia* una extensión contraria a los principios. La regla *in iudiciis singularibus*... es también falsa para CAPITANT, porque

(156) Theophile Huc, *Commentaire Théorique et pratique du Code civil*, París, 1896, tomo V, págs. 100 y ss.

(157) WALH, v. A. HENRY, *ob. cit.*, pág. 394.

se puede afirmar que siempre, y en todos los casos, «pretium succedit loco rei». Una concepción tan estrecha, dice, desconoce absolutamente el papel técnico tan importante de la subrogación real, que debe funcionar todas las veces que haya un patrimonio de bienes sometido a un régimen diferente del de la masa. Si fuera exacta la regla *in iudiciis universalibus*... sería necesario, en los regímenes matrimoniales, interpretar restrictivamente los artículos 1.434 y 1.435 C. c., lo que sería, no sólo contrario a la tradición, sino que conduciría a soluciones incompatibles con la idea fundamental de conservación de los patrimonios propios y dotales.

Del tercer adagio, *subrogatum sapit*..., opina CAPITANT que no merece ser conservado porque no describe exactamente el efecto de la subrogación real.

b) La subrogación real según JULIEN BONNECASE

De todos los estudios que sobre subrogación real se han hecho, destaca extraordinariamente el de J. BONNECASE (158). Su contribución al estudio de esta materia ha esclarecido y puesto de manifiesto aspectos de ella que habían pasado inadvertidos. Como otros autores franceses, pretende extraer una teoría general que esté de acuerdo con el Código civil, leyes posteriores, dadas en materia de subrogación real, y con la jurisprudencia.

Empieza su estudio de la subrogación real liberándola totalmente de las distinciones propuestas en el Derecho común y, sobre todo, de los tres adagios clásicos que, según BONNECASE, han contribuido mucho al oscurecimiento de la noción de subrogación real. Estos adagios, dice, ya no expresan ningún derecho vivo. La realidad es tan distinta que la distinción entre *universitas*, de hecho y de derecho, así como entre *iudiciis universalibus* y *iudiciis singularibus*, con relación a la subrogación real, carece de utilidad hoy día.

Su acierto extraordinario fue haber declarado que la subrogación real supone una fungibilidad relativa e individualización de los bienes; que la subrogación real requiere un vínculo de filiación directa entre los bienes subrogados; y su negación, al igual que todos los autores de la teoría moderna, de la subrogación real general basada en el derecho de prenda de los acreedores, sobre todo, del patrimonio del deudor.

Ni en las universalidades de derecho ni en las de hecho se da la subrogación real más que de nombre; en el momento en que los bienes de estas universalidades se individualizan o se precisan, entonces entra

(158) Julien BONNECASE, *Supplément de droit civil de D. Baudry-Lacantinerie*, tomo III, págs. 689 y ss., 1926, y tomo II, núms. 363 y ss.

en juego la subrogación real. Subrogación real y fungibilidad absoluta de los bienes son ideas contrapuestas. La subrogación real es siempre especial (159).

Define BONNECASE la subrogación real como «la institución jurídica esencialmente relativa a un patrimonio considerado en un momento dado de su existencia, en sus elementos concretos e individualizados; su función consiste, para el caso de venta o de pérdida de uno de estos elementos, en trasladar, sin perjuicio de los intereses de los terceros, de pleno derecho o en virtud de la voluntad de los interesados, sobre el bien individualizado a cambio los derechos que gravaban al bien salido del patrimonio».

Por primera vez, y con carácter general, se dice que la subrogación no consiste en trasladar la cualidad, la naturaleza jurídica de una cosa a otra, sino en el traslado del mismo derecho que se tenía sobre la cosa antigua. La subrogación real está en relación con el patrimonio, pero en vez de ser considerado éste como un valor o conjunto de bienes fungibles entre sí, requiere que sus elementos estén concretizados e individualizados.

En cuanto a la interpretación de los textos que establecen la subrogación real, dice BONNECASE que las múltiples aplicaciones que tanto el Código civil como las leyes especiales hacen de la subrogación real, demuestran que esta noción es la base de nuestra legislación y que los textos que se refieren a ella son simples casos concretos, desprovistos de toda fuerza limitativa. La subrogación real, además, no es concebible más que si existe un vínculo de filiación directa y cierta entre el bien vendido o desaparecido y el que viene en su lugar; no puede ser de otra manera, dice, porque en caso contrario iría en contra del fundamento de la subrogación real y dejaría a ésta expuesta a la arbitrariedad y al fraude.

Después de rechazar rotundamente que la subrogación real tenga como fundamento la idea de ficción, se muestra, también en desacuerdo con CAPITANT, en que la subrogación tenga como fundamento la equidad y la técnica jurídica. Tanto el enriquecimiento sin causa, como el abuso del derecho y la subrogación real, son instituciones que encuentran su fundamento en la noción de derecho (160). El Derecho, no sólo es una acción constante sobre el desenvolvimiento de la vida jurídica, a pesar del reinado de la codificación, sino que trata de establecer un equilibrio social para la salvaguardia y protección positiva de las personas, tanto individuales como colectivas; la noción de derecho, dice BONNECASE,

(159) Julien BONNECASE, *ob. cit.* *La subrogation réelle*, págs. 738 y ss.

(160) Julien BONNECASE, *ob. cit.*, págs. 780 y ss.

abdicaría de su papel si este equilibrio pudiera ser roto por el solo hecho de la pérdida o deterioro de las cosas materiales. Dicho de otro modo, por el simple hecho de la transformación de la materia. Esto sería la abdicación de la energía y de la inteligencia humana ante las fuerzas del azar, la sumisión pasiva ante la fatalidad e, incluso, ante el fraude. Por ello, BONNECASE, en contra de CAPITANT, atribuye un único fundamento a la subrogación real.

La técnica jurídica para BONNECASE sólo puede servir de aplicación secundaria de la subrogación real; toda institución es susceptible de ser considerada no sólo en relación con la ciencia, sino también con la técnica; desde el punto de vista de la técnica, la subrogación real y su consagración expresa o implícita por una legislación, se explican por la idea de la doble salvaguardia del crédito y en la organización jurídica en general. La base del crédito sería singularmente frágil, si los derechos o los intereses que descansan sobre un bien individualizado se perdieran por el solo hecho de su desaparición cuando, más o menos intencionadamente, fuera reemplazado por otro bien en el patrimonio y esto de una manera directa o, al menos, cierta; esto sería siempre la victoria de los elementos puramente materiales sobre la noción de valor económico y del punto de vista social.

La idea de protección del crédito no agota todo el alcance de la técnica jurídica en el dominio de la subrogación real. La organización jurídica entera está interesada, considerando BONNECASE a ésta como las combinaciones de toda naturaleza a las que el espíritu humano ha recurrido para asegurar el desarrollo de la vida social y el mejoramiento del sino de cada uno, aunque esta mejora sea, en el fondo y en ciertos casos, una realidad o una ilusión.

La institución de la subrogación real, según BONNECASE, se explica y se justifica por la técnica y por la ciencia jurídica a la vez, unidas indivisiblemente. Sin duda, la técnica jurídica tiene en sí misma encerrada una parte de artificio, pero éste no tiene consecuencia en sí mismo.

Todo lo dicho, termina BONNECASE, está conforme con los textos del Código civil, leyes posteriores y con las tendencias, tanto antiguas como actuales, de la jurisprudencia.

Después de BONNECASE aparecieron varios tratados sobre subrogación real, pero sin decir nada nuevo, VOIRIN (161) manifiesta que instituciones como la inalienabilidad en naturaleza o el derecho de persecución se oponen a la subrogación real y que es necesaria la individua-

(161) P. VOIRIN, *Cours de droit civil français de Beudant*, tomo IV, 1938, números 42 y ss.

lidad del objeto; CERBAN (162) estudia la fungibilidad entre las cosas particulares que, para él, constituye la base de la subrogación real y dice que es la idea de valor la que explica la fungibilidad y la subrogación, fundada sobre la noción de equivalencia entre los bienes. ROBERT GARY (163) y VEAUX-FOURNERIE (164) estudian también la fungibilidad de los elementos como fundamento de la subrogación real.

c) La subrogación real según ROCA SASTRE

Hasta la publicación del estudio sobre la subrogación real de ROCA SASTRE, esta materia no había sido estudiada en España con la suficiente amplitud y profundidad (165); le corresponde, por tanto, el adjetivo de pionero de una serie de trabajos que, después de él, se van a referir a la subrogación real y el haber despertado el interés sobre tan interesante figura jurídica.

La subrogación real, dice ROCA SASTRE, es aquella figura en virtud de la cual la situación jurídica que en cierto aspecto califica o afecta a una cosa determinada pasa a calificar o a afectar en igual sentido a la otra cosa que haya reemplazado o sustituido a aquélla, cuando la misma ha sido objeto de una enajenación o pérdida. En la subrogación real ha de verse la permanencia de una misma situación o condición jurídica, a pesar del cambio o mutación de la cosa sujeta a ella. La subrogación real afecta a un bien determinado y es requisito esencial que la sustitución de una cosa por otra, se efectúe a base de una relación de causalidad o que haya una filiación directa o conexión lógica entre ambos bienes: el que sale y el que entra en el patrimonio de una misma persona. El objeto que entra en lugar del antiguo ha de ser, dice, un elemento subrogado o equivalente; la adquisición a título gratuito o sin equivalencia, no hace funcionar a la subrogación real.

En lo que se aparta ROCA SASTRE de la unanimidad de la doctrina es en la aplicación de la subrogación real en el patrimonio general representado por el artículo 1.911 Cc. No se le escapa, sin embargo, la opinión contraria de la doctrina que considera inútil el juego de la subrogación real en este caso, pero a pesar de ello considera que, aunque sea tan

(162) A. CERBAN, *Naturé et domaine de la subrogation réelle*, «Rev. Trimestr. Droit civil», 1939, págs. 47 y ss.

(163) Robert GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de Droit*, París, 1932, pág. 304, nota 2, pág. 119.

(164) VEAUX-FOURNERIE, *Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commerciale*, Le gage comercial, págs. 134 y ss.

(165) R. M.^a ROCA SASTRE, *La subrogación real*, «Rev. Der. Priv.», abril 1949, tomo 33, págs. 281 a 304.

natural que se sobrentiende, ello no quita que deje de actuar la subrogación confluyendo con la fungibilidad.

VALLET DE GOYTISOLO (166) con mucho acierto observa que la expresión de subrogación real se ha aplicado a fenómenos que ofrecen cierta semejanza en sus resultados, pero que en su esencia y en su causa no deben confundirse. La aparente subrogación, dice, que no es tal, sino fruto de la determinación *sub specie universitatem* que, a su vez, puede derivar intrínsecamente de la productividad orgánica de los elementos que componen el conjunto, o bien extrínsecamente de la agregación de nuevos elementos equivalentes o no a los antiguos que fueron separados de él; seguramente, dice, se habla de subrogación real por un error de perspectiva. Así la nueva oveja queda comprendida en el usufructo del rebaño, las nuevas mercancías en la hipoteca de la taberna, etc.; tal apreciación tiene como falsas premisas la afirmación de que a iguales afectos corresponde una misma causa. Aunque VALLET se refiere al caso del derecho de hipoteca sobre las mercancías de un establecimiento mercantil y al usufructo de rebaño, lo dicho se puede aplicar también al caso de responsabilidad patrimonial universal regulada en el artículo 1.911 C. c.

No está justificada, para VALLET DE GOYTISOLO, la repulsa unánime de los adagios que regularon en una época el principio de la subrogación real, sobre todo el adagio *subrogatum sapit...*, pues opina que es evidente que la naturaleza no se puede atribuir al bien nuevo. ROCA SASTRE considera que este adagio no debe ser interpretado en sentido literal, pero nosotros creemos justificadamente que estos adagios están fuera de lugar hoy día y carecen de utilidad, además de que no responden a las circunstancias actuales. Sólo podemos atribuirle a estos adagios un valor histórico dentro de la evolución del concepto de subrogación real, pues fuera de esta consideración nada justifica su utilización en el Derecho actual.

La subrogación real, dice ROCA SASTRE, supone en primer lugar un cambio, mutación o sustitución de una cosa por otra, y en segundo lugar, una permanencia inalterada de la misma situación jurídica; el campo o presupuesto fundamental de la subrogación real es un proceso de reconversión de valores económicos, sobre la base de una permanencia de un mismo o equivalente valor. La subrogación, dice, no debe establecerse sólo en los casos establecidos por la Ley, sino en todos aquellos en que concurren supuestos análogos de aplicación de la subrogación real.

(166) VALLET DE GOYTISOLO, *Pignus Tabernae*, «An. Der. Civ.», tomos VI-IV, octubre-diciembre 1953, págs. 483 y ss.

Por último vamos a tratar de resumir la última monografía que sobre subrogación real se ha escrito: la de MARC LAURIOL.

d) La subrogación real según MARC LAURIOL

El tratado de MARC LAURIOL (167), supone un estudio más detallado y amplio de la subrogación real bajo las premisas ya establecidas por la doctrina a partir de BONNECASE. Su aportación más destacada la constituye su división de la subrogación real en dos relaciones de derecho, una principal y otra accesoria, y su consideración de la subrogación como una individualización del valor por su origen y por su destino.

Subrogar, quiere decir «el reemplazo de bienes considerados como medio de mantener la aprehensión de un valor individualizado». La subrogación real es un procedimiento técnico y por tanto se explica, dice, por un estudio técnico. En la subrogación real se dan dos elementos, uno fluctuante (el objeto del derecho) y otro estable (el derecho subjetivo mismo considerado en su naturaleza y en su individualidad); de acuerdo con lo dicho, el mecanismo de la subrogación real supone dos relaciones de derecho distintas. En una se produce la fluctuación y se llama relación accesoria, y en la otra es donde se produce la conservación del derecho llamada relación principal.

Tanto la fluctuación como la conservación del derecho, dice LAURIOL, se realizan sobre planos diferentes en dos relaciones distintas y complementarias; distintas no sólo por su existencia, sino también por su comportamiento, pues en la fluctuación no se considera más que la materialidad de los bienes y es en la conservación del derecho cuando el reemplazo propiamente dicho se produce y permite extraer la noción de valor sobre la que la teoría moderna llama la atención; y complementarias porque se refieren las dos al objeto del derecho. La subrogación, dice LAURIOL, encuentra la ocasión en la fluctuación material y se realiza en la conservación del derecho.

El reemplazo para LAURIOL significa necesariamente la individualización del valor por su destino y por su origen; el bien nuevo no reemplaza al antiguo más que si lo representa, si está unido a él por un vínculo de filiación.

Lo que se transmite de un bien a otro por subrogación real, no es, dice LAURIOL, tal o cual cualidad de un bien, sino el derecho subjetivo exacto, lo cual no es un efecto de la subrogación real sino la subrogación real misma.

La subrogación real la define de la siguiente manera: «es el cambio

(167) Marc LAURIOL, *La subrogation réelle*, tomos I y II, París, 1954.

de objeto material de un derecho determinado por otro objeto material, con el fin de mantener el valor individualizado por estos dos objetos a un mismo destino». La subrogación real es la conservación del derecho cuyo objeto cambia, lo cual no puede realizarse más que si el derecho a conservar admite la fungibilidad de sus dos objetos sucesivos, y para saber si esto es así, está la organización técnica del derecho, al que LAURIOL dice es necesario consultar. Este principio fundamental permite situar la subrogación real en el conjunto de la técnica jurídica; por tanto, es necesario analizar en cada caso si el cambio del objeto es compatible con la conservación del derecho en su identidad; la posibilidad de una subrogación real deseable depende naturalmente del grado de adhesión del derecho a la materialidad de su objeto.

En cuanto a las máximas clásicas opina que no es necesario encerrarse en afirmaciones preconcebidas, pues no existe la fórmula cabalística que aporte soluciones provisionales e infalibles a todos los problemas surgidos en la vida práctica.

Después del estudio de la evolución histórica de la subrogación real, trataremos de dar nuestra propia opinión.

V. CONCEPTO DE SUBROGACION REAL

A) *La subrogación real principio general de conservación de un derecho a pesar del cambio material de su objeto*

Como hemos podido observar a lo largo de la evolución histórica del principio de subrogación real, los tratadistas del Derecho común no definieron el principio, limitándose a decir en tres reglas o adagios el campo de aplicación y los efectos del principio de subrogación real. Y lo mismo sucedió en la llamada teoría clásica del Derecho codificado, cuyos tratadistas se limitaron simplemente a describir lo que acontecía con la aplicación de la subrogación real. Es a partir de la teoría moderna cuando los autores catalogan el principio. HENRY lo considera como un procedimiento jurídico abstracto; MAGNILLAT, como un principio económico; CAPITANT, como sustitución relevante de la técnica jurídica; BONNECASE, como institución jurídica esencialmente relativa a un patrimonio; LAURIOL, como procedimiento técnico; JOSÉF ESSER, como pensamiento jurídico general, y nuestro hipotecarista ROCA SASTRE la llama simplemente figura (168).

(168) A. HENRY, *ob. cit.*, págs. 95 y ss.

MAGNILLAT, *ob. cit.*, págs. 79 y ss., 311 y ss. y conclusión.

La subrogación real no encaja dentro de la «Institución jurídica». Según ENNECERUS (169) ésta es un conjunto de disposiciones del derecho relativas a las relaciones jurídicas de una clase determinada, y DE CASTRO (170), dentro de una tendencia más reciente la define «como un conjunto de disposiciones del derecho relativas a las formas básicas y típicas de la organización jurídica, la cuales destacando de la multitud de relaciones existentes y posibles, representan las líneas constructivas del plan de organización estatal, y sus grandes principios morales y políticos, motores y básicos».

Pero en el estudio anterior hemos podido apreciar que la subrogación real ha carecido desde su origen de unas normas jurídicas que establecieron qué es, cuáles son sus fines, por qué medios se realiza, etc. La subrogación real desde el punto de vista normativo no ha tenido más que el nombre, excepto hasta hace relativamente pocos años en que ha sido recogida como tal expresamente en leyes especiales del Derecho Agrario y Urbanístico.

La subrogación real, lejos de ser una institución jurídica autónoma, es un principio que interviene en una institución jurídica, se adapta a ella, ayuda a conseguir los fines de ésta y usa de sus medios. Así, p. ej., en el régimen legal de gananciales la subrogación real ayuda a determinar la calificación jurídica de los diferentes bienes que la componen y a conservar y mantener el equilibrio económico entre las distintas masas de bienes, todo ello a través de una conservación en valor de los derechos que sobre ellos recaen, evitando de este modo el paso injustificado de cantidades y bienes de una masa patrimonial a otra. Cuando se trata del régimen hipotecario, el objeto o el fin de la subrogación real es trasladar sobre la indemnidad del seguro, si la hubiera, el derecho que recaía sobre la cosa inmueble hipotecada con todas sus características; su papel por tanto dentro de esta institución será mantener la garantía y efectividad del derecho de crédito que desaparecería a consecuencia de la destrucción del bien hipotecado. Lo mismo podemos decir de la contribución del principio de subrogación real a la consecución de los fines de las concentraciones parcelarias y planes de ordenación urbana y también en la conservación dentro de una misma línea, de los bienes troncales y sujetos a reserva.

Henri CAPITANT, *ob. cit.*, págs. 385 y ss.

BONNECASE, *ob. cit.*

Marc LAURIOL, *ob. cit.*

JOSEF ESSER, *ob. cit.*, págs. 8 y ss.

ROCA SASTRE, *ob. cit.*, págs. 281 y ss.

(169) ENNECERUS-KIPP-WOLFF, *Parte General, Tratado de Derecho civil, ob. cit.*, páginas 286 y ss.

(170) Federico DE CASTRO, *Derecho civil de España*, 2.^a ed., pág. 563.

Podemos decir, pues, que el principio de la subrogación real, excepto su fin de conservación de los derechos reales a pesar del cambio material del objeto, lo cual constituye más bien su propia esencia, no tiene fines determinados, sino que éstos dependen de la institución jurídica en donde la subrogación real va a funcionar y del derecho que se trata de conservar por medio de ella y de las normas que lo regulan. Para saber cómo interviene la subrogación real y para qué, es necesario estudiar la institución o caso especial en que interviene y el derecho real que se trata de conservar.

También nos faltan unas normas jurídicas específicas que regulen lo que para la subrogación real es imprescindible y de lo que depende que ésta se haga efectiva o no. Aludimos a unas reglas referentes a la prueba de la procedencia en la subrogación real, por lo que ésta ha de someterse en esta materia al Derecho común que la mayoría de las veces le aporta grandes desventajas e inconvenientes. Carecemos de normas que regulen expresamente para la subrogación real su publicidad respecto a terceros, lo cual ha contribuido en gran manera, antes más que ahora, a que fuera mirada por la doctrina con desconfianza.

La subrogación real para nosotros es *un principio general de conservación de un derecho, a pesar del cambio material de su objeto, mediante una conservación en valor individualizado por su origen y procedencia y, al mismo tiempo y en casi todas las ocasiones en las que ella interviene, se nos presenta como principio general complementario con el principio también general del enriquecimiento injusto, constituyendo un remedio más, distinto de la acción «in rem verso» y de la «condictio», para prevenir o remediar el equilibrio patrimonial injustamente perturbado.*

B) *Elementos y condiciones del principio general de subrogación real*

En toda subrogación real podemos distinguir dos elementos: uno cambiante, el objeto del derecho por otro objeto que viene a sustituirlo en el patrimonio del titular del derecho; y otro estable o el derecho que permanece él mismo y con iguales características sobre el nuevo objeto que ha reemplazado al anterior; todo ello mediante una consideración del objeto y del derecho en su valor económico, valor que a su vez está individualizado por su origen y procedencia.

Para que se produzca el principio de subrogación real se requiere que entre el objeto antiguo y el nuevo, que viene a reemplazarlo en el patrimonio de una persona, se dé un vínculo de filiación directa, una

relación de causalidad, es decir, que el bien nuevo proceda del antiguo. Esta condición de procedencia es la condición *sine qua non* para que se produzca la subrogación real y el Derecho así lo exige siempre. Si falta esta condición no sólo no habría subrogación real sino que se tendería al arbitraje y al fraude.

Unas veces un bien procede de otro de manera directa e inmediata, como es el caso de una venta, permuta, expropiación por causa de utilidad pública o en caso de empleo de una cantidad de dinero, p. ej., dotal, en la compra de un bien mueble o inmueble o en caso de reemplazo, es decir, en el régimen legal de gananciales, la venta anterior de un bien propio de la mujer y más tarde y mediante ese precio comprar otro bien que por subrogación real será propio de la mujer como el antiguo, etcétera. Otras veces la procedencia de un bien u objeto del derecho por otro se produce indirecta y mediatamente, como en el caso de las indemnizaciones debidas por seguro en caso de destrucción de un bien propio de un régimen de comunidad. En estos casos la Ley establece que las indemnizaciones de seguros por daños, destrucción, etc., proceden del bien destruido o dañado, lo representen a él y no a las primas pagadas que se consideran como simples gastos de conservación del bien. Después de fuertes debates, la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, tanto nacional como extranjera, consideran que se da en estos casos la condición de procedencia exigida por el principio de subrogación real. La Ley ha establecido la existencia de esta relación, de este vínculo, en el caso de dación en pago de la dote (art. 1.337-3 C. c.), basándose también en el acuerdo de las partes en la adjudicación de un inmueble, p. ej., en pago de una dote prometida en dinero.

Pero no sólo es necesario para que se aplique la subrogación real que un bien material proceda de otro, sino que es necesario que se demuestre. Para la prueba de la procedencia, el principio de subrogación real se somete al Derecho común por el cual aquel que la alegue en su favor deberá probarla por todos los medios de prueba admitidos en Derecho.

MARC LAURIOL suele admitir como segunda condición de la subrogación real entre el objetivo antiguo y el nuevo, la condición de equivalencia en valor (cuantitativa), pero él mismo reconoce que la noción misma de equivalencia es relativa. Para nosotros el principio de subrogación sólo exige que el bien nuevo proceda del antiguo; en el caso, p. ej., de la venta de un bien del ausente después de la declaración de fallecimiento, puede que el heredero haya hecho una venta muy beneficiosa aprovechando un momento favorable en el mercado o puede por

el contrario haberlo vendido muy por debajo de su valor real. En estos casos es necesario indagar si el legislador, en este caso el artículo 197 Cc. quiere que se resuelva, en caso de vuelta del ausente, por el principio de subrogación real o quiere, por el contrario, que al ausente se le devuelva el equivalente económico, el valor real del bien vendido o su estimación. En este caso concreto no hay duda que de la intención del legislador de establecer el principio de subrogación real cuando dice: «recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido o a los bienes que con este precio se hayan adquirido». Por tanto, el aumento o disminución que represente el precio del bien comprado con el precio de la venta anterior respecto al antiguo bien corre a cargo del ausente. Otras veces la equivalencia económica se produce naturalmente, como en el caso de las indemnizaciones de seguros que, generalmente, es por el valor del bien asegurado. Otras es el transcurso del tiempo transcurrido desde la mutación o cambio de un bien por otro hasta el momento de la restitución, por medio de la depreciación de la moneda, el que hace y produce un desequilibrio económico grande entre el valor real del antiguo bien y el precio que ha de restituirse, caso muy frecuente en el régimen legal de gananciales que establece la devolución del precio del bien propio vendido a la disolución del matrimonio y valorado en el momento de la venta.

En otros casos el legislador resuelve el caso concreto de restitución de un bien por el principio de equivalencia y no por el de procedencia propio de la subrogación real. Es el del artículo 645 Cc. que regula el caso de revocación de donaciones por supervivencia y superveniencia de hijos, en el que la voluntad del legislador está claramente expresada cuando dice: «se restituirán al donante los bienes donados o su valor si el donatario los hubiese vendido». El legislador, al contrario del artículo anterior, no aplica el principio de subrogación real, y por tanto no le interesa lo que ha sido del bien donado, ni si el donatario lo vendió o permutó por otro, ni por qué precio fue vendido o si lo vendió y el precio lo consumió o donó a su vez; nada de esto le interesa al legislador, que en este caso ha resuelto y hace llamamiento solamente al principio de equivalencia, sin más.

Otra razón de que la equivalencia no es condición de la subrogación real la tenemos en el régimen legal de gananciales, cuando razones más poderosas que la del equilibrio entre las masas patrimoniales que la componen, tienden a eximir a la subrogación real de un respeto estricto de la equivalencia. Es el caso de permuta de bienes propios cuando éstos son de diferente valor y existe un complemento económico y el caso

de compra de un bien en parte con dinero privativo de uno de los cónyuges y en parte con dinero ganancial; en estos casos y para evitar una indivisión, entre otras razones, se considera que el bien adquirido de este modo es propio o ganancial por completo, salvo el correspondiente reembolso a la masa patrimonial que había resultado acreedora de la otra. Podemos concluir que el derecho tiende a que se de entre los dos objetos la condición de equivalencia, pero que el principio de subrogación real, cuando es éste el establecido, sólo tiene en cuenta la condición de procedencia u origen, corriendo de cuenta del titular del derecho que la subrogación conserva el beneficio o perjuicio que pueden derivarse en cada caso concreto y según las circunstancias.

En cuanto al elemento estable de la subrogación real, el derecho real que por el principio de la subrogación real se traslada sobre el nuevo objeto que sustituye al antiguo, se traslada en toda su identidad y con todas sus características. Un derecho que recayera sólo sobre la individualidad psíquica o material de su objeto no podría trasladarse a otro bien sin detrimento del derecho mismo, por lo que en estos casos el principio de subrogación real sería incompatible con el derecho mismo. Para que un derecho pueda trasladarse del antiguo bien al nuevo que ha venido a sustituirlo, necesita considerar a este bien no sólo en su individualidad material y psíquica, sino también en su valor económico; por ello lo primero que es necesario investigar es si el derecho en cuestión es susceptible de recaer sobre otro bien sin alteración de sus cualidades y prerrogativas. El hecho de perder alguna de éstas no ha impedido al legislador y a la doctrina, en casos muy especiales, hacer llamamiento a la subrogación real, como en el caso de extensión del derecho de hipoteca sobre las indemnizaciones debidas por razón del bien hipotecado. En el derecho de hipoteca se dan los dos caracteres fundamentales de persecución y preferencia; en el caso de destrucción del inmueble hipotecado que da lugar a una indemnización por seguro, el derecho de hipoteca se extinguiría al desaparecer el objeto hipotecado, pero primero por convenio entre los particulares y después por nuestra Ley Hipotecaria, este derecho de hipoteca se traslada por subrogación real sobre la indemnización debida; pero en este caso el derecho de hipoteca al trasladarse habría perdido uno de sus caracteres fundamentales, el derecho de persecución, lo cual no ha impedido que el legislador, teniendo en cuenta sobre todo que la hipoteca es un derecho de realización en valor, un derecho de garantía y por razones poderosas de equidad y justicia, haya establecido la conservación de este derecho por el principio general de la subrogación real.

Otra caso de traslado de un derecho sobre el nuevo objeto que sus-

tituye al antiguo, pero perdiendo algunas de sus cualidades, lo tenemos en el traslado del derecho del arrendatario sobre el nuevo edificio construido por el propietario, establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos, texto refundido de 28 de diciembre de 1964. La ley habla expresamente «del traslado del derecho y en igualdad de condiciones» y sin embargo la renta del arriendo anterior se modifica de acuerdo con las nuevas circunstancias. En este caso la aplicación de la subrogación real depende en última instancia de la voluntad de los particulares.

El hecho, por tanto, de que el derecho conservado por el principio de la subrogación pierda algunas de sus características, casi siempre en casos muy especiales, no impide el juego de este principio, siempre que el derecho pueda trasladarse sobre otro bien sin perder su esencia misma.

C) *Clases de subrogación real*

Ya hemos visto que tradicionalmente se han venido admitiendo dos grandes clasificaciones de la subrogación real: subrogación real general y especial, y subrogación real convencional y legal, además de otras menos importantes como subrogación perfecta e imperfecta, propia e impropia, o de primero y segundo grado.

La primera clasificación hemos visto que estaba basada en la idea de patrimonio único, universalidad jurídica, y más tarde, en el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 Cc. A partir de la teoría moderna, la mayoría de la doctrina, tanto nacional como extranjera, han rechazado como inútil la aplicación de la subrogación en este caso; la fungibilidad absoluta de los bienes en el patrimonio así considerado, va en contra del principio de subrogación real, éste sería completamente inútil, ya que sin acudir a él todos los bienes que de cualquier forma entren en el patrimonio del deudor sustituyendo o no a otro, quedarán afectos al pago del derecho de crédito. Por tanto, si esto ocurre normalmente, ¿por qué hacer llamamiento al principio de subrogación real que tiene carácter subsidiario? La subrogación real resulta aquí, no sólo inútil, sino innecesaria. Pero además de esta razón para no admitir la llamada subrogación real general, existe otra basada en la misma esencia del principio, y es que la subrogación real requiere y supone una fungibilidad relativa entre los bienes que constituyen un patrimonio; subrogación real y fungibilidad absoluta de los bienes son en el reciente concepto de subrogación real ideas contrapuestas.

ROCA SASTRE no niega la verdad de las alegaciones que la doctrina reciente alega para rechazar toda idea de subrogación real en todos

aquellos casos en los que se dan o se consideran los bienes de un patrimonio como bienes fungibles, pero a pesar de ello insiste en que «lo que ocurre es que, tratándose del patrimonio general de la persona, el juego de la subrogación real de tan general que es, se sobrentiende, de modo que casi huelga hablar de él, pero esto no quiere decir que deje de actuar la subrogación real confluyendo con la fungibilidad». Nosotros, con la mayoría de la doctrina reciente, nos preguntamos que si, como dice ROCA SASTRE, por la fungibilidad de los elementos del patrimonio, todos los bienes adquiridos por cualquier título entran automáticamente en el patrimonio, ¿por qué acudir al principio de la subrogación real para explicar un fenómeno que se produce perfectamente sin ella? Si por la misma idea del patrimonio, los nuevos bienes entran y se confunden con los antiguos y ocupan su lugar, ¿por qué llamar a la subrogación real, si lo que se persigue está ya hecho? Los bienes que se adquieren por otros, pertenecientes al patrimonio del deudor forman parte de éste, pero no por el principio de subrogación real, sino por su misma naturaleza jurídica y consideración de las partes. El que se llegue en apariencia al mismo resultado no quiere decir que las causas sean las mismas. Esta idea es la que expresa SANTORO PASSARELLI cuando dice que en muchas ocasiones se han confundido por la doctrina la idea de subrogación y sustitución; la primera, dice, es una sustitución que interesa como tal al derecho, mientras que la sustitución simple hace que, de hecho, una cosa subentre en lugar de otra, sin que al Derecho le importe tal sustitución. De aquí, termina SANTORO, que no es subrogación real la sustitución de una cosa por otra en una universalidad.

Por tanto, y de acuerdo con la doctrina reciente, nosotros rechazamos como inútil e innecesaria la idea de una subrogación real general fundada en la fungibilidad absoluta de los elementos del patrimonio. Este fue, sin embargo, el fundamento de la subrogación real en una primera etapa de su evolución histórica, pero hoy día el principio de la subrogación real ha llegado a tal grado de madurez que muy bien podemos decir que la subrogación real es siempre especial.

En cuanto a la clasificación también clásica, de subrogación real convencional y legal, consideramos que en realidad y en cada caso en que ella interviene, la subrogación es siempre legal, establecida expresamente por la ley o permitida por el Derecho en general o por la norma que rigen la institución jurídica en donde ella va a intervenir. Está claro que los particulares pueden establecer la subrogación real expresamente: así el testador que al establecer una sustitución fideicomisaria concede al fiduciario la facultad de enajenar los bienes fidei-

comitidos con la obligación de invertir el precio en otros bienes seguros, o el donante que establece que en caso de incumplimiento de cargas por el donatario, éste le devolvería el mismo bien donado o el precio si lo hubiese vendido, o el caso de los cónyuges que establecen en capitulaciones matrimoniales una cláusula de empleo y reemplazo de los bienes de la mujer, etc. Pero en el fondo de todas estas subrogaciones convencionales, está el Derecho que las autoriza y permite, pues una subrogación real basada única y exclusivamente en la voluntad de las partes, sin respetar la condición principal de la subrogación real y la procedencia, no está permitida en nuestro Derecho Civil.

La subrogación real convencional tiene siempre sus límites. Está prohibida a los particulares en aquellas materias en las que, según los principios generales, no son de su competencia y también, cuando el establecerla va en contra de los fines de la institución en la que se pretende aplicar el principio o cuando es contraria a las normas que regulan el derecho que se trata de conservar. Por ejemplo, una subrogación real por el simple acuerdo de los cónyuges en un régimen de gananciales sin respetar el principio y la condición de procedencia de los bienes, iría en contra del espíritu de la institución y en contra de la prohibición impuesta por la ley de que los cónyuges se hagan donaciones recíprocamente durante el matrimonio.

En conclusión se puede afirmar que la subrogación real es siempre especial y legal y aunque intervengan y la estipulen los particulares expresamente, éstos la establecen porque la Ley lo permite y porque no va en contra de las leyes que regulan el derecho que se trata de conservar, pues en caso contrario está excluida y es nula automáticamente y de pleno derecho. En cuanto a las clasificaciones de la subrogación real perfecta o imperfecta, de primer grado y de segundo grado o propia e impropia, son más bien reminiscencias de un pasado de la evolución del principio de subrogación real, que no tiene razón de ser en la actualidad.

D) *Diferencia del principio general de subrogación real con otros principios y figuras jurídicas indiferentes a la idea de procedencia*

El principio general de subrogación real considera siempre la procedencia u origen de un bien de otro, por lo cual este principio se diferencia de la accesión, de la novación y, sobre todo, del principio general de enriquecimiento injusto en sus dos remedios: la acción *in rem verso* y la *condictio*.

a) *Accesión y novación*

En la accesión como en la subrogación real el derecho no se modifica, pues lo que cambia es el objeto, según la opinión dominante. Entre una y otra figura hay algunos puntos de contacto. No hay duda, dice CASTÁN TOBEÑAS, de que se produce en los casos más característicos de la accesión un desplazamiento de propiedad y, por consiguiente, una adquisición de ella (171). Pero hay que reconocer que en la propiedad nueva que se adquiere tiene gran influencia la propiedad preexistente: a) porque el que adquiere una cosa por accesión, la adquiere en virtud y como consecuencia del dominio que tenía sobre la otra; b) porque la cosa accesorio pierde su individualidad al unirse con la principal; c) porque, como dice BIANCHI, la adquisición de la cosa accesorio no depende de un nuevo título, de una nueva causa legal, sino que es el título mismo de propiedad de la cosa principal el que somete la accesorio al derecho de la misma persona.

En la accesión la procedencia del bien nuevo es indiferente y en cuanto a la individualidad del bien nuevo, en la accesión la pierde al fundirse con el antiguo de una manera inseparable; en la accesión la sustitución de un bien por otro no se da por la salida del antiguo del patrimonio de una persona y consiguiente entrada de otro nuevo que procede de aquél; en ésta el bien nuevo entra en virtud y como consecuencia del dominio que se tiene sobre el antiguo, pero entre éste y el nuevo no existe relación.

Como dice LAURIOL (172), en la accesión el bien nuevo y el antiguo no deben ser más que uno, corporal y funcionalmente; entre ellos existe una relación de destino; mientras que en la subrogación real, el contra-valor supone también una unidad, pero esta unidad no es material. Se trata de una unidad de valor entre el nuevo y el antiguo objeto; entre ellos lo que existe es una relación de procedencia. Estos dos procedimientos pueden, no obstante, completarse, como se ve claramente al estudiar los bienes propios de los cónyuges adquiridos por retracto.

La subrogación real y la novación extintiva, como su propio nombre indica, se diferencian rotundamente. La segunda supone la creación de una nueva obligación que viene a reemplazar a la antigua que ha desaparecido. La subrogación real es, por el contrario, un principio general de conservación. La novación tiene su campo de aplicación en

(171) CASTÁN TOBEÑAS, *Derechos reales en general*, tomo II, vol. I, págs. 241 y ss.

(172) Marc LAURIOL, *ob. cit.*, núms. 318-321.

las obligaciones, mientras que la subrogación real conserva derechos reales a pesar del cambio material de un objeto por otro que viene a sustituirlo (173).

b) La subrogación real y el principio general de enriquecimiento injusto; acción *in rem verso* y *condictio*

Uno de los problemas más difíciles que se nos presentan al estudiar el principio de subrogación real es diferenciarlo del principio de enriquecimiento injusto. La subrogación real es un remedio más, junto con la acción *in rem verso* y la *condictio*, que evita y remedia un enriquecimiento injusto. Si estudiamos el principio de enriquecimiento injusto, nos llama la atención su evolución histórica tan parecida a la de nuestro principio, lo mismo que nos asombra la semejanza de las teorías que han intentado explicar el principio del enriquecimiento injusto y el de la subrogación real (174). Ambos principios se complementan, ocurriendo a veces, según veremos más adelante, que el legislador establece uno u otro subsidiariamente; primero la aplicación del principio de subrogación real y, a falta de pruebas suficientes o de dificultad grande, el principio de enriquecimiento injusto.

Para nosotros, tanto uno como otro principio han llegado ya a un grado de madurez por medio de la doctrina y jurisprudencia que es fácil identificar la diferencia entre uno y otro y cuándo el legislador o las partes han querido establecer un principio u otro, es decir, si han querido remediar el enriquecimiento injusto por el principio de equivalencia o por el principio de procedencia.

La diferencia fundamental entre ambos principios está en el distinto objeto del principio del enriquecimiento injusto y el de la subrogación real. Con la aplicación del primero, el perjudicado pretende que se le devuelva la misma cosa en naturaleza, pero cuando ésta no puede restituirse por haber desaparecido de su patrimonio, por haber pasado a terceros, por constituir servicios prestados, mejoras inseparables o cuando la devolución de la cosa implique un sacrificio desproporcionado, entonces y en estos casos, se le debe restituir el equivalente económico, como dice textualmente el artículo 818 BGB: «cuando la restitución

(173) Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones en el Derecho español*, «Rev. Crít. Der. Inmob.», tomo XXXV, págs. 1 y ss.

(174) Jorge FÁBREGA, *El enriquecimiento sin causa*, Panamá, 1955.

Rafael NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934.

José PUIG PEÑA, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, vol. II, Barcelona, 1956, páginas 603 y ss. y 671 y ss.

Luis Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 1970, págs. 73 y ss.

ción no es posible en naturaleza el beneficiado debe restituir el valor». Por el contrario, cuando el legislador establece el principio de subrogación real pretende que se recupere, si no la cosa en naturaleza porque por cualquier circunstancia ello no puede ser, todo lo que proceda o se haya adquirido por medio de la cosa, todo lo que tiene su origen en la cosa, sin tener en cuenta si ello va a beneficiar o perjudicar al actor, que en este caso, corre con los riesgos.

Otra diferencia consiste en que el principio general de subrogación real va más allá del intento de prevenir o corregir este enriquecimiento mediante el recobro de todo lo que procede de la cosa originaria debida. Por este principio se traslada intacto, en su esencia, en su integridad, el derecho real de propiedad, hipoteca, usufructo, censo, etc., sobre el nuevo objeto que viene a sustituir al antiguo, bien a consecuencia de una venta válida, de una indemnización de seguros, etc.

Por tanto, y fundamentalmente, la subrogación real se diferencia de la acción *in rem verso* y de la *condictio* por dos principios: 1.º Por el principio de procedencia u origen. 2.º Por la conservación de los derechos a pesar del cambio del objeto. Pero a estas diferencias podemos añadir algunas semejanzas: 1.ª Los tres remedios, acción *in rem verso*, *condictio* y subrogación real, persiguen el mismo fin; evitar y la subrogación también prevenir (en el régimen de gananciales) un enriquecimiento injusto. 2.ª Los tres remedios están basados en principios de equidad y de justicia. 3.ª El origen y evolución de un principio y otro, como conducentes a un mismo fin, se entrecruzan a lo largo de su desarrollo histórico, lo que ha traído como consecuencia, a veces, que la doctrina los haya confundido. 4.ª Ambos principios tienen carácter subsidiario. 5.ª En ambos principios no sólo es necesario que se produzca el enriquecimiento injusto o desequilibrio económico injustificado, sino que es necesario también que se pruebe éste por todos los medios establecidos por el derecho en general; y 6.ª En ambos principios el enriquecimiento injusto o desequilibrio patrimonial se produce por actos válidos y lícitos.

También se diferencian estos dos principios de la acción de indemnización de daños y perjuicios. En esta acción su fundamento se encuentra en la noción de culpa e imputabilidad, elementos que no tienen consideración en el principio de enriquecimiento injusto ni en el de subrogación real que se produce por actos lícitos y válidos. En la acción de daños y perjuicios no es menester que el agente haya derivado beneficio alguno y, en cambio, en el enriquecimiento injusto y en la subrogación real es necesario probar, para que ambos prosperen, que se ha producido ese beneficio y que existe en manos del obligado un

bien que procede del antiguo objeto del derecho que la subrogación quiere conservar. En la acción de daños y perjuicios se necesita establecer la causalidad entre el agente y el daño; en el de enriquecimiento injusto, la correlación o correspondencia entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido, y en la subrogación real la relación de procedencia de un bien respecto a otro que ha sido vendido, expropiado, destruido, etc. La acción de daños y perjuicios descansa sobre la noción de culpa, mientras la del enriquecimiento injusto descansa en la noción de causa y la subrogación real en la noción de procedencia. La acción de daños y perjuicios se dirige a colocar al perjudicado en la misma situación que ocuparía si no hubiese ocurrido el acto dañoso; la del enriquecimiento injusto tenderá a darle al empobrecido el equivalente, estimación o enriquecimiento que en detrimento suyo, y sin justa causa, ha adquirido el enriquecido; y la subrogación real se dirige a conservar el derecho que existía sobre el antiguo objeto, trasladándolo en su integridad sobre el nuevo objeto que ha venido a sustituir al antiguo, del cual procede. En la acción de daños y perjuicios el hecho generador de éstos es imputable necesariamente a una persona distinta del perjudicado; el acto, hecho o fenómeno que produce la atribución patrimonial sin causa, puede ser causado por el mismo perjudicado, y en la subrogación real por un hecho de la naturaleza (inundaciones o terremotos, que dan lugar a indemnizaciones por el Estado), por la autoridad del Poder Público (expropiaciones), o por hechos de las partes, incluso de un tercero (indemnizaciones de responsabilidad), y por último, podemos señalar el carácter subsidiario de los dos últimos principios que no corresponden con el primero.

A pesar de estas diferencias, el hecho de que tanto la acción *in rem verso*, como la *condictio* o la subrogación real tienden a remediar, o también a prevenir, en el caso de esta última, un enriquecimiento injusto, ha ocasionado que, a veces, la doctrina los haya confundido. El mismo DEMOGUE (175), refiriéndose a los casos de venta de bienes hereditarios por el heredero aparente, de separación patrimonial o de venta por un *non domino* y adquisición por un tercero de buena fe, dice que puede ocurrir que en el momento en que se plantea la subrogación real, el precio está todavía debido o que se hayan comprado por medio de él otros bienes e incluso títulos de la renta pública. En algunos casos, dice, estos nuevos bienes pueden representar una suma igual al valor del bien primitivo; pero si pasa bastante tiempo, la igualdad entre el bien antiguo, su precio o los bienes adquiridos en reemplazo, pueden variar y, a veces, si se hace una buena inversión en efectos

(175) DEMOGUE, *ob. cit.*, págs. 296 y ss.

públicos o valores industriales, su valor es considerable respecto al antiguo, e igualmente puede ocurrir lo contrario. ¿Cómo resolver en este caso, se preguntó DEMOGUE, esta delicada cuestión? Claro está que si el valor del bien subrogado es mucho mayor que el antiguo, se pretenderá aplicar la subrogación real. Por esto DEMOGUE distingue, en el caso de acción de petición de herencia, si el heredero aparente es de mala o buena fe. En el segundo caso no está obligado el heredero aparente más que a la acción *in rem verso*, es decir, está obligado a aquello en lo que se enriqueció. Puesto que la venta es válida, es necesario, dice, proteger al propietario, no exponiéndolo a una pérdida pecuniaria, haciéndole volver a encontrar el equivalente desde el punto de vista material del que ha perdido.

Pero cuando los títulos comprados están devaluados, la subrogación real se vuelve contra el que se ha pretendido proteger. ¿Cómo admitir que el ausente que vuelve, el heredero verdadero, vea reducirse sus derechos, cuando se encuentra con ventas válidas, pero que el vendedor ha administrado mal? ¿Cómo hacerle sufrir las faltas del otro? ¿No será entonces la subrogación real un arma de doble filo? Para resolver el problema propone DEMOGUE que quizá el demandante pudiera elegir entre los bienes adquiridos en reemplazo o el precio de los bienes vendidos, pero ello no puede ser, reconoce él mismo, porque viola el principio de que el vendedor pagaría más que la acción *in rem verso* y no sería justo.

En caso de mala fe, propone DEMOGUE que el demandante podrá reclamarle todo el enriquecimiento e invocar un derecho real sobre el objeto adquirido en reemplazo. Pone el ejemplo de si un bien vendido valía 100 francos en el momento de la venta, y los títulos adquiridos en reemplazo del precio no valen más que 30, el demandante vendrá a ser acreedor por 70 francos, aplicando, por tanto, el principio de enriquecimiento injusto y el de subrogación real, y sólo el primero en el caso de que el heredero aparente hubiera actuado de buena fe.

Ya hemos visto cómo en la acción de petición de herencia en el Derecho romano clásico se hacía hincapié en que se debería restituir el precio del bien vendido, resaltándose, tanto en el Derecho romano clásico como en los tratadistas del Derecho común, el vínculo de procedencia, razón principal por la que el precio del bien hereditario era debido, lo mismo que el bien permutado por otro antiguo del caudal hereditario. A pesar de ello, algunos juristas franceses ven en este caso la aplicación del principio de enriquecimiento injusto, si bien algunas veces hablan de uno u otro indistintamente. Así, PAULMIER (176) señala

(176) PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 5 y ss.

que el derecho que tiene el heredero de pedir el precio de la venta, no es porque este precio subrogue a la cosa hereditaria vendida, sino únicamente en virtud del principio de que nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro. La restitución del precio tiene su causa, dice, en la aplicación de una regla de equidad y no en la idea de subrogación real. No es tanto el precio lo que se debe, sino el enriquecimiento.

Si el poseedor es de buena fe, sigue PAULMIER, lo que debe no es el precio (en contra del texto del Senadoconsulto Juvenciano), sino un valor representativo de la cosa, una indemnización por la venta. De la misma opinión es MERLIN (177), que dice que la máxima *in iudiciis universalibus...*, y por medio de ella, el heredero aparente está obligado al valor de las cosas que ha vendido por el principio del enriquecimiento injusto. Es abusar de los textos, dice, el suponer que se establece una verdadera subrogación en los fideicomisos universales. Para PLANIOL, el antiguo adagio *in iudiciis universalibus...*, es el sentido técnico de la acción en justicia, es decir, de la acción de enriquecimiento injusto. Tampoco AUBRY y RAU (178) tienen una idea clara de la diferencia entre el enriquecimiento injusto y la subrogación real.

La teoría del enriquecimiento, dice HENRY (179), no se confunde con la de la subrogación real, aunque estén frecuentemente asociadas, pero no dice en qué consisten las diferencias. MAGNILLAT (180) se refiere en una hipótesis de subrogación real, a que ésta tiene como fin evitar un enriquecimiento injusto, y DEMOGUE señala que la subrogación real es una consecuencia de la regla sobre enriquecimiento injusto. Una subrogación real, dice LAURIOL (181), tiende a evitar un enriquecimiento sin causa, actuando como medio preventivo, mientras que la acción *in rem verso* remedia un enriquecimiento injusto; por tanto, los dos tienden a alcanzar un equilibrio patrimonial. Ejercitando la acción *in rem verso*, lo que se reclama es la restitución de la ventaja patrimonial obtenida sin causa por el *accipiens*, es decir, un valor no individualizado, un valor determinado solamente por el montante y con carácter indemnizatorio, mientras que por la subrogación real se persigue el bien o valor individualizado por su origen y procedencia del antiguo, es decir, pone en marcha una noción subjetiva de equivalencia.

La subrogación real es, por tanto, un remedio más entre los establecidos tradicionalmente para prevenir y evitar un enriquecimiento injusto; para prevenir, p. ej., en el caso de la subrogación de los bienes

(177) MERLIN, *ob. cit.*, págs. 431 y ss.

(178) AUBRY y RAU, *ob. cit.*, tomo IX, págs. 340 y ss.

(179) A. HENRY, *ob. cit.*, págs. 307 y ss., 318 y ss. y 332 y ss.

(180) MAGNILLAT, *ob. cit.*, págs. 79 y ss.

(181) Marc LAURIOL, *ob. cit.*, tomo 1.º, núms. 324-337.

propios de uno de los esposos en el régimen legal de gananciales, en el que la subrogación real se produce durante el matrimonio; y para remediarlo, p. ej., en el caso del derecho de retorno del ascendiente donador (art. 812 C. c.) y en el caso de extensión de la hipoteca sobre las indemnizaciones debidas por destrucción del inmueble hipotecado.

Una vez establecida la diferencia y la relación de uno y otro principio por la unidad de fin, para saber cuál de los dos principios es el que se ha establecido no hay más que investigar en cada caso concreto cuál es la voluntad del legislador y cuál la de los particulares, sin olvidar que son principios complementarios y que, a veces, procede uno subsidiariamente respecto del otro.

E) *El valor interpretativo de la llamada subrogación real de valor*

Una vez establecida la diferencia entre el principio del enriquecimiento injusto y el principio de la subrogación real por la condición de equivalencia y procedencia que caracterizan a una y otra, es necesario que llamemos la atención sobre la expresión frecuentemente utilizada por la doctrina española de los últimos años de subrogación real de valor, expresión que, por otro lado, parece más propia de algunos autores de la teoría moderna, que pretendieron hacer de la subrogación real un simple principio económico, por medio del cual una riqueza antigua sustitúa a una riqueza nueva, como hemos visto anteriormente.

En nuestra patria esta expresión ha sido utilizada por VALLET DE GOYTISOLO (182) y después por otros autores. La simple expresión de subrogación real de valor da una idea insuficiente del principio, pero al mismo tiempo que no abarca todo el fenómeno subrogatorio, puede llevarnos a una idea falsa del principio, fundamento, fin, elementos y, sobre todo, de la condición de la subrogación real.

Estudia VALLET DE GOYTISOLO este principio, como la totalidad de la doctrina reciente, como característico de los patrimonios especiales o de fin, distinguiendo tres clases de subrogación real: 1.^a La subrogación real *in universitate rerum*; 2.^a La subrogación real propiamente dicha, y 3.^a La subrogación real de valor. En la primera clase, y justamente, considera VALLET DE GOYTISOLO que la subrogación real en ella no es tal, sino una mera consecuencia de la determinación de los objetos *sub specie universitatis* por el hecho de hallarse integrados en el conjunto. En relación con la subrogación real propiamente dicha, en sus dos

(182) VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho civil*, Barcelona, 1963, páginas 140 y ss.: el patrimonio y la subrogación real.

especies—el precio en lugar de la cosa y la cosa en lugar de la cosa—, VALLET se muestra riguroso en extremo. Según él, la subrogación real propiamente dicha requiere la absoluta identificación de las monedas o el dinero con el que se hace la compra o viceversa, problema que, como ya hemos visto, fue tratado por los tratadistas del Derecho común y, con posterioridad, por los autores españoles anteriores a nuestro Código civil, resolviéndose en el sentido de que la subrogación real no requería, para ser considerada como tal, esa identificación absoluta, entre otras razones por el tráfico jurídico que, con la exigencia de esta identificación, se vería altamente perjudicado. En igual sentido se resuelven hoy día el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La finca comprada con dinero de la mujer, dice VALLET DE GOYTISOLO, tiene que ser con un dinero determinado, especificado; p. ej., con el dinero procedente de la venta de unos bienes y que ha quedado encima de la mesa del Notario, se ha comprado una finca; o el dinero producto de la venta de unos valores que se ingresan en una cuenta corriente contra la cual se dispone para pagar la finca comprada.

Pero donde nosotros vemos la inexactitud es en la consideración de la llamada subrogación real de valor, además de la insuficiencia del término. En este caso, dice el autor, la cosa que sale de la masa especial, viene sustituida por una cifra de valor. Pero nosotros preguntamos: ¿sólo por una cifra de valor sin más, por una cifra contable, como él mismo dice? Nos pone VALLET el ejemplo de la venta de un bien dotal que resulta sustituido en la relación en cuestión, a la hora de la liquidación, por una cifra contable correspondiente al valor que aquella cosa tenía, sea en el momento de su venta o bien en el momento en que fue tasada. Pero no por un valor sin más, decimos nosotros, sino por el precio de la cosa dotal vendida, por su valor individualizado por su procedencia, a pesar de que se confunda con el dinero común. No considerar esta condición—valor individualizado por su procedencia—hace insuficiente la expresión y, salvo recta interpretación, se nos presenta como impropia. A veces, cuando se dice que se aplica la llamada subrogación real de valor, no se está haciendo más que un llamamiento al principio de enriquecimiento injusto, como medida subsidiaria, al no haberse podido establecer el principio de subrogación real por insuficiencia de pruebas, por lo que se acude, en segunda instancia, al remedio de la equivalencia para evitar a toda costa un enriquecimiento injusto, por medio de la estimación o el simple valor sin atender ni considerar nada fuera de la equivalencia.

Pero no quiere esto decir, continúa VALLET DE GOYTISOLO, que haya

en este último caso una subrogación de la cosa por dinero, que tal vez no exista, y que no puede ser en sí objeto de subrogación real, en cuanto cosa fungible que se confunde con la masa total (a no ser que esté guardado en un sitio determinado, consignándose en este caso su numerario), sino que se trata de una subrogación de la cosa por su valor. Más bien, decimos nosotros, por el precio por el que fue vendido, que puede o no representar el equivalente económico exacto de la cosa total vendida.

La subrogación real, de acuerdo con la evolución histórica del principio, requiere la idea de valor económico de los bienes, pero este valor es necesario que esté identificado, y que el valor obtenido (precio) de un bien proceda de ese mismo bien, tenga su origen en él; porque lo mismo que la subrogación real no se puede dar si se considera la individualidad material de los bienes absolutamente, tampoco es posible considerando a los bienes solamente como valores económicos. La subrogación real quiere ambas consideraciones: individualidad material y valor económico de los bienes; los objetos de los derechos reales conservados por el principio de subrogación real están considerados en su individualidad material y en su valor, la idea de valor individualizado, por su procedencia lo atestigua.

Resumiendo, la expresión *subrogación en valor*, así considerada, da una idea impropia e insuficiente del principio general de subrogación real y de los principios que la rigen, además de que puede ser causa de confusión que impida el verdadero conocimiento de lo que ésta es.

M.^a LUISA MARÍN PADILLA

Doctor en Derecho
Profesor Adj. I. de Derecho Civil