

Introducción Histórico-Dogmática a la idea de subrogación real

FRANCISCO JAVIER ANDRÉS SANTOS
Universidad de Valladolid

SUMARIO: *Introducción. I. Cuestiones terminológicas. II. Historia de la idea de subrogación real en la literatura jurídica europea. 2.1.— La subrogación real en los Derechos de la Antigüedad. 2.2.— El «principio de subrogación real» en el Derecho Común. 2.2.1.— Las escuelas medievales. 2.2.2.— Los autores de la Edad Moderna. 2.3.— El ataque de la Pandectística del siglo XIX al «principio de subrogación». 2.4.— La subrogación real en la doctrina posterior a la codificación: a) la doctrina francesa; b) la doctrina alemana. 2.4.1.— La doctrina francesa. 1.— Teoría clásica. 2.— Teoría moderna. 3.— Teorías recientes. 2.4.2.— La doctrina alemana. 1.— Literatura sobre los patrimonios especiales. 2.— Literatura sobre la subrogación en patrimonios especiales y relaciones jurídicas singulares. 3.— Literatura sobre relaciones jurídicas singulares y doctrinas negadoras del concepto de subrogación real. III. Consideración dogmática de la idea de subrogación real. 3.1.— Idea de subrogación real: caracteres. 3.2.— Dominio de aplicación y naturaleza jurídica de la subrogación real. 3.2.1.— Dominio de aplicación. 3.2.2.— Naturaleza jurídica. 3.3.— Clases de subrogación real. IV. Conclusión provisional.*

INTRODUCCIÓN

El origen de este trabajo se encuentra en una investigación romántica acerca del problema de la subrogación real en el Derecho romano clásico. Al plantearnos la cuestión del concepto de subrogación real, nos encontramos con el inconveniente de que la doctrina se hallaba lejos de dar una definición clara y distinta del fenómeno subrogatorio, ya que, en unos casos, las concepciones habían quedado ampliamente superadas, y, en otros, respondían a esquemas excesivamente rígidos, de naturaleza dogmática, aptos para el examen de la figura en el marco del Derecho positivo vigente, pero inadecuados para afrontar los diversos supuestos reales desde una perspectiva histórica o comparativa. Así pues, la propia complejidad del fenómeno, así como la variedad de planteamientos y enfoques registrados en la doctrina al respecto, acabaron llevándonos a la necesidad de realizar un estudio separado de la subrogación real como forma jurídica sustantiva, con independencia de sus diversas manifestaciones en los ordenamientos jurídicos concretos.

En este sentido, nuestro estudio pivota en torno a dos ejes fundamentales: uno horizontal, referido al ámbito temporal, en que se revisan las concepciones más relevantes que del fenómeno de la subrogación real se han ido formulando a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, desde las escuelas medievales hasta la actualidad, con especial atención a las producciones de las doctrinas francesa y alemana; y, por otro lado, un eje vertical, de carácter dogmático, en el que trata de llevarse a cabo una reconsideración de la figura, atendiendo a las diferentes concepciones doctrinales apuntadas y a una prolepsis de las diversas soluciones normativas verificadas en el Derecho comparado. A estos efectos, preferimos hablar de «idea» de subrogación real, más que de «principio», «institución» o «técnica», en la medida en que así se elude plantear una visión apriorística del fenómeno, considerando que aquí no nos proponemos efectuar una nueva reconstrucción dogmática, sino tan sólo apuntar una serie de signos distintivos capaces de identificar una noción del procedimiento subrogatorio que trascienda los diferentes sistemas y ámbitos normativos.

En definitiva, este estudio busca una finalidad puramente propedéutica: no perfilar una definición cerrada de esta figura dogmática, tal vez inalcanzable a causa de la variabilidad de sus aplicaciones, sino únicamente dar pautas para la observación y aclaración de sus posibles manifestaciones reales en el Derecho histórico y moderno. Por decirlo con las conocidas categorías platónicas, una vez efectuado el *regressus* a partir de las diversas concepciones de la figura en la historia del pensamiento jurídico y destilada una *idea comprehensiva* de carácter explicativo, queda abierto el camino al *progressus* hacia las mismas manifestaciones normativas antiguas y modernas que dan cuerpo al fenómeno, enjuiciadas críticamente a partir de los resultados obtenidos del estudio histórico-dogmático. Este segundo paso, como es obvio, permanece fuera de las intenciones meramente introductorias de este trabajo.

I. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

Subrogación significa acción o efecto de subrogar o subrogarse: sustituir o poner a una persona o cosa en el lugar de otra. El participio *subrogado*, a su vez, puede significar, anfibológicamente, tanto la persona o el bien que entra en sustitución, como el reemplazado, aunque usualmente se emplea como sinónimo de «sustituto». En todo caso se trata de términos técnicos propios del lenguaje jurídico. Así, en la literatura jurídica, se habla de subrogación *personal* o *real*, dependiendo de si se sustituyen personas o cosas. El objeto de este trabajo será únicamente la llamada subrogación real o, como también se denomina a menudo en la literatura, el «principio de subrogación».

El origen de estos términos es latino: *subrogare*. Pero en el latín clásico este verbo no tenía un campo de significación tan amplio como su

calco castellano ¹. Como derivado del verbo *rogo* ², era un término propio del Derecho público y significaba hacer elegir a alguien como sustituto en una magistratura, cuando el titular era separado del cargo en circunstancias especiales, o cuando el candidato propuesto en primer término no podía ser finalmente elegido ³, o hacer elegir a alguien como adjunto en un cargo público ⁴, sentido que pasa al latín tardío ⁵. Por otra parte, dentro del ámbito del Derecho público, *subrogare* también significaba «completar o añadir algo a una ley» ⁶.

Sólo en época justiniana comienza a emplearse el término en el Derecho privado ⁷, en el sentido muy general de sustituirse unas personas por otras ⁸. De ahí pasará, a través del latín eclesiástico ⁹, al Derecho canónico, que desarrollará el concepto técnico-jurídico de la subrogación que está en la base de la doctrina francesa de la *subrogation personnelle* ¹⁰. En correspondencia con ésta, los autores clásicos del Derecho civil francés acuñaron la expresión *subrogation réelle* o *subrogation de chose* ¹¹, que se ha generalizado en los Derechos romanísticos ¹². El par-

¹ Sobre sus acepciones en latín clásico y tardío con testimonios literarios, vid. s.v. *subrogo* (*surrogo*), en FORCELLINI, I., *Totius Latinitatis Lexicon* ³ (ed. a cargo de G. Furnaletto) V, Prati, 1871, p. 701; Lewis, C.T.-Short, C., *A Latin Dictionary*, Oxford, 1879 (reimpr. 1989), p. 1818; GAFFIOT, F., *Dictionnaire Latin-Français*, París, 1934, p. 1498; BLÁÑQUEZ FRAILE, A., *Diccionario Latino-Español, Español-Latino* II, Barcelona, 1985, p. 1509.

² Vid. ERNOUT, A.-MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine* ⁴, París, 1967, pp. 575 ss., v. *rogo*.

³ Cic. *de rep.* 2,36,61; 2,37,62; Liv. 23,24,1; 35,6,6; 39,39,7. También se encuentra en fuentes jurídicas, p. ej., *lex Iulia municipalis*, l. 99: «...*aleiue qui mag(istratu) rogando subrogandoue habebit*» (BRUNS, *Fontes* I, p. 107).

⁴ Cic. *de rep.* 2,31,55; *ad Brut.* 13,4; Liv. 2,7,6; 3,19,1.

⁵ Así lo encontramos, p. ej., en Val. Max. 6,3,2 y en C.Th. 1,5,9; 12,1,120; 12,1,134; C. 1,56,1; 3,1,13,8; 5,70,7,10; 11,18,1,1; 12,19,15,1; 12,35,17,1; etc.

⁶ U.E. 1,3 : *lex aut rogatur aut abrogatur aut derogatur aut subrogatur, id est adicitur aliquid primae legi*.

⁷ Aunque también se halla en un texto atribuido a Paulo, D. 27,1,31 pr.:...*quasi in loco tertiae tutelae quarta subroganda*, sospechoso de interpolación; vid. HEUMAN, H.-SECKEL, E., *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*¹⁰, Graz, 1958, pp. 562 ss., v. *subrogare*, y BUCKLAND, W.W., *Equity in Roman Law*, London, 1911, p. 48.

⁸ C. 3,1,14,5; 6,23,28,4; 9,41,9; 11,63,3.

⁹ Vid. BLAISE, A., *Dictionnaire Latin-Français de Auteurs Chrétiens*, Turnhout, 1954, p. 785 ss., vv. *subrogatio* y *subrogare*.

¹⁰ DU FRENSE, Ch. (Sieur DU CANGE), *Glossarium Mediae et Infimae Latinitatis* VI, París, 1883-1887, (reimpr. anastática, Graz, 1954), pp. 636 ss., v. *subrogatio*: «est rei litigiosae in alium translatio, quam a Bonifacio VIII rejectam Gallicus forensis usus recepit». Cfr. WALLER, A., «*Surrogation*». *Eine Studie aus dem modernen Privatrecht, unter besonderer Berücksichtigung der juristischen Bedeutung des Problems der Einheit und Identität*, Bonn, 1904, p. 2, nota 1.

¹¹ Vid. *infra* 2.4.1 y nota 105. No obstante, la expresión *subrogatio*, en el sentido de sustitución de cosas, ya se usaba en Francia antes de esa época en el marco del Derecho común; v. gr. FABER, *Rationalia in Pandectas*, ad D. 6,1,70 : «*Fit enim suppletio per subrogationem et substitutionem foetura...*» (cit. en LUCCI [cfr. *infra* nota 28], p. 319, nota 1).

¹² Esp. «subrogación real»; it. «surrogazione reale». En el círculo jurídico germánico, «*Surrogation*», sin adjetivos, hace referencia normalmente a la subrogación real, mientras que, en el uso forense anglo-norteamericano, «*subrogation*» alude más bien a la subroga-

ticipio *subrogatum*, por su parte, se constituye ya en la jurisprudencia bajomedieval como *terminus technicus* en el mismo sentido que el actual «subrogado»¹³, como se verá más adelante.

En las fuentes jurídicas romanas no se encuentra, sin embargo, ningún término técnico equivalente a nuestra «subrogación real». En los textos donde tradicionalmente se ha venido considerando que se expresa un «principio de subrogación real», no se emplea ninguna locución unívoca, y a menudo se acude a circunloquios descriptivos del fenómeno. Así, por ejemplo, en Paul. D. 5,3,22 se dice: *potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse*; en Gai. D. 23,3,54: *res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur*; en Pap. D. 31,71: *sed quod inde comparatum est, vice permutati dominii restituere-tur*; o en Alex. C. 12,36(37),1: *quamvis empta est ex castrensi peculio praedia eius conditionis efficiantur*. En Paul. D. 23,3,25 se emplea la palabra *permutatio*, y en Mod. D. 23,3,26, Iul. D. 23,4,21 y Pap. D. 31,71, el verbo *permutari*. Pero tanto *succedere* como *permutare* son vocablos comunes que designan fenómenos diversos¹⁴, y de ningún modo pueden identificarse con una expresión técnica especializada similar al moderno «subrogar(se)», en el sentido de sustituirse un objeto por otro. Lo mismo puede decirse del verbo *substituere*, cuyo significado general es «poner o colocar a una persona o una cosa en el lugar de otra»¹⁵, que no se utiliza en ningún caso en que quepa hablar de «subrogación real».

De todo lo dicho hasta ahora se desprende que la investigación de la subrogación real en las fuentes romanas no puede guiarse por criterios terminológicos, sino que es preciso analizar caso por caso si nos encontramos ante supuestos de sustitución de un objeto por otro en una relación jurídica que puedan ser calificados como «subrogación real». Se trata, por consiguiente, de una investigación marcadamente casuística y exegética.

Paralelamente a la inexistencia de un término técnico especializado correspondiente a nuestra «subrogación real», tampoco aparece en los textos romanos ningún concepto definido de la misma, como corresponde a la idiosincrasia de la jurisprudencia romana. La concreción de una idea de subrogación real y una aproximación conceptual a la misma sólo se producirá en la elaboración dogmática occidental de los tiempos moder-

ción personal, si no se indica otra cosa, puesto que allí los fenómenos de subrogación real están cubiertos, en general, por el instituto jurídico del «trust», cfr. WENGLER, W., v. *Surrogation*, en *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes* VI, Berlín, 1938, pp. 468 y 478 ss. En cualquier caso, en Derecho español la expresión simple «subrogación» alude siempre a la subrogación personal: así, p. ej., artículos 1.209 ss. del CC.

¹³ Cfr. LIEBS, D., *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München, 1982, p. 204.

¹⁴ Sobre las diversas acepciones jurídicas de *permutare* y *succedere*, vid. HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon* cit., pp. 422 y 565, respectivamente.

¹⁵ HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon* cit., pp. 559 ss., v. *substituere*.

nos, arrancando de las escuelas jurídicas medievales. Se hace por ello imprescindible, para hacerse una idea cabal de esta figura, una consideración, siquiera somera, de la formación histórica del llamado «principio de subrogación real» en la tradición jurídica europea.

II. HISTORIA DE LA IDEA DE SUBROGACIÓN REAL EN LA LITERATURA JURÍDICA EUROPEA

2.1 LA SUBROGACIÓN REAL EN LOS DERECHOS DE LA ANTIGÜEDAD

Repitiendo las acertadas palabras de *Bonnecase*, puede afirmarse que «comme beaucoup d'autres notions qui ont été appelées dans la suite à jouer un grand rôle dans la vie du droit civil, la notion de subrogation réelle a longtemps vécu en quelque sorte à l'état subconscient»¹⁶.

En efecto, podemos rastrear la presencia de una idea de subrogación real en épocas muy antiguas de la historia del Derecho. Como han demostrado las investigaciones de Pringsheim para el antiguo Derecho griego y helenístico¹⁷, y de otros autores para diversos ordenamientos jurídicos de la Antigüedad¹⁸, la idea de subrogación real, según la cual

¹⁶ BONNECASE, J., en BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Traité théorique et pratique de droit civil. Supplément III*, París, 1926, p. 688.

¹⁷ PRINGSHEIM, F., *Der Kauf mit fremdem Geld*, Leipzig, 1916; *íd.*, *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950. Este autor basa su teoría principalmente en los datos aportados por los discursos de Demóstenes (Dem. Or. 32, 34, 35, 50, 56; *vid. Kauf cit.*, pp. 4 ss. y *Sale cit.*, pp. 206 ss.) y la documentación de inscripciones y papiros (*vid. Sale cit.*, pp. 212 ss.) para el Derecho griego antiguo, así como en pasajes de las comedias de Plauto (*Curculio*, *Pseudolus*), entre otras fuentes (*vid. Kauf cit.*, 34 ss.), para el Derecho helenístico. Esta idea, en todo caso, debía de estar fuertemente afianzada en el mundo griego: *vid.*, por ejemplo, Platón, *Leg.* 8,849 a; Aristóteles, *Eth. Nic.* 5,5,1133 a; *cfr. además Sale cit.*, p. 99, notas 2-4. *Cfr. además BIONDI, B.*, recensión a Pringsheim, *The Greek Law of Sale*, *cit.*, en *Jus 2* (1951), pp. 536 ss., y TALAMANCA, M., recensión a SEIDL, *Ptolemäische Rechtsgeschichte*² (Höckstadt/Hamburg/New York, 1962), en *BIDR 65* (1962), pp. 254 ss., 264.

¹⁸ Para el Derecho neobabilónico, *vid. PETSCHOW, H.*, *Der Surrogationsgedanke im neubabylonischen Recht*, en *RIDA*³ 1 (1954), pp. 125 ss.; *íd.*, *Das neubabylonische Gesetzesfragment*, en *ZSS 76* (1959), pp. 37 ss. (*esp. pp. 56 ss.*). Para el Derecho hebreo, *vid. LÉVY, J.-P.*, *Las ventas dans la Bible, le transfert de propriété et le «Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit»*, en *Mélanges Meylan II*, Lausanne, 1963, pp. 157 ss. Para el Derecho egipcio, antiguo y ptolemaico, *vid. SEIDL, E.*, *Der Eigentumsübergang beim Darlehen und Depositum irregulare*, en *Festschrift Fritz Schulz I*, Weimar, 1951, pp. 373 ss.; *íd.*, recensión a PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, *cit.*, en *TR 20* (1952), pp. 105 ss., 108 ss.; *íd.*, *Eine neue Urkunde aus Ägypten zum Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit*, en *Studi in on. di Arangio-Ruiz I*, Napoli, 1953, pp. 47 ss.; *íd.*, *Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte bis zum Ende des Neuen Reiches*, Glückstadt, 1957, p. 47; *íd.*, *Ägyptische Rechtsgeschichte der Saiten- und Papyruszeit*², Glückstadt, 1968, pp. 45 ss.; *íd.*, *Rechtsgeschichte Ägyptens als römische Provinz*, Sankt Augustin, 1973, pp. 153

la contraprestación entra en el lugar del objeto que sale de un patrimonio, desempeñaba un importante papel como principio general del Derecho de obligaciones¹⁹. Su principal manifestación se encontraba en los casos de compra con dinero ajeno: aquel que compra una cosa con dinero de otro, proporciona a éste un *ius in rem*, un derecho de tipo objetivo sobre la cosa comprada²⁰. Esto se basa precisamente en la idea de que la cosa es un subrogado del precio en el patrimonio del que ha salido el dinero para la compra. De ahí que esta idea de subrogación pueda encontrarse de algún modo en todo ordenamiento jurídico en que la

ss. También en los Derechos asirio y germánico, e incluso en el Derecho romano arcaico, cfr. PRINGSHEIM, *Sale*, cit., p. 87. SEIDL no habla en sus obras de subrogación, sino de un «principio de onerosidad necesaria» (*Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit*), o, anteriormente, «principio de contraprestación necesaria» (*Prinzip der notwendigen Gegenleistung*), del cual la idea de subrogación no sería sino un síntoma o un indicio: un derecho sólo se adquiere correctamente si se da una contraprestación por él. Seidl mismo expresa este principio así: «Gibt er [sc. der Eigentümer] also eine Sache aus der Hand, so bleibt sie so lange sein Eigentum, bis er ein richtiges Entgelt dafür in sein Vermögen bekommen hat. Und gibt er Geld oder andere Werte aus der Hand, so bleiben sie sein Eigentum, bis er den gleichen Wert zurückerhält; erwirbt der Darlehensnehmer mit den empfangenen, aber noch nicht entgoltenen Werten von einem Dritten eine Sache, so muss diese in das 'Eigentum' oder 'Verfangenschaftsrecht' (die Bezeichnung mag völlig gleichgültig bleiben) des Darlehensgebers fallen, solange bis dieser das Darlehen in irgendeiner Form zurückerhalten hat» (*Ägyptische Rechtsgeschichte*, cit., p. 45). A este principio le atribuye una validez universal en todos los ordenamientos jurídicos tempranos (defiende su presencia en el Derecho romano primitivo CLAUS, A., *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht*, Berlín, 1973, pass., esp. pp. 14 ss.). Este punto de vista no ha permanecido, sin embargo, exento de críticas: vid. al respecto KASER, M., *Das römische Privatrecht* II², München, 1975 (en adelante RPR II), p. 279, nota 41, y WOLFF, H. J., *Zum prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit*, en *Festschrift für Erwin Seidl*, Köln, 1975, pp. 231 ss., y la bibliografía allí citada. En un sentido amplio, tal como ha sido sostenida por Pringsheim, la idea de subrogación coincide sustancialmente con este «principio de onerosidad necesaria», por lo que pueden ser consideradas como categorías sinónimas: la contraprestación se coloca a su vez en el lugar del objeto que sale del patrimonio, según pone de relieve KASER, M., *Stellvertretung und notwendigen Entgeltlichkeit*, en ZSS 91 (1974), pp. 146 ss., 148 ss. (con literatura al respecto); más indicaciones en WACKE, A., *Faktische Arbeitsverhältnisse im Römischen Recht? Zur sogenannten «notwendigen Entgeltlichkeit», besonders bei Arbeitsleistungen vermeintlicher Sklaven*, en ZSS 108 (1991), pp. 123 ss. Sobre el conjunto de la cuestión, vid. HAMZA, G., *Comparative Law and Antiquity*, Budapest, 1991, pp. 234 ss. Respecto a la incidencia de estas ideas en el círculo jurídico romano, es dudoso que pueda considerarse efectiva en el Derecho antiguo y clásico, si bien el tema ha estado sujeto a una fuerte polémica en la doctrina romanística; con todo, es seguro que en el Derecho romano clásico pueden encontrarse rastros de la vigencia de una idea de subrogación real en determinadas esferas jurídicas, que servirán a su vez de base para la posterior elaboración doctrinal del concepto, según hemos de ver. En cualquier caso, el problema desborda las posibilidades de esta visión introductoria, por lo que le hemos dedicado un trabajo independiente (*Manifestaciones de la idea de subrogación real en el Derecho romano clásico*), de próxima publicación.

¹⁹ HAMZA, *Comparative Law*, cit., p. 236 : «This is the reason why the concurrence of will of the contracting parties did not mean in itself a change in the property nexus (position of power)». Vid. además PRINGSHEIM, *Sale*, cit., p. 190.

²⁰ PRINGSHEIM, *Kauf*, cit., pass., esp. pp. 3, 33, 48, 122, 164, 168 ss., y *Sale*, cit., pp. 205 ss. En primer término, este autor habla de un «Surrogationsprinzip» (o «Surrogationsgedanke») (*Kauf*, cit., pp. 34, 38, 49, 114, 122, 133, 143, 169); posteriormente, la formulación cambia a «principle of cash sale» (*Sale*, cit., pp. 181, 205, 334), conservando la misma idea: en el caso de venta al contado, el precio se subroga al objeto de la venta, y el derecho sobre el objeto sólo se adquiere con el pago del precio.

transmisión de la propiedad, en caso de venta, se vincule al pago efectivo del precio ²¹.

Es preciso indicar, no obstante, que, en esta situación jurídica antigua, bajo ningún concepto se habla de «subrogación real» como institución o figura jurídica autónoma. Si aceptamos la afirmación de Esser de que, en relación con la tarea de la objetivación del Derecho, «en todas las culturas jurídicas se repite el mismo ciclo: descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema» ²², los Derechos de la Antigüedad, con su pensamiento apegado a los problemas concretos, permanecieron, respecto a la idea de subrogación real, en la primera fase apuntada. El segundo estadio, el proceso de formación de un «principio de subrogación real», sólo lo encontramos en los albores de la moderna ciencia del Derecho europea, en la obra de los juristas medievales del *ius commune* ²³.

2.2 EL «PRINCIPIO DE SUBROGACIÓN REAL» EN EL DERECHO COMÚN

2.2.1 Las escuelas medievales

Hacia el año 1100, en torno a la ciudad de Bolonia, el estudio científico del Derecho romano-justiniano experimentó un vigoroso renacer, ligado esencialmente al redescubrimiento del Digesto de Justiniano, olvidado durante largos siglos, a través del manuscrito de la *littera Florentina* y la elaboración del texto de la versión *Vulgata* ²⁴. Todo este trabajo de renovación jurídica encontró su expresión en la escuela de los Glosadores y sus continuadores, los Postglosadores o Comentaristas ²⁵. Su obra, en particular la de los Comentaristas, se encontraba fuertemente influida por la metodología escolástica, de ahí que cristalizara

²¹ PRINGSHEIM, *Kauf*, cit., p. 168.; KASER, RPR II, cit., p. 278 ss.

²² ESSER, J., *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (trad. española de E. Valentí Fiol). Barcelona, 1961, p. 10.

²³ En este sentido MARÍN PADILLA, M. L., *La formación del concepto de subrogación real*, en RCDI (1975), pp. 1111 ss., 1129.

²⁴ Sobre el renacimiento del siglo XII, y en especial en el ámbito de lo jurídico, vid. WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*², Göttingen, 1967, pp. 45 ss., y la bibliografía allí citada. Vid. además MIQUEL, J., *El Derecho romano en la tradición romanística*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1974, pp. 129 ss., y FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, Madrid, 1992, pp. 25 ss.

²⁵ En general, sobre las escuelas de Glosadores y Comentaristas y la modernización del Derecho justiniano en Europa, pueden consultarse, entre otros: CALASSO, F., *Medio Evo del Diritto I*, Milano, 1954, pp. 521 ss.; KOSCHACKER, P., *Europa y el Derecho romano* (trad. española de J. Santa Cruz Teijeiro), Madrid, 1955, pp. 99 ss. y 141 ss.; DILCHER, H., *Zur Einführung: Romanistische Mediävistik*, en JuS (1966), pp. 387 ss.; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., pp. 60 ss. y 80 ss.; SCHLOSSER, H.-MOLITOR, E., *Grundzüge der*

en categorías lógicas y en la construcción de sutiles distinciones y reglas jurídicas expresivas, sin abandonar en cualquier caso el método tópico y casuístico de exégesis del *Corpus iuris* justiniano²⁶. Es en este contexto donde podemos sorprender la formulación de unos principios sobre la subrogación real, derivados de pasajes concretos de las fuentes romanas, que se afirmarán de validez general en la literatura del Derecho común²⁷.

Entre los autores medievales, el fenómeno de la subrogación real se trata fundamentalmente en el marco de la doctrina de las *universitates rerum (distantium)*²⁸.

A partir de las diversas acepciones de la palabra *universitas* en las fuentes romanas²⁹, los Glosadores elaboraron el concepto de *universitas rerum* en analogía con el de *universitas personarum*, desde el punto de vista de la simétrica contraposición entre la pluralidad de sujetos y de objetos respecto al sujeto individual o el objeto singular: así como en las fuentes se denomina *universitas* a la corporación de varios individuos frente a la persona aislada (*persona singula*), también el agregado de varios objetos se considera una *universitas* frente al objeto aislado (*res*

*Neuere Privatrechtsgeschichte*³, Heidelberg, 1979, pp. 17 ss.; WESENBERG, G.- WESENER, G., *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*⁴, Wien/Köln/Graz, 1985, pp. 22 ss.; VAN CAENEGEM, R. C., *An historical Introduction to Private Law* (trad. inglesa de D.E.L. Johnston), Cambridge/New York/Port Chester/Melbourne/Sydney, 1992, pp. 47 ss.

²⁶ KOSCHACKER, *Europa y el Derecho romano*, cit., p. 147; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., pp. 57 ss.; ESSER, *Principio y Norma*, cit., pp. 144 y 213; VAN CAENEGEM, *An historical Introduction*, cit., p. 52. Vid. también GENZMER, E., *Die justinianische Kodifikation und die Glossatoren*, ahora en SCHRAGE, E. J. H. (ed.), *Das römische Recht im Mittelalter*, Darmstadt, 1987, pp. 5 ss. (= *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano [Bologna e Roma, XVII-XXVII aprile MCMXXXIII]*, Bologna I, Pavia, 1934, pp. 345 ss.).

²⁷ WENGLER, v. *Surrogation*, cit., pp. 480 s.

²⁸ Sobre el tema vid. LUCCI, A., *La dottrina delle «universitates rerum» nel diritto medievale*, en AG 73 (1904), pp. 305 ss., con abundante información sobre fuentes medievales; también BARBERO, D., *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936, pp. 104 ss. y 302 ss. En relación con el problema de la subrogación real, vid. MARÍN PADILLA, RCDI (1975), cit., pp. 1.128 ss. y WELLE, A., *«In universalibus pretium succedit in locum rei, res in locum pretii». Eine Untersuchung zur Entwicklungsgeschichte der dinglichen Surrogation bei Sondervermögen*, Berlin, 1987, pp. 59 ss.

²⁹ Cfr. HEUMANN-SECKEL, v. *Universitas*, en *Handlexicon*, cit., pp. 601 ss. y BERGER, A., v. *Universitas*, en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, pp. 750 ss. Un estudio exhaustivo del uso de la palabra en las fuentes romanas, tanto jurídicas como extrajurídicas, puede encontrarse en SCHNORR VON CAROLSFELD, L., *Geschichte der juristischen Person («universitas», «corpus», «collegium» im klassischen römischen Recht)* I, München, 1933 (reimpr. ampliada, Aalen, 1969), pp. 59 ss. Cfr. también ALBERTARIO, E., *«Actio de universitate» e «actio specialis in rem»*, ahora en *Studi di diritto romano* IV, Milano, 1936, pp. 65 ss. (= *Annali Perugia* 31 [1919], pp. 29 ss.) No es éste el lugar oportuno para entrar en las diversas valoraciones que la expresión ha merecido en la romanística moderna (vid. bibliografía al respecto en IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e Instituciones*¹¹, Barcelona, 1993, p. 215, notas 64 y 65). La opinión más verosímil es la que sostiene que se trata de un término atécnico para designar conjuntos de personas y de cosas, sin que la expresión deba considerarse, en general, interpolada (hay testimonios en latín clásico, por ej. Cic. *de nat. deor.* 2,65,164; Plin. M. 7,1,6), cfr. KASER, M., *Das römische Privatrecht* I², München, 1971 (en adelante, RPR I), p. 304 y nota 5.

singula), de modo que a la primera le corresponde el calificativo de *universitas personarum* y, a la segunda, el de *universitas rerum*³⁰.

En sentido amplio, constituye una *universitas* un conjunto de objetos (cosas, derechos, acciones) que se someten a un mismo tratamiento jurídico, como si fuera una unidad que trasciende a los elementos singulares que la configuran. La característica más relevante de estos conjuntos es, pues, la independencia de la totalidad respecto de las cosas integrantes: la *universitas* sigue siendo la misma pese a los aumentos, disminuciones o cambios de sus componentes³¹. La categoría pasa a los Comentaristas, que profundizan en su comprensión dogmática³².

³⁰ LUCCI, AG 73 cit., p. 306. El término es equívoco, porque *universitas rerum* se emplea también en sentido restringido para designar el complejo integrado únicamente por cosas muebles (*universitas facti*).

³¹ Gl. ad D. 6,1,1 ante l. 1 : «Non solum res singulares, sed etiam universales, quae scilicet rectae sunt, per hanc actionem peti possunt: sicut grex, equitium, armentum, et similia. utrum tamen ad hoc ut grex vindicetur, non oportet quod singula capita condicantur per hanc actionem.» Más claramente en los Comentaristas; así, por ej., BARTOLUS, ad D. 20,1,34 : «Appellatio tabernae refertur ad merces, est nomen universitatis, sicut grex et peculium et similia, et immo licet merces mutantur, tum eadem videtur esse taberna», y ad D. 31,65 : «Universitas, augmentum et diminutum contingens»; también JASON DE MAYNO, ad D. 30,21 : «...quia universitas, sicut est grex, sui natura recipit incrementum et diminutionem et tamen est semper idem», y ad D. 30,22 : «In istis universalibus unum subrogatur loco alterius et ipsa universitas remanet eadem». Igualmente gl. ad D. 20,1,34 (additio): «...et ideo licet merces mutantur, tamen eadem videtur esse taberna».

³² Vid. nota anterior. Según una opinión extendida en la literatura jurídica alemana (vid. referencias en KOSCHACKER, *Europa y el Derecho romano*, cit., p. 144 y nota 4), los Comentaristas, y seguramente los mismos Glosadores, debieron de estar influidos, siquiera inconscientemente, por las concepciones jurídico-germánicas en la elaboración científica del *ius commune*, debido a su tratamiento de los Derechos estatutarios de procedencia inequívocamente germánica. Esto se manifestaría, particularmente, en la doctrina de las *universitates rerum*, desarrollada a partir de gérmenes contenidos en el *Corpus iuris* justinianeo, pero bajo consideraciones jurídicas germánicas, ya que la idea de los conjuntos orgánicos de cosas era corriente para el Derecho germánico desde época antigua, mientras que, en el Derecho romano, las cosas como tales carecerían de significado jurídico propio, e igualmente los conjuntos de cosas, por su empeño en el aislamiento de los objetos jurídicos. Este punto de vista sostienen, entre otros, GIERKE, O. v., *Deutsches Privatrecht* II, Leipzig, 1905, p. 50 y, matizadamente, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* II (reproducción fotomecánica, Graz, 1954), pp. 65 ss.; y KOHLER, J., *Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch: VI. Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit*, en *Archiv für Bürgerliches Recht* 22 (1903), pp. 3 ss.; ID., *Sozial- und Individualgedanken im Rechtserwerb*, en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 10 (1916/17), pp. 56 ss. (esp. p. 60), de los que se hace eco WELLE, *In universalibus*, cit., pp. 58 ss. Si bien no puede negarse que la ampliación de la materia jurídica estudiada por los Comentaristas incidió, a su vez, en el tratamiento del *ius commune* y condujo a una interpretación más libre y abierta de los textos justinianos (cfr. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 84; WESENBERG-WESENER, *Neuer. deut. Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 30), ello no debe ser exagerado, ni puede perderse de vista que para los Comentaristas, como para los Glosadores, el Derecho romano-justinianeo se encontraba permanentemente en el punto central. Por lo que se refiere a la doctrina de las *universitates rerum*, no ofrece dudas que el problema de los complejos de cosas como objeto de derecho no pasó desapercibido para la jurisprudencia romana (cfr. BIONDI, B., *La dottrina giuridica della «universitas» nelle fonti romane*, en *Scritti giuridici* III, Milano, 1963, pp. 119 ss. (= BIDR 61 (1958), pp. 1 ss.); vid. incluso SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte der jur. Person*, cit., p. 134; y, en general, DELL'ORO A., *Le cose collettive nel diritto romano*, Milano, 1963), si bien con una progresiva abstracción (ORESTANO, R., *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano* I, Torino, 1968,

Entre las *universitates rerum* se contaban el *grex*, el *peculium*, el feudo, la biblioteca, la dote, la *taberna*, la *mensa* y, sobre todo, la *hereditas*, entre otras³³. Ante tal número y variedad de supuestos, los Glosadores introdujeron, a la manera escolástica, una *summa divisio* en las *universitates rerum*, con el fin de diferenciar unas unidades conceptuales de otras: así, se distingue entre *universitas facti* y *universitas iuris*³⁴, o, también, entre *universitas corporea* e *incorporea*³⁵. La distinción es acogida por los Comentaristas³⁶: así Bártolo habla de *universitates corporum et iurium* y *universitates corporum tantum*, o también *universitates iurium et rerum* y *universitates rerum tantum*; De Castro distingue entre *univ. corporis* o *corporum* y *univ. iuris* o *iurium*; Baldo las denomina *univ. incorporalis* et *iuris* y *univ. facti* o *numeri*³⁷.

Se entendía por *universitas facti, numeri* o *corporis* un agregado de cosas corporales muebles, como el rebaño o la biblioteca, y por *universitas iuris* o *iurium*, un conjunto de derechos, o de cosas y derechos, como la herencia, la dote, el peculio o el patrimonio completo de una per-

pp. 170 ss.). Así se manifiesta en los textos: v. gr. Ulp. D. 6,1,1,3; 7,1,70,3; Marc. D. 20,1,13 pr.; Ulp. D. 37,1,3 pr.; Pomp. D. 41,3,30 pr./ 2; Afr. D. 50,16,208, entre otros.

³³ No hay una enumeración completa, sólo indicaciones; así, BARTOLUS, ad D. 15,1 ante l. 1: «Azo dicit quod est universitas quaedam cum in ea possunt esse mobilia et immobilia, corporalia et incorporalia... Nam quattuor sunt nomina universitatis, seu hereditas, bona, peculium et patrimonium». También gl. ad D. 20,1,34 (additio): «Pro solutione dic, quod haec appellatio tabernae, prout refertur ad merces, est nomen universitatis: sicut grex, peculium, et similia...». Vid. además, gl. ad D. 6,1,1 ante l. 1.

³⁴ Gl. *dicendum est* ad D. 6,1,1,3: «Quia universitas est facti, non iuris in his. Nam in universitate iuris aliud est».

³⁵ Gl. *non utetur* ad D. 15,2,1,8: «Sed peculium est universitas incorporea et iuris, in qua actiones continentur; sed illud est verum de corpore aliquo, vel corporea universitate, ut equitio».

³⁶ Según MÜHLENBRUCH, C.F., *Über die s.g. «iuris» und «facti universitates»*, en *Archiv für die civilistische Praxis* 17 (1834), pp. 325 ss., en la Glosa sólo aparecen ocasionales referencias a esta división y a la naturaleza de las *universitates rerum* en general, de modo que hasta la obra de Jason de Mayno no se encuentra la expresión *universitas facti*. VANGEROW (*Lehrbuch der Pandekten* I⁷, Marburg/Leipzig, 1863, p. 107) y SINTENIS (*Das praktische gemeine Civilrecht* I³, Leipzig, 1868, p. 438, nota 60) sostienen que la distinción sólo se desarrolla entre los Comentaristas, partiendo únicamente de indicios contenidos en la Glosa. Estas apreciaciones son erróneas: lo cierto es que la Glosa presenta ya una formulación completa de la idea. Así AZO, *Summa* III, *de petitione hereditatis*: «Item per petitionem hereditatis petitur universitas iuris tantum, per rei vindicationem universitas corporalis vel corporea tantum...», y eod., *de rei vindicatione*: «Veniunt autem in hac actione corporalia, incorporalia autem non veniunt in hac actione, quia nec possidentur. Hinc est quod universitates quae sunt incorporeae sicut et hereditatis vel bonorum possessionis successione contingit non peti posse actione hac, quia nec possidentur. Hinc est quia nec peculium dicitur posse vindicari. Et est ratio quia in peculio iura et obligationes et actiones continentur non tamen corporalia». Al respecto, vid. BARTOLUS, ad D. 15,1 ante l. 1. Cfr. FADDA, C.- BENZA, P. E., *Note* a WINDSCHEID, B. *Diritto delle Pandette* V (trad. italiana de los mismos), Torino, 1926, p. 3; LUCCI, AG 73 cit., p. 308; BARBERO, *Universalità*, cit., p. 105; PUGLIATTI, S., *Riflessioni in tema di «universitas»*, en *Congreso Giuridico Nazionale in memoria di Carlo Fadda* (Cagliari-Sassari, 23-26 maggio 1955), Milano, 1968 (= *Rivista trimestrale di diritto e della procedura civile* [1955], pp. 954 ss.), pp. 83 ss., 98 y nota 35.

³⁷ BARTOLUS, ad D. 6,1,56 y ad. D. 25,1,5 pr.; PAULUS DE CASTRO, ad D. 6,1,56; BALDUS, ad D. 30,22.

sona³⁸ y ³⁹. Entre ambas categorías de *universitates* se establecieron diferencias sustanciales en orden a su régimen jurídico, como se verá a continuación⁴⁰.

En primer lugar, la *universitas facti* es equiparada a una *res* o *iudicium singulare*, mientras que la *universitas iuris* lo es a una *res* o *iudicium universale*, por cuanto la *univ. facti* puede ser objeto de *rei vindicatio* (acción real singular), mientras que la *univ. iuris* sólo puede reclamarse como tal de un poseedor no legitimado por medio de una acción universal (particularmente la *hereditatis petitio*, en el caso de la herencia)⁴¹.

³⁸ Gl. *singulas* ad D. 6,1,56: «Quia peculium continet actiones et obligationes cum corporibus... grex autem sola corpora». BARTOLUS, ad D. 25,1,5 pr.: «Quaedam sunt nomina iuris rerum tantum, ut grex. Quaedam sunt nomina universitatis iurium et rerum, ut hereditas, peculium, dos, patrimonium et similia.»; vid. también su comentario a D. 15,1 ante l. 1 (cit. en nota 33). ALEXANDER TARTAGNUS, ad D. 30,22: «... ad universitatem dari rei vindicatione: quod verum esse intelligas, in universitate continente corpora tantum, ut est grex: secus in universitate continente non solum corpora, sed iura, ut est peculium». BALDUS, ad D. 23,3,16: «Universitas iuris sunt quattuor: hereditas, bonorum possessio, peculium et patrimonium». Había dudas respecto a si la dote debía incluirse entre las *universitates iuris*: así Bártolo entiende que «dos est quid universale» (com. ad D. 24,3,7; igualmente en los comm. ad D. 24,3 ante l.1 y D. 24,3,22,13); por el contrario, Baldo, con la doctrina mayoritaria, afirma que «ergo dos non est ius universale» (com. ad D. 23,3,81), precisamente por no admitir la aplicación de la regla «*pretium succedit loco rei*» salvo *ex conventione*, no *ex natura universi* (vid. también AZO, *Summa* V, de *iure dotium* núm. 6); sobre la controversia, vid. LUCCI, AG 73 cit., p. 312 y nota 3 y BARBERO, *Universalità* cit., pp. 309 ss. Como fundamento de la distinción, se añade a este argumento de tipo objetivo, referido a los componentes de la *universitas*, otro de procedencia, según el cual la *universitas facti* se refiere a agregados de cosas necesarios para la vida cotidiana, y por ello se constituyen por voluntad de su titular (*universitas hominis*); sin embargo, las *univ. iuris* son creación exclusiva de la ley, por lo que *iuris* debe entenderse en sentido objetivo (= *legis*), cfr. WALLER, «*Surrogation*» cit., p. 6. Este criterio de distinción estaría ya presente, si bien implícitamente, en la Glosa, según FADDA-BENSA, *Note* cit., p. 3. Sobre el conjunto del problema, con su extensión hasta la época moderna, vid. RASCIO, R., v. *Universalità patrimoniali*, en NNDI XX, Torino, 1975, pp. 94 ss. (con abundante bibliografía).

³⁹ Algunos autores trataron de introducir, sin éxito, una clasificación tripartita, distinguiendo entre *universitas facti* (conjuntos de cosas), *univ. iuris* (conjuntos de derechos, particularmente la *hereditas*) y *univ. mixta* o *iuris et facti* (agregados de cosas y derechos, como el peculio y la dote). Así puede verse, p. ej., en JASON DE MAYNO, ad D. 30,1: «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 est peculium». También, tardíamente, en ALCIATUS, ad D. 50,16,119: «Nomina iuris alia sunt particularia, ut obligatio, servitus, dominium: alia universalia. ea tripliciter adsumuntur: aut enim universitas solius facti seu corporum est, ut grex, chorus, familia: aut iuris et facti mixtim, ut peculium, dos, patrimonium: aut solius iuris ut hereditas».

⁴⁰ El alcance de estas diferencias, así como la distinción misma, ha sido objeto de aguda controversia en la crítica moderna, sobre todo a lo largo del siglo XIX, a partir de las obras de Hasse (cfr. *infra*, nota 77) y Mühlenbruch (op. cit. *supra*, nota 36, sobre la base de una obra anterior de 1818), seguidos en mayor o menor medida por la doctrina posterior. Una reseña de las críticas vertidas contra esta distinción no ha de realizarse aquí, pero se encontrará a lo largo del texto en relación con la historia conceptual del «principio de subrogación», puesto que el binomio *universitas iuris*-subrogación real aparece constantemente en el pensamiento jurídico, desde los autores medievales hasta la actualidad, como los polos de una relación dialéctica. Modernamente, en favor de la distinción incluso en el Derecho actual, BARBERO, *Universalità* cit., pass. (esp. pp. 132 ss.).

⁴¹ BARTOLUS, ad D. 6,1,56: «Universitas corporum et iurium non vindicatur h. d. Vides ergo differentia inter universitatem corporum tantum, ut gregis, et ista potest vendi-

Esta equiparación, no siempre justificada entre los autores, lleva a menudo a importantes confusiones ⁴², como se verá en los siguientes signos distintivos, todos los cuales, de un modo u otro, derivan de éste.

Otra diferencia entre ambos tipos de *universitas*, muy discutida en la literatura, es la extensión a todas las *universitates iuris* de la máxima *fructus augent hereditatem*, en principio sólo válida para la *hereditas* según el Derecho romano ⁴³.

Asimismo se hacía a la *universitas facti* objeto de determinadas relaciones jurídicas (usufructo, prenda, hipoteca, legado, etc.), de las cuales no eran susceptibles las *universitates iuris* ⁴⁴.

Pero la diferencia fundamental entre *univ. facti* y *univ. iuris*, y punto central de este comentario, radica en la aplicación únicamente a estas últimas de la doctrina de la subrogación real de precio a cosa, plasmada en dos célebres máximas atribuidas a Bártolo: «*In universalibus (iudiciis) pretium succedit loco rei: secus in particularibus*» y «*Subrogatum sapit naturam eius in cuius locum subrogatum est*». Según la interpretación común, estas máximas suponen que, vendida una cosa perteneciente a una *universitas iuris*, el precio obtenido ocupa su lugar en el conjunto, mientras que, si se vende un bien singular o una cosa perteneciente a una *universitas facti*, este efecto no se produce y el propietario no está obligado a reivindicar el precio. En realidad, no puede hacerse una interpretación tan sencilla, puesto que la materia está envuelta en la confusión.

El primer brocardo, *in universalibus pretium succedit loco rei*, se encuentra ya en la Glosa, y reproduce casi literalmente la expresión de Paul. D. 5, 3, 22, referido a la regulación de la *hereditatis petitio*: ... *quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum*. Así, la glosa *quia potest* ad h.l. dice: «... Et not. hic, quod pretium succedit loco rei: quod est speciale in petitione hereditatis... Regulariter autem contra:... Item si

cari, et universitatem corporum iuris, ut peculium. De qua dic, ut in glossa, et ista non potest vindicari rei vindicatione. Sed debent vindicari quaelibet alia corpora singula, ut hic... Alia tamen actione possunt peti, ut petitione hereditatis, vel actione ex testamento et similibus». Igualmente PAULUS DE CASTRO, ad D. 6,1,1,3 y ALEXANDER TATAGNUS, ad D. 30,22 (cit. *supra*, nota 38), entre otros.

⁴² LUCCI, AG 73 cit., pp. 310 ss.; vid. *infra*, nota 48. El origen de esta terminología lo ve Pugliatti (*Riflessioni* cit., p. 93, nota 33), con Albertario, en la distinción entre *actio de universitate* (acción hereditaria) y *actio in rem specialis* (acción reivindicatoria), practicada por los bizantinos.

⁴³ Ulp. D. 5, 3, 20, 3; al respecto, BARTOLUS, ad h.l.: «... sed in petitione hereditatis veniunt illi fructus, et est eadem hereditatis petitio. Ratio quia hereditas est quid universale et ideo recipit augmentum in se: sed res singulares, quae vindicantur, non augentur fructibus. Fructus non sunt separati a re, et ideo nova vindicatione opus est. Simile in dote...». Sobre el peculio, gl. *vel alia universitate* ad D. 5,3,20,10: «Semper tamen, cum petitur peculium idem statuitur, quantum ad fructus et res et pretia et similia, quod est in hac hereditatis petitione». En relación con la dote, era admitida la aplicación de la máxima por los autores que sostenían su carácter de *univ. iuris*, y rechazada por los que lo negaban, cfr. *supra*, nota 38 y la literatura allí citada.

⁴⁴ LUCCI, AG 73 cit., pp. 319 ss.

stipulatus sum hominem a te et eum vendideris, non venit pretium in stipulatione...». Por tanto, la aplicación de la máxima está aquí expresamente limitada al caso de la *hereditatis petitio*, sin mención alguna de la distinción *univ. iuris-univ. facti*⁴⁵. Así se encuentra también en el comentario de Bártolo a este pasaje: «Solum in universalibus iudiciis pretium succedit loco rei... in particularibus secus». Aquí la consideración de Bártolo es eminentemente procesal: sólo en la acción universal (*universale iudicium*), esto es, en la *hereditatis petitio*, el precio de la cosa hereditaria vendida es objeto directo e inmediato de la *petitio* del demandante, mientras que en la *rei vindicatio* el objeto directo e inmediato de la *petitio* no es el precio de la cosa vendida, sino su *aestimatio* en el juicio⁴⁶. De manera que «*iudiciis universalibus*» es aquí sinónimo de acción hereditaria, no de *universitas iuris*.

Sin embargo, en otros pasajes del mismo Bártolo ya aparece generalizada la máxima a todas las *universitates iuris*; así, en su comentario a D. 24, 3 ante l. 1, dice claramente: «Praeterea in universalibus pretium succedit loco rei, secus in particularibus»⁴⁷. Entre los Comentaristas, la frase se hace propia de las *univ. iuris* como signo distintivo frente a las *univ. facti*, y así queda establecido en la *communis opinio*⁴⁸.

No obstante, aun siendo esto así, ya en la Glosa se encuentran extensiones de la regla *pretium succedit loco rei* a ámbitos distintos de la acción de petición de herencia, aunque manteniendo siempre su carácter excepcional. Así, en la glosa *pretium abest* a D. 50,16,14, se dice: «Not. ergo quod pretium loco rei succedit. Sic et in actio quod metus causa... et in petitione hereditatis... sic et in hereditatis restitutione... sic et in re data

⁴⁵ Igualmente en la gl. *dicemus* ad D. 4,2,18: «... ut hic subiicit: cum pretium loco rei succedat, sicut in petitione hereditatis...».

⁴⁶ BARBERO, *Universalità* cit., pp. 112 ss. Vid. también la *additio* a gl. *quia potest* ad D. 5,3,22.

⁴⁷ Vid. también sus comentarios a D. 4,2,18; D. 42,8,9; D. 47,2,48,7; D. 50,16,14. Vid. además gl. *furtivus* ad D. 47,2,48,7 (*additio*). A la extensión de la máxima a todas las *universitates iuris* pudo contribuir, como señaló Mühlenbruch, el texto de la gl. *vel alia universitate* ad. D. 5,3,20,10 (cit. *supra*, nota 43), cfr. WELLE, *In universalibus* cit., p. 62, nota 26.

⁴⁸ JASON DE MAYNO, ad D. 30,22: «... in istis universalibus unum subrogatur loco alterius et ipsa universitas remanet eadem... Sic in universalibus pretium succedit loco rei. Secus est in legatis particularibus». Este pasaje representa un ejemplo de uso ambiguo de la expresión «*universitas*». Según la interpretación de LUCCI (AG 73 cit., p. 310, nota 3), el primer «*universalibus*» tiene el sentido genérico de *universitas rerum*, mientras que el segundo hace referencia únicamente a la *univ. iuris*. Sin embargo, podría interpretarse unívocamente en ambos casos con sentido genérico (sobre todo en relación con el comentario anterior a D. 30,21, cit. *supra*, nota 31), de modo que la frase «*in universalibus pretium succedit loco rei*» tendría el significado de que las partes integrantes de una *universitas* cualquiera pueden ser sustituidas sin que se altere la *universitas* como tal (cfr. WELLE, *In universalibus*, cit., p. 62 y nota 26; y WALLER, «*Surrogation*», cit., p. 7); pero esta interpretación parece redundante y poco esclarecedora. Vid. más referencias en LUCCI, AG 73 cit., pp. 313, nota 1 y 315, nota 2. Por otra parte, la exclusión del «*pretium succedit loco rei*» de los *iudicia particularia* se basaba en diversos textos del *Corpus iuris*, p. ej., D. 47,2,48,7; C. 3,32,6; 3,38,4; 4,50,8; 5,12,12, etc.

in dotem... sic in re legata empta... generaliter tamen obtinet contra». La expresión *pretium succedit loco rei* ya no es exclusiva de la acción de petición de herencia, sino que puede aplicarse a situaciones jurídicas diversas, tanto universales como particulares. Entre los Comentaristas se admitió, pues, como excepción a la regla «*in universalibus...*», que *in particularibus* se subrogase el precio a la cosa en algunos casos, que se sintetizan en los siguientes: a) cuando hay convención entre las partes; b) en caso de pérdida de la cosa, por razones de equidad; c) supuestos de insolvencia de aquél a quien le ha sido vendida la cosa, también en razón de la equidad ⁴⁹. Como es natural, la introducción de la *aequitas* supuso una notable ampliación del campo de actividad de la figura, que desborda los estrechos límites de la *universitas iuris* ⁵⁰. De cualquier manera, sólo en éstas se concibe el *pretium succedit loco rei* como una regla de Derecho aplicable *ipso iure* ⁵¹.

En contraste con lo anterior, entre los juristas medievales hubo cierto recelo a la hora de admitir, tanto *in universalibus* como *in particularibus*, el juego de la subrogación de cosa a precio, *res succedit loco pretii* ⁵². Esta expresión no aparece en la Glosa; sin embargo, en Bártolo se observan algunos giros que hacen suponer una tendencia favorable a extender la máxima «*in universalibus...*» a este supuesto. Así, en su comentario a D. 31, 70, 3 y D. 31, 71, señala: «*pretium et res comparata ex pretio suc-*

⁴⁹ LUCCI, AG 73 (1904) cit., p. 315; MARÍN PADILLA, RCDI (1975) cit., pp. 1135 ss. El mismo Bártolo hace uso de la regla «*pretium succedit loco rei*» en casos singulares, si así viene establecido por la ley o lo exige la naturaleza de la acción, pero sin perder nunca su carácter excepcional, vid. sus comentarios a D. 6,1,15,1; D. 4,2,18; D. 20,1,26 y D. 42,8,9, entre otros.

⁵⁰ La referencia a la *aequitas* es principalmente obra de Baldo, que utiliza el *topos* «*pretium succedit loco rei*» para explicar la anómala concesión en las fuentes de una *condictio indebiti (utilis)*, o de una *actio negotiorum gestorum*, al dueño de los bienes vendidos sin su consentimiento por un tercero, para reclamar el importe obtenido, v. gr. cuando el comprador se ha hecho dueño de los bienes o éstos se han perdido (Afr. D. 12,1,23; Alex. C. 3,32,3; 4,51,1: vid. los comentarios de Baldo a estos pasajes; cfr. gl. *condicere* ad D. 12,1,31,1). La razón de que la ley introduzca en estos supuestos la regla «*pretium succedit loco rei*» no es sino un principio general de equidad, a fin de impedir que se produzca el enriquecimiento injusto del tercero a costa de la pérdida del dueño de los bienes. Pero la aplicación de este remedio se considera excepcional e inclasificable, dependiente enteramente de las necesidades de la equidad en cada caso concreto, y por lo tanto no susceptible de generalización. Vid., sobre el problema en su contexto, DAWSON, J. P., *Unjust Enrichment*, Boston, 1951, pp. 71 ss. y 166, nota 50. Vid. también MARÍN PADILLA, RCDI (1975) cit., pp. 1136 ss., con especial mención de las diferencias de criterio entre Baldo y Bártolo sobre la aplicación de la máxima.

⁵¹ BARTOLUS, ad D. 4,2,18: «*Opp. dicitur hic quod pretium succedit loco rei... Nec hoc est quia pretium loco rei succedat, sed quia natura actionis ad hoc se extendit, et hoc in iudiciis particularibus. In universalibus autem pretium loco rei succedit...*». Vid. también su comentario a D. 50,16,14.

⁵² PAULUS DE CASTRO, ad D. 5,3,25,1: «*Res empta per bonae fidei possessorem de pecunia hereditaria, vel redacta ex re hereditaria suo nomine, non venit in hac actione: sed dumtaxat pecunia. Nota quod licet pretium redactum ex venditione rei hereditariae veniat in hac actione: quia succedat loco rei... tamen res empta ea pecunia hereditaria nomine ipsius possessoris non venit: & sic pretium magis succedit loco rei, quam res loco pretii*». Vid. más referencias en LUCCI, AG 73 (1904), cit., p. 315, nota 5.

credit loco rei in universalibus». Esta explicación aparece referida a la materia del *fideicommissum hereditatis* (concretamente al llamado fideicomiso de residuo), que se reputaba igualmente como una *universitas iuris*, pero cuya naturaleza era objeto de una fuerte controversia entre los autores⁵³, y su regulación se consideraba enteramente excepcional. Menos dudas ofrece la siguiente expresión referida a la dote: «... sed in universalibus una res succedit loco alterius». (com. a D. 24, 3, 7 pr.)⁵⁴. El comentario guarda relación con la adquisición de frutos dotales, pero la conexión con la *universitas* hace pensar que Bártolo cocebía la fungibilidad de los elementos integrantes de la misma y la sustituibilidad de las cosas por su precio y viceversa. Pero de ahí no puede deducirse la idea de que entre los Comentaristas fuera válida como máxima de general aplicación la frase *in universalibus res succedit loco pretii*: esta formulación será obra de una época posterior, si bien sobre las bases puestas, ciertamente, por los Postglosadores.

Finalmente, por lo que se refiere a la otra máxima descriptiva de la idea de subrogación real (*subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatum est*), según la cual el subrogado adquiere la naturaleza jurídica del bien al que ha sustituido, ha de decirse que también fue entendido de manera oscura y confusa. Bártolo nunca utilizó una formulación tan absoluta; el origen de la máxima se pone en relación con su comentario a D. 2, 11, 10, 2, que dice, refiriéndose propiamente a la *actio ex stipulatu*: «actio, quae in alicuius locum subrogatur, sapit naturam eius, in cuius locum subrogatur»⁵⁵. Aquí de nuevo prima el argumento procesal. Bártolo se refiere únicamente a la naturaleza y efectos de la acción que se plantea en sustitución de una anterior: la acción que se subroga en el lugar de otra asume su naturaleza primordial, no la accidental⁵⁶; pero no habla en absoluto de aspectos sustantivos relacionados con el intercambio de elementos patrimoniales. Tampoco hay referencia alguna a las *universi-*

⁵³ El problema de la subrogación de la cosa adquirida con el precio proveniente de la venta de bienes del fideicomiso se sitúa en medio de la polémica en torno al carácter, real o personal, del fideicomiso universal. Vid. al respecto BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto commune* II, Padova, 1939, pp. 217 ss. (esp. p. 218, nota 2).

⁵⁴ También BARTOLUS, ad D. 24,3,22,13: «Ad istam l. resp. quia dos et quasi dos, est quid universale... merito una res succedit loco alterius». El comentario hace referencia al hecho de que los bienes adquiridos con dinero dotal se hacen dotales, lo que se explica porque la dote es una *universitas iuris*; pero el mismo Bártolo lo justifica después como un privilegio dotal, por lo que resulta difícil de extender a otras *universitates iuris*. Vid. más referencias de otros Comentaristas en BARBERO, *Universalità*, cit., p. 309.

⁵⁵ Esta formulación encuentra antecedentes en la Glosa, v.gr. gl. *danda non est* a D. 2,11,10,2: «... Item not. hic actionem, quae in locum alterius subrogatur, eiusdem potestatis et effectus esse, cuius est illa, in cuius locum subrogatur...».

⁵⁶ Cfr. el comentario de Gothofredus a la gl. *danda non est* ad D. 2,11,10,2: «Subrogata actio eiusdem est effectus, cuius est illa in cuius locum subrogatur: vel ut Bartolus scribit. Actio quae subrogatur loco alterius, assumit naturam primordialelem eius, non autem accidentalem: id est eam, quam habitura est ex postfacto: ut puta, quae crescit per inficiationem».

tates: su mención en conexión con éstas sólo se producirá posteriormente ⁵⁷. Por consiguiente, su colocación en paralelo con el brocardo «*in universalibus pretium succedit loco rei*» en la obra de Bártolo, como artífice de la fórmula de la subrogación real, no parece del todo justificada.

Como conclusión, puede afirmarse que las mencionadas máximas «bartolianas» sólo responden impropia y, de modo limitado, a la concepción que de la subrogación real se formaron los juristas medievales del Derecho común sobre la base de determinados textos del *Corpus iuris* justiniano. El auténtico alcance de la adecuación de sus interpretaciones al Derecho romano histórico y al propio texto de la Compilación se verá más adelante, a lo largo de este trabajo.

A pesar de este resultado, lo cierto es que las aludidas frases han constituido el fundamento de la teoría de la subrogación real en la doctrina posterior, ya fuera ampliando su significación más allá de los campos a los que inicialmente se habían aplicado, ya oponiéndose a ellas como punto de partida para reformular las bases de explicación del fenómeno. Y esto ha sido así tanto por la plasticidad de su configuración, como por el indudable núcleo de verdad que encierran.

2.2.2 Los autores de la Edad Moderna

En la historia jurídica, las máximas «bartolianas» son reconocidas como la más plena expresión del llamado «principio de subrogación (real)». No obstante, la paremia *in universalibus (iudiciis) pretium succedit in locum rei* no se extendió por doquier, ni fue admitida como *regula iuris* del Derecho común, hasta que se completó con su reverso, «*et res in locum pretii*», desconocido como tal para Glosadores y Comentaristas. El desarrollo completo de esta expansión no puede reconstruirse en todos sus detalles ⁵⁸, pero es verosímil que se haya producido pronto, sobre la base de algunas interpretaciones de los Comentaristas a diversos pasajes del *Corpus iuris*, de tal manera que en el siglo XVI ya se habría concluido, puesto que se encuentran sus huellas en la obra de Antonio Faber (1557-1624). Por otra parte, la generalización de la máxima no sólo se produjo en cuanto al segundo miembro de su formulación (*res succedit in locum pretii*), sino también en cuanto a su ámbito de aplicación, que abarcará, en su forma íntegra, todas las *universitates iuris*; en este camino, como se ha visto, los Comentaristas habían avanzado ya considerablemente.

Por lo que se refiere a la frase *res succedit in locum pretii*, Faber sostiene que, *in universalibus*, la subrogación se produce tanto de precio a

⁵⁷ Así se observa en JASON DE MAYNO, ad D. 30,22 (cit., *supra*, nota 31).

⁵⁸ Sobre el tema, vid. LUCCI, AG 73 (1904) cit., p. 316, y, detalladamente, WELLE, *In universalibus*, cit., pp. 64 ss. (con literatura).

cosa como de cosa a precio: pero, a diferencia de la *communis opinio*, sólo se comprende entre dichos *iudicia universalia* aquéllos en que se pide la *hereditas* «*sive legitima, sive fideicommissaria*»⁵⁹. Para Faber, sólo la *hereditas* es una auténtica universalidad en la que tiene lugar la fungibilidad de sus componentes que permite la subrogación de precio a cosa y de cosa a precio. Por el contrario, en los *iudicia singularia*, «*non succedit pretium loco rei, nec res loco pretii, multoque minus res loco rei*»⁶⁰.

Frente a este punto de vista, la opinión común se empeñaba en afirmar la validez de la frase completa *pretium succedit in locum rei et res in locum pretii* para todas las *universitates iuris*: herencia, peculio, dote, patrimonio general de las personas, pero también, sobre todo en esta época, sustituciones fideicomisarias, e incluso el feudo⁶¹. El punto de partida para la ampliación se encuentra en el texto de D. 5, 3, 20, 10: *Non solum autem in hereditate utimur senatus consulto, sed et in peculio castrense vel alia universitate*⁶². Este pasaje daba pie para pensar que debía de existir una acción real universal (*iudicium universale*) similar a la *hereditatis petitio* para toda *universitas iuris*. La doctrina dominante convirtió el peculio castrense en un peculio sin más, y en «*vel alia universitate*» se vio la referencia a cualquier *universitas iuris*. Y si en la *hereditas* se considera válido el principio *pretium succedit in locum rei, res in locum pretii*, igualmente lo será en el peculio y en las demás *universitates iuris*⁶³. Esta doctrina se convirtió en moneda corriente de la ciencia

⁵⁹ FABER, A., *Codex Fabrianus*, lib. III, tit. XXII, def. V: «*In iudicijs universalibus, cujusmodi sunt illa, quibus petitur hereditas sive legitima, sive fideicommissaria, aliud est. Hereditatis namque nomen sicut juris est, et universitatem successionis demonstrat, ita rem unam acque ac aliam, et rei pretium acque ac rem ipsam, et contra rem ex pretio comparatam acque ac rei pretium complectitur... Si ex pecunia in hereditate reperta heres res comparaverit, tum rem illam vendiderit, pecunia ex venditione redacta veniet in petitionem hereditatis, quoniam pecunia functionem recipit in suo genere, species non item*». (cit. en LUCCI, AG 73 [1904] cit., p. 316, nota 15, y en WELLE, *In universalibus*, cit., p. 67, nota 19).

⁶⁰ FABER, *ibíd.* (cit. en WELLE, *In universalibus*, cit., p. 67, nota 18).

⁶¹ La naturaleza del feudo como *universitas iuris* o *universitas facti* había sido ampliamente discutida desde los Glosadores, pero constituía doctrina común que en él no tenía validez la máxima «*pretium succedit loco rei*»: cfr. LUCCI, AG 73 (1904) cit., pp. 321 ss. y 322, nota 1. Sin embargo, en la jurisprudencia de los siglos XVI y XVII, se fue admitiendo cada vez más el juego de la subrogación real, sobre todo en relación con la permuta de feudos: vid., en detalle, MARÍN PADILLA, RCDI (1975) cit., pp. 1149 ss.

⁶² El texto se refiere a la regulación de la *hereditatis petitio* por medio del *senatus-consultum Iuventianum* (129 d. C.), donde se ha visto tradicionalmente la aplicación de la regla «*pretium succedit in locum rei, res in locum pretii*». Más detalles sobre este punto en WELLE, *In universalibus*, cit., pp. 65 ss. Para la generalización de la máxima «*subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatum est*», también se acudió a un texto relacionado con la *hereditatis petitio*, concretamente el conocido D. 5,3,22 («*... et quodammodo ipsum hereditarium factum*»), el mismo que sirvió para extraer la fórmula original del «*pretium succedit in locum rei*», cfr. *supra*, p. 13.

⁶³ Este razonamiento no es ajeno a los Comentaristas, y ni siquiera a los Glosadores: cfr. *supra*, p. 14 y notas. Lo innovador en este momento será la extensión a todas las *universitates iuris* de la segunda parte de la máxima, «*res succedit in locum pretii*». Como puntos de apoyo en las fuentes se citan, para la dote, D. 23,3,54 y D. 24,3,22,13; y para el

jurídica europea, principalmente en el círculo jurídico germánico, hasta el siglo XIX⁶⁴.

Esta ampliación del dominio de la subrogación real no estuvo, pese a todo, exenta de críticas. La más trascendente fue, sin duda, la formulada por Cuyacio (1552-1590)⁶⁵. En primer lugar, éste rechaza totalmente la posibilidad de plantear una acción reivindicatoria sobre el peculio como tal, por oponerse a ello expresamente D. 6, 1, 56, que dice: *Vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est, sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet*⁶⁶. Consecuentemente, excluye también la mencionada aplicación de D. 5, 3, 20, 10 a todo peculio y a las *universitates iuris* en general, puesto que la única *actio universalis in rem* era la *hereditatis petitio*⁶⁷. Su crítica alcanza igualmente a la formulación extensa de la

peculio, D. 47,2,52,26; D. 15,1,7,5 y 6 y D. 15,1,9,1. Cfr. WALLER, «Surrogation», cit., p. 7, nota 1.

⁶⁴ El estado de la doctrina común en esta cuestión se encuentra perfectamente expresado por GLÜCK, C.F., *Commentario alle Pandette I* (trad. italiana de C. FERRINI), Milano, 1888, pp. 743 ss.: «Per le *universitates iuris* ha luogo la regola *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei* e cioè, quando si comperi una cosa col denaro spettante a una *universitas iuris*, questa cosa diventa parte di quel tutto e si assoggetta ai diritti, che regolano quel complesso e appartiene a colui che su di questo ha diritto. Se poi una cosa, che appartiene a una tale *universitas iuris*, viene alienata, il denaro ricavato succede al luogo della cosa venduta e appartiene a colui, che ha diritto all'intero complesso. Nella *hereditatis petitio* è questa regola di speciale importanza in forza del SC. Giuvenziano. In questo si dice: *a quibus hereditas petitio fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent et si eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaevae fuissent, restituere debere* (sic). Anco per la restituzione di un fidecomesso così insegna PAPINIANO: *Cum autem rogatus quidquid ex hereditate supererit post mortem suam restituere de pretio rerum venditorum alias comparat, deminuisse quae vendidit non videtur* (sic). Si è detto ... come questa regola s'applichi al peculio dei figli. Ch'essa però mediante interpretazione estensiva sulla giurisprudenza romana si applicasse a tutte le *universitates iuris*, dice ULPIANO: *non solum autem in hereditate utimur Senatusconsulto sed et in peculio castrensi vel alia universitate* (scil. *iuris*) - e quindi pur al patrimonio di un individuo, che peculio non sia (*patrimonium hominis sui iuris*) ed all'intero patrimonio di una società universale. Diversamente affatto sta la cosa per le *universitates hominis*, per esempio, se furono vendute merci da un magazzino oppignorato, il denaro non succede in luogo di esse. Chè in tal caso il pegno non comprende che le cose trovantisi in magazzino al tempo in cui si esperisce la pignorazione. Le *universitates facti* in questo rispetto si considerano come le singole cose».

⁶⁵ Sobre el tema, en detalle, WELLE, *In universalibus*, cit., pp. 66 ss.; vid. también DAWSON, *Unjust Enrichment*, cit., pp. 78 ss.

⁶⁶ Vid. CUIACIUS, *ad lib. LXXVIII Dig. Salv. Iul. Ad l. LVI D. de rei vind. i. f.*

⁶⁷ La solución exegética a D. 5,3,20,10 la apunta el mismo Cuyacio, al entender que el peculio castrense puede venir en consideración como una masa hereditaria fundada en la sucesión del *filius miles*, en cuyo caso puede reclamarse por una *actio de universitate*: «fateor peculium interdum accipi pro successione, ut cum filiusfamilias miles sibi heredem instituit in castrensi peculio: ex constitutionibus peculium illud habetur pro hereditate, et petitur etiam actione de universitate». (*in Tit. I De rei vind. Lib. VI Digest. ad \$ ult.*). Por el contrario, la opinión dominante entendía que D. 6,1,56 sólo hacía alusión a la acción reivindicatoria, claramente una *actio singularis in rem*, lo que indicaba a todas luces que para el peculio era precisa una *actio universalis in rem*: por tanto, quedaba en pie la interpretación de D. 5,3,20,10. Así lo expresaba BRANCHU, B., *Observ. jur. Rom.*, cap. VI, pp. 54 ss.: «Verum, estne hic aliquid singulare, ut putavit Cujacius, quoniam peculii castrensis mentionem fecit Ictus? Minime; ex eo enim, quod adjicit "vel alia universitate", satis manifestum est, hic peculii castrensis meminisse ideo, quod esset peculium, id est universitas bonorum: adjecit autem vocem "castrensi", quia eo tempore nullius alterius

máxima *pretium succedit in locum rei, res in locum pretii*, entendida en términos generales: así, en el caso de la *hereditas*, sólo aceptaba la validez del *pretium succedit in locum rei*, con matizaciones⁶⁸; sin embargo, en el caso de la dote, admite únicamente la segunda parte, *res succedit in locum pretii*⁶⁹.

En suma, sobre la base de los datos aportados por las fuentes romanas, Cuyacio negaba abiertamente que existiera ningún principio general del tipo *pretium succedit in locum rei et res in locum pretii*⁷⁰. Con todo, esta postura permaneció totalmente aislada en la dogmática y, de hecho, las máximas «bartolianas» gozaron de una aceptación generalizada en la doctrina entre los siglos XVI y XVIII.

Asentada así la cuestión, la doctrina del Derecho común no aportó mayores novedades en torno al problema de la subrogación real, con excepción quizá de la contribución del cardenal Gianbattista De Luca (1614-1683)⁷¹.

En su obra *De credito et debito*, este autor discute nuevamente los supuestos de aplicación de la subrogación real y los modos en que ésta puede aparecer, para lo cual ofrece una complicada clasificación escolástica con una serie de divisiones y subdivisiones. Así, distingue

peculii dominium et jus plenius erat penes eius possessorem; et sic exemplum aptius erat». (cit. en MÜHLENBRUCH, *Arch. civ. Prax.* 17 cit., p. 332; LUCCI, AG 73 [1904] cit., p. 316, y WELLE, *In universalibus*, cit., p. 66, nota 13).

⁶⁸ CUIACIUS, *in Tit. I de legatis II, lib. XXXI Dig., ad l. LIV*: «... Igitur pretium illud videtur esse ex hereditate, pretium succedit loco rei, ut vulgo dicitur, res fuit hereditaria, pretium etiam esse hereditarium, et iure hereditario capit, et ideo imputabitur in Falcidiam, neque deducetur quicquam ex fundo vendito interveniente Falcidia...». Íd., *in Lib. XX Pauli ad Edictum, ad l. XXII de pet. her.*: «... Et potest existimari (inquit eadem oratio) in locum rei hereditariae venditae pretium eius successisse, & quodammodo ipsum hereditarium factum, quatenus scilicet possessor ex eo factus est locupletior, potest existimari, inquit, in hac actione, scil. quae est de universitate. Idque constitutione Divi Antonini definitum est... In hac, inquam, actione, quae est de universitate, quae est de petitione hereditatis, potest existimari pretium succedere in locum rei hereditariae venditae, & quodammodo hereditarium fieri. Nec tamen idem potest existimari in actione in rem speciali...». Íd., *in Lib. I Quaest. Pauli, ad l. XVII quod metus causa*: «... Qui pretium habet, vel aliam rem, & rem principalem habere videtur,... Qua ratione subiicit Iulianus ex constitutione Divi Antonini, petitione hereditatis teneri non tantum eum, qui rem hereditariam possidet, sed & eum, qui rem hereditariam distraxit, & pretio eius utitur fruitur, quia pretium existimatur successisse in locum rei hereditariae; & quodammodo ipsum hereditarium factum esse...».

⁶⁹ CUIACIUS, *Observ. et Emend.*, lib. V, cap. 29: «...Ex tribus enim quae in eis libris referuntur, postrema verior est, ut non nisi marito non existente solvendo, res ex pecunia dotali comparata pro dotali habeatur...». Íd., *ad Africanum Tractatus II, ad l. Si eum servus D. de reb. cred.*: «... Restabat quartum, an res ex pecunia mea, sit mea: quae regulariter non est mea... ut docui 5 Obs. c. 29 explicata l. res quae, D. de iu. dos. ex qua vulgo malle colligunt, pretium succedere loco rei, quum hoc potius innuat, Rem succedere loco pecuniae. Sed utrumque tamen doctorum Catholicum plerumque falsum est, ergo pro regula adferri non debet. Regula enim iuris non est nisi frequentissime vera est. Nulla est semper vera...».

⁷⁰ CUIACIUS, *loc. cit.* en nota anterior. Cfr. DAWSON, *Unjust Enrichment*, cit., p. 168, nota 63.

⁷¹ Cfr. LUCCI, AG 7 (1904) cit., pp. 314 ss.; VALLET GOYTISOLO, J., *Pignus tabernae*, en ADC 6 (1953), pp. 783 ss., 808 ss.; MARÍN PADILLA, RCDI cit., pp. 1158 ss.

tres clases de subrogación real: de cosa a cosa (*unius rei loco alterius*), de cosa a precio (*res loco pretii*) y de precio a cosa (*pretium loco rei*).

Dentro de la subrogación de cosa a cosa, distingue tres subclases: 1) *immediata et coequalis seu contemporanea*, como en el caso de la permuta; 2) *immediata sed consecutiva vel suppletiva*, como en el caso de la sustitución de las cabezas del rebaño muertas por las recién nacidas; 3) *mediata*, en el sentido de adquisición de cosas nuevas con el precio obtenido de la venta de otras (p. ej., mercancías)⁷². Dentro de la subrogación de cosa por precio, distingue también entre mediata e inmediata, e igualmente en la subrogación de precio por cosa. Asimismo, en todos los casos, se distingue a su vez según se lleve a cabo la subrogación en una *universitas (corpore universali)* o entre cosas singulares (*rebus particularibus*)⁷³.

Esta prolija clasificación hace uso del término *subrogatio* en el sentido más amplio posible, de modo que se confunde en la práctica con la noción de sustitución de objetos, por lo que su influencia en la construcción del «principio de subrogación real» en sentido estricto fue muy limitada. En realidad, este planteamiento obedece al importante desarrollo experimentado en el empleo de la idea de subrogación real por parte de la jurisprudencia europea de los siglos XVI y XVII, especialmente en los Tribunales eclesiásticos⁷⁴.

Tras esta época de expansión, la idea de subrogación real fue cayendo en el olvido, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia europeas, si bien nunca se perdió enteramente. Así estaba la situación en los inicios del movimiento codificador que atravesó Europa durante el siglo XIX, cuyo primer hito lo constituye el *Code civil* francés de 1804. Mientras esto ocurría, la idea de subrogación real, tal como había sido concebida en el Derecho común, se preparaba para sufrir un violento acoso por parte de la ciencia pandectística alemana.

2.3 EL ATAQUE DE LA PANDECTÍSTICA DEL SIGLO XIX AL «PRINCIPIO DE SUBROGACIÓN»

Hasta los primeros años del siglo XIX, el punto de vista del Derecho común que representaba, p. ej., Glück⁷⁵, fue absolutamente dominante en la ciencia jurídica alemana. Ya en ese momento algunos autores de la

⁷² DE LUCA, G., *Theatrum veritatis et iustitiae*, lib. VIII, Disc. XXXV, núm. 25 ss.; cfr. al respecto VALLET DE GOYTISOLO, ADC 6 (1953) cit., p. 808, notas 114 y 115).

⁷³ La subrogación de precio a cosa sólo la admite en la *universitas*, no en caso contrario, salvo excepciones, vid. MARÍN PADILLA, RCDI (1975) cit., p. 1159.

⁷⁴ MARÍN PADILLA, RCDI (1975) cit., pp. 1147 ss.

⁷⁵ Cfr. *supra*, nota 64.

línea principal, como Thibaut ⁷⁶, comenzaron a poner en duda el alcance general de aquellos principios conocidos de la subrogación real, pero sin privarles absolutamente de su legitimidad fundamental. Tuvo que ser la temprana crítica de fuentes de la Escuela histórica, bajo la influencia de Savigny, la primera en volverse resueltamente contra el predominio del «principio de subrogación» expresado en los brocados tradicionales del Derecho común. Esta reacción crítica se puso de manifiesto en sendos artículos de Hasse y Mühlenbruch, de 1822 y 1834 respectivamente ⁷⁷. Ambos tenían en común el dirigir sus armas contra la noción tradicional de *universitas rerum* y su división en *universitas facti* y *universitas iuris*, la cual consideraban carente de fundamento en las fuentes romanas; por tanto, la máxima *pretium succedit in locum rei et res in locum pretii* no era objeto de sus críticas como tal, sino en la medida en que servía como elemento de distinción característico de las *universitates iuris* frente a las *universitates facti*. Sin embargo, fuera de este acuerdo inicial, existen entre ambos autores considerables diferencias al enjuiciar el valor de esta máxima.

En su artículo, Hasse sostiene que, de acuerdo con las fuentes, *universitas* tiene el único significado de un conjunto de varios elementos singulares que son contemplados como una unidad, para lo que es preciso un punto de conexión jurídica que ha de ser, necesariamente, diverso y plural, sólo válido en relaciones jurídicas concretas. Por tanto, no cabe hablar de *universitates iuris* y *facti*, sino sólo, a lo sumo, de un concepto muy general y relativo de *universitas* ⁷⁸. La máxima *pretium succedit...* no es desechada totalmente, pero pierde su validez general, ya que tiene distinto límite y significado en el caso de la *hereditas*, de la *dos* y del *peculium* ⁷⁹.

Mühlenbruch, por su parte, ya se había mostrado contrario a la máxima tradicional antes que Hasse, en una obra publicada en 1818 ⁸⁰. En 1834 renueva sus ataques, espoleado por la obra de Hasse, y va más allá que éste, al rechazar totalmente la máxima como carente de toda lógica jurídica en su generalidad ⁸¹. Retomando de algún modo los argumentos

⁷⁶ THIBAUT, A. F. J., *System des Pandektenrechts* I⁸, Jena, 1834, p. 139, matiza la validez de la máxima *pretium succedit in locum rei...*, al limitarla a los casos de restitución de la totalidad de una *universitas iuris*.

⁷⁷ HASSE, *Ueber «Universitas juris» und «rerum» und über Universal- und Singular-Succession*, en *Arch. civ. Prax* 5 (1822), pp. 1 ss.; MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, *supra*, nota 36.

⁷⁸ HASSE, *op. cit.*, pp. 6 y 60.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 7; sobre el significado de la regla en el peculio, vid. pp. 12 ss., y en la dote, p. 17.

⁸⁰ MÜHLENBRUCH, *Observationum iuris Romani specimen primum*, Regiomonti, 1818 (cit. en HASSE, *op. cit.*, p. 2, nota 1).

⁸¹ MÜHLENBRUCH, *Archiv. civ. Prax*. 17 (1834) cit., p. 323: «... die gewöhnliche Eintheilung der *universitates* in *iuris* und *facti* (auch wohl vorzugsweise *rerum universitates* genannt) muss, mitsammt der Regel in *universalibus res succedit in loc. pretii et pretium in locum rei*, ganz aufgegeben werden, ehe es möglich ist, Klarheit und Wahrheit in die Sache zu bringen».

de Cuyacio (al que cita expresamente), censura la utilización de D. 5, 3, 20, 10 para extender las reglas de la *hereditatis petitio* (y, por tanto, la regla *pretium succedit in locum rei...*) al peculio y a las demás *universitates iuris*⁸². Incluso llega a reprobar la utilización de este principio en la propia acción de petición de herencia, puesto que el heredero se encuentra legitimado, pero no obligado, a reclamar el precio de la cosa hereditaria enajenada, o, al revés, las cosas adquiridas con dinero perteneciente a la herencia; sólo en especiales circunstancias estaría obligado el heredero a conformarse con los subrogados de los objetos originarios de la herencia⁸³. Así pues, la máxima solamente resulta aceptable en relaciones tan singulares y bajo tales limitaciones, que no merece ser llamada regla, de manera que únicamente cabría ya determinar las circunstancias particulares en que quizá pudiera admitirse⁸⁴.

Los ataques de estos dos autores a la conocida máxima fueron tan efectivos que, a partir de entonces, ya nadie en la doctrina alemana siguió admitiendo su empleo como criterio general de distinción entre *universitates facti* y *universitates iuris*. Sin embargo, no consiguieron eliminar del todo su presencia en la ciencia jurídica del siglo XIX, y al respecto la doctrina pandectística aparece dividida en dos grandes grupos⁸⁵.

Un primer grupo coincidía con Mühlenbruch en que la máxima debía ser abandonada como regla general aplicable a todas las *universitates iuris*, pero no la consideraba, sin más, como falsa, sino que le confería validez con importantes limitaciones. En este primer grupo se incluyen, entre otras, las siguientes posturas:

Wächter se adhiere inicialmente a las tesis de Mühlenbruch y califica al principio *pretium succedit...* como decididamente falso, pero admite la existencia de «subrogaciones» particulares (*Surrogierungen*) en las universalidades de cosas (tanto *univ. iuris* como *facti*), bien por convención de las partes, o por disponerlo una prescripción legal especial⁸⁶. Más tarde matiza su posición y admite la validez, en forma limitada, del principio *pretium succedit...* en el caso de sucesiones universales, en referen-

⁸² MÜCHLENBRUCH, *op. ult. cit.*, pp. 329 ss. y 341 ss.

⁸³ *Ibíd.*, pp. 335 ss.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 338: «... die Regel dürfe nicht allgemein verstanden oder angewandt werden. Denn dadurch wird nur bezeugt, dass sie eben als Regel falsch und unbrauchbar sey; was davon gelten kann, muss daher stets in der speziellen Beziehung, worin es Gültigkeit hat, ausgedrückt werden».

⁸⁵ Sobre los argumentos de la Pandectística en contra del «principio de subrogación», vid., detalladamente, WELLE, *In universalibus*, cit., pp. 72 ss.; asimismo, SCHERER, A., *Erklärung des Satzes «Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei»*, Göttingen, 1890, pp. 11 ss.

⁸⁶ WÄCHTER, C. G., *Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrecht* 1, Stuttgart, 1845, pp. 4 ss. Sus argumentos los reproduce sustancialmente HEIMBACH (sen.), v. *Sache*, en *Rechtlexicon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesamte Rechtswissenschaft* (ed. J. Weiske), IX, Leipzig, 1855, pp. 462 ss. (esp. pp. 483 ss.).

cia a la acción hereditaria y a los peculios, pero no, en general, cuando un patrimonio se encuentra en manos de un tercero ⁸⁷.

Seuffert acepta la regla de que aquel a quien debe serle restituida la herencia puede reclamar todo lo que, no perteneciéndole originariamente, fue adquirido con medios de la misma, o se adquirió sólo en su interés, o se cobró por la salida de cosas o derechos de la misma. Admite también la regla *pretium succedit...* en el caso del peculio castrense. Rechaza, por el contrario, en términos generales, la frase *subrogatum sapit naturam subrogati* ⁸⁸.

Keller reconoce la existencia de *universitates iuris*, pero desaprueba la multiplicación y generalización abusiva de sus diferencias con las *universitates facti*, entre ellas las reglas *pretium succedit...* y *subrogatum sapit naturam subrogati*, que sólo son válidas para algunas de ellas, y en sentido limitado ⁸⁹.

Vangerow niega toda validez a la división tradicional entre *universitates facti* y *iuris*. Sólo reconoce la regla *pretium succedit...* en el sentido restringido de que el heredero puede reclamar del poseedor hereditario el precio obtenido por una *res hereditaria* vendida, pero no está obligado a ello. Su extensión a otras universalidades es incorrecta, ya que propiamente el término «universitas iuris» sólo puede designar a la herencia ⁹⁰.

Arndts, en su manual ⁹¹, no se opone directamente a la máxima como regla para las *universitates iuris*, pero tiende a una postura negativa, remitiéndose expresamente a la opinión de Hasse. Sin embargo, en sus «Escritos civilísticos» ⁹², otorga validez a la máxima en el ámbito de la *hereditatis petitio*, si bien con limitaciones, y da ejemplos de aplicación de ambos miembros del brocardo.

Dernburg no está conforme con la idea de eliminar el concepto de *universitas iuris*, que él identifica con el de patrimonio especial (*Sondervermögen*). Sin embargo, reconoce que no hay principios jurídicos comunes para todas las *univ. iuris*, por tanto tampoco la regla *pretium succedit...* Pero sí cabe en el caso de la acción de petición de herencia, aunque limitada a su primera mitad, *pretium succedit in locum rei* ⁹³.

Por último, Windscheid considera la máxima *res succedit in locum pretii, pretium in locum rei* una peculiaridad erróneamente atribuida a las *universitates iuris*, cuya contraposición a las *univ. facti* también está

⁸⁷ WÄCHTER, C.G., *Pandekten* (ed. W. Von Wächter) I, Leipzig, 1880, pp. 262 ss.

⁸⁸ SEUFFERT, J.A., *Praktisches Pandektenrecht* I³, Würzburg, 1852, pp. 82 ss.

⁸⁹ KELLER, F.L., *Pandekten*, Leipzig, 1861, pp. 84 ss.

⁹⁰ VANGEROW, K.A., *Lehrbuch der Pandekten* I (cit. *supra*, nota 36), pp. 107 ss.

⁹¹ ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette* (trad. italiana y notas de F. Serafini) I-14, Bologna, 1882, pp. 155 ss.

⁹² ARNDTS, L., *Gesammelte Civilistische Schriften*, II, Stuttgart, 1873, pp. 294 y 357.

⁹³ DERNBURG, H., *Pandekten* I⁷, Berlín, 1902, pp. 158 ss. y notas 8-10, y III⁷, Berlín, 1903, p. 342.

equivocada ⁹⁴. No obstante, admite su aplicación en la acción hereditaria, aun sin citarla expresamente ⁹⁵.

Frente a los anteriores, el segundo grupo de autores, siguiendo más de cerca la línea de pensamiento expuesta por Mühlenbruch, desechaba totalmente la utilidad de la máxima *pretium succedit in locum rei*, *res in locum pretii* como regla jurídica. Dentro de este grupo pueden contarse las siguientes opiniones:

Savigny, después de haber indicado que la expresión *universitas iuris* es ajena a los juristas romanos, indica que «lo que importa ante todo condenar es que se parta, como hacen algunos, de esta expresión técnica para atribuir a los diferentes casos una naturaleza común y someterlos a reglas arbitrarias, cuando, por el contrario, cada uno de ellos tiene caracteres especiales a los cuales responden reglas especiales también, todo lo cual es preciso determinar con gran cuidado», punto en que se remite explícitamente al artículo de Hasse ⁹⁶.

Puchta se pronuncia con mucha más decisión contra la máxima tradicional. La califica, sin más, como falsa y sacada fuera de contexto, al generalizar como regla sólo unos casos de privilegio que permite a ciertas personas (pupilos, soldados, mujeres casadas sobre su *pecunia dotalis*) reclamar las cosas adquiridas con su dinero; en el caso de la *hereditas*, se trataría solamente de una consecuencia de la extensión de la *hereditatis petitio* al *lucrum* del poseedor de la herencia, no una regla de derecho ⁹⁷.

Sintenis, finalmente, también es de esta opinión, por cuanto entiende, como Mühlenbruch, que la regla *res succedit in locum pretii*... no es sólo falsa en general, sino incluso en relación con la *hereditas*, pues el heredero está legitimado para reclamar el precio por las cosas hereditarias, e igualmente las cosas compradas con dinero de la herencia, pero no está en modo alguno obligado a ello contra su voluntad ⁹⁸.

En definitiva, estos autores llegan a la conclusión de que la referida máxima, tal como se había conocido desde la época medieval, debía ser desterrada de la ciencia jurídica de su tiempo.

⁹⁴ WINDSCHEID, B.- KIPP, T., *Lehrbuch des Pandektenrechts* I⁹, Frankfurt am Main, 1906, pp. 181 ss.

⁹⁵ WINDSCHEID, B.- KIPP, T., *Lehrbuch des Pandektenrechts* III⁹, Frankfurt am Main, 1906, p. 532: «Ferner gehört zur Erbschaft, was für die Erbschaft angeschafft worden ist und was an die Stelle von Erbschaftssachen getreten ist, z.B. (nota 4) Kaufpreise, Zahlungen von Schuldem, Abfindungen im Prozesse, Ansprüche aus Verlust oder Beschädigung von Erbschaftssachen».

⁹⁶ SAVIGNY, F. C. VON, *Sistema de Derecho romano actual* (trad. española de J. Mesía y M. Poley) I⁹, Madrid, s.f., p. 285 y nota 3.

⁹⁷ PUCHTA, G. F., *Pandekten*³ Leipzig, 1843, p. 212 (parágrafo 149 nota n); íd., *Cursus der Institutionen* II⁸, Leipzig, 1875, p. 130; con mucho más detalle, en íd., *Von dem Grundsatz: «res transit in locum pretii, pretium in locum rei»*, en *Vorlesungen über das heutige römische Recht* I⁵, Beilage XVI, Leipzig, 1862, pp. 416 ss.

⁹⁸ SENTENIS, C.F.F., *Das practische gemeine Civilrecht* I (cit. *supra*, nota 36), pp. 439 ss., nota 60; en el mismo sentido, SCHERER, *Erklärung*, cit., pp. 28 ss. El argumento, como se ve, no es nuevo.

Con todo, excluyendo la postura radical de este segundo grupo, la opinión mayoritaria de la Pandectística alemana sobre el problema es que la máxima *pretium succedit in locum rei, res in locum pretii* ha desaparecido como principio general propio de las *universitates iuris*, y sólo con considerables limitaciones puede considerarse verdadera, aunque de ningún modo se haya conseguido alcanzar la unanimidad en torno a la exacta fijación de esos límites⁹⁹. Esta disparidad de criterios tuvo su reflejo en los trabajos preparatorios del BGB, y en el propio contenido del Código, según se verá más adelante.

2.4 LA SUBROGACIÓN REAL EN LA DOCTRINA POSTERIOR A LA CODIFICACIÓN: A) LA DOCTRINA FRANCESA; B) LA DOCTRINA ALEMANA

Sobre la base de la doctrina de los antiguos tratadistas del Derecho común, pero sobre todo a partir de las diversas aplicaciones que de la subrogación real hicieron las leyes y regulaciones consuetudinarias de los distintos territorios europeos, especialmente en materia de régimen económico matrimonial y de Derecho hereditario, los nuevos códigos civiles dieron entrada a un buen número de prescripciones en que cabría hablar de subrogación real¹⁰⁰, si bien dicho término no figura como tal en ninguno de ellos. Sin embargo, las múltiples posibilidades de aplicación de la idea de subrogación real en función de las disposiciones legales existentes hicieron surgir relativamente pronto la cuestión de si no habrían de interpretarse los casos singulares reconocidos en el Derecho positivo como derivación de principios jurídicos de validez general. La elucidación de una teoría propia de la subrogación real, empero, no será obra del legislador, sino producto de la dogmática moderna, particularmente de la doctrina jurídica francesa; ésta será la que primeramente, y con mayor insistencia, profundizará en el concepto, naturaleza y dominio de aplicación de la idea de subrogación real en el Derecho moderno, y el resto de la doctrina europea será tributaria de sus avances¹⁰¹; solamente la doctrina alemana ha llevado a cabo un cierto desarrollo autónomo al respecto, debido al tratamiento más detallado que da el BGB de los diversos casos de subrogación real, así como a las propias peculiaridades de la

⁹⁹ WINDMÜLLER, E., *Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes: «pretium succedit in locum rei, res in locum pretii» nach gemeinem Recht und BGB*, Leipzig, 1902, p. 6.

¹⁰⁰ MARÍN PADILLA, RCDI (1975) cit., pp. 1161 ss.

¹⁰¹ En relación con las aportaciones de la doctrina italiana, vid., por todos, MOSCARINI, L.V., v. *Surrogazione reale*, en NNDI XVIII, Torino, 1971, pp. 969 ss., y MAGAZZÙ, A., v. *Surrogazione: I. Surrogazione reale*, en ED XLIII, Varese, 1990, pp. 1497 ss. Por lo que se refiere a la doctrina española, vid. *infra*, nota 155.

evolución del Derecho alemán¹⁰². Por todo ello, nuestro estudio se centrará en las principales aportaciones de estas dos líneas doctrinales en torno al problema del «principio de subrogación».

2.4.1 La doctrina francesa¹⁰³

1. Teoría clásica

El Derecho histórico francés hizo uso de ciertos principios, vinculados con las máximas del Derecho común, que se reclamaban de validez general en relación con la idea de subrogación real, sobre todo en áreas concretas del Derecho de familia y del Derecho de sucesiones¹⁰⁴. En la explicación de estos fenómenos, los autores clásicos franceses del siglo XVIII comenzaron a hablar de una «subrogation réelle» o «subrogation de chose», por oposición a la más conocida figura de la «subrogation personnelle»¹⁰⁵.

El *Code civil* de 1804 no formuló ningún concepto preciso de la subrogación real, y únicamente en una ocasión empleaba el término «subrogado» (*subrogé*) en sentido «real»¹⁰⁶. A pesar de ello, el fenómeno subrogatorio como tal se deslizó en diversas ocasiones a lo largo de su articulado¹⁰⁷, y durante el siglo XIX fueron introduciéndose nuevos casos de subrogación real.

La doctrina científica francesa posterior a la codificación, dominada por la Escuela de la Exégesis, permaneció hostil a las teorías e ideas gene-

¹⁰² No obstante, en Francia (y los demás Derechos romanísticos) se le reconoce a la subrogación real un papel más amplio que en Alemania, ya que, por un lado, el *Code* no regula específicamente en la misma medida que el BGB los casos singulares de subrogación, y, por otro, la subrogación subyace en el *Code* y se apoya en principios generales del Derecho francés anterior, que, como tales, no han encontrado acogida en la ley. Eso explica el mayor desarrollo de una teoría general de la subrogación real en la literatura francesa que en la alemana, aun cuando los autores franceses siempre han visto la subrogación real con precaución y han reclamado su aplicación limitadamente. Cfr. FERID, M., *Das französische Zivilrecht* II, Frankfurt am Main/Berlín, 1971, p. 901.

¹⁰³ Panorámica general en LAURIOL, M., *La subrogation réelle* I, París, 1954, pp. 8 ss.; MARÍN PADILLA, RCDI (1975) cit., pp. 1164 ss.; WELLE, *In universalibus*, cit., pp. 81 ss.

¹⁰⁴ ENGLÉS, V. *Surrogation*, cit., p. 481. Sobre los principales ámbitos de aplicación de estos principios en el *Ancien Droit* francés, vid. RANOUIL, V., *La subrogation réelle en droit civil français*, París, 1985, p. 19.

¹⁰⁵ RENUSSON, *Traité de la subrogation*, N. 1,3,4; íd., *Traité des propres*, chap. I, Sect. X; LEBRUN, *Traité des successions*, Livre II, chap. I, N. 64 y 65; POTHIER, *Traité des propres*, N. 77; íd., *Traité de la communauté*, N. 197.; MERLIN, v. *Subrogation de chose*, en *Repertoire universelle et raisonné de jurisprudence* de Guyot, 5ª ed., t. XVI (cit. todos ellos en LAURIOL, *La subrogation réelle* I, cit., pp. 8 ss.; vid. íbid. las opiniones de estos autores sobre el tema).

¹⁰⁶ Antiguo artículo 1407 del CC: «L'immuable acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immuable appartenant à l'un des deux époux, n'entre point en communauté, et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné; sauf la recompense s'il y a soulte».

¹⁰⁷ Además del artículo 1407 (cit. en nota anterior), según los autores, también los artículos 1434 y 1435 (reemplazo de dinero privativo), 1559 (permuta de inmueblesdotal), 1553 (empleo de dinero dotal), 746 y 747 (derecho legal de reversión a ascendientes), 1065-1069 (empleo de dinero de una sustitución) y 130 (retorno del ausente), principalmente.

rales hasta finales del siglo XIX ¹⁰⁸. Sólo en torno a 1870 aparecerá el primer estudio general sobre la subrogación real, un artículo de J. Flach titulado *De la subrogation réelle* ¹⁰⁹, seguido en 1873 por el *Cours* de Aubry y Rau ¹¹⁰. Estos autores enlazan directamente con los grandes tratadistas del *Ancien Droit* francés y formulan lo que se ha dado en llamar la «teoría clásica» de la subrogación real. Para estos autores, la subrogación real se basa en la idea de ficción jurídica y es una consecuencia de su noción de patrimonio ¹¹¹.

Flach define la subrogación real como «une fiction juridique en vertu de laquelle une chose, nouvellement entrée dans le patrimoine d'une personne, réprésent, à certains égards, celle qui, en place, en est sortie, la chose nouvelle revêtant une ou plusieurs des qualités de la ancienne» ¹¹². Bajo esta definición late el viejo brocardo del Derecho común *subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatur*. La cualidad jurídica que se transmite de la cosa antigua a la nueva es la condición de *res universitatis* que tenía aquélla cuando pertenecía a una *universitas*, ya fuera *facti* o *iuris*, incluido el mismo patrimonio general de un sujeto (*in universalibus res succedit in locum pretii...*). Toda *universitas* debe estar constituida por la ley, y la transmisión de la cualidad de *res universitatis* se produce *ipso iure* (*subrogation générale*). Para que se transmita otra cualidad distinta es necesaria una disposición expresa de la ley (*subrogation spéciale*) ¹¹³. La subrogación real aparece, por tanto, como un procedimiento ficticio en la medida en que postula una identidad jurídica contraria a la realidad, efecto que sólo puede producir la voluntad de la ley, no la de los sujetos individuales.

Esta idea de ficción no es idéntica a la que se encuentra en la obra de Aubry y Rau. Para estos profesores, la subrogación real se integra en su teoría del patrimonio, el cual se concibe como el conjunto de bienes

¹⁰⁸ RANOUIL, *La subrogation réelle* cit., p. 23.

¹⁰⁹ RH 14 (1868), pp. 448 ss. y 551 ss., y RH 15 (1869), pp. 369 ss. y 497 ss.

¹¹⁰ AUBRY, C. - RAU, C., *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae VI^a*, París, 1873, pp. 235 ss.

¹¹¹ La preponderancia de la idea de ficción en los autores clásicos se explica aquí fácilmente teniendo en cuenta las peculiaridades del Derecho francés de costumbres en materia de «propes» en la comunidad conyugal de bienes: según sus reglas, los inmuebles adquiridos, constante la comunidad, con medios propios de uno de los cónyuges y para sustituir a otros propios, se hacen propios, es decir, adquieren la cualidad de *prope de communauté*. Por ello, se entendía que las cualidades extrínsecas (o intrínsecas, según autores) de los bienes sustituidos pasaban a sus subrogados, lo cual se entiende contrario a la naturaleza de las cosas, por lo que este efecto sólo podía producirse en virtud de una ficción jurídica establecida por la ley. Esta idea se perpetúa entre los tratadistas franceses hasta el siglo XX. Vid. sobre ello RAMS ALBESA, J. J., *La subrogación real en la sociedad de gananciales*, en RDN 125-126 (1984), pp. 297 ss. (= *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1992, pp. 164 ss.). Más detalles *infra*, 3.2.2.

¹¹² FLACH, RH 14 (1868) cit., p. 452; vid. referencias de la misma idea en el Derecho clásico francés *ibid.*, nota 2. En el mismo sentido, PAULMIER, E., *De la subrogation réelle en droit romain et en droit français*, Orléans, 1882, pp. III ss.

¹¹³ FLACH, *op. ult. cit.*, pp. 453 ss.

de una persona considerados como formando una universalidad de derecho¹¹⁴. En este conjunto de elementos que componen el patrimonio, todos los bienes pueden reconducirse a la idea común de un valor pecuniario, por lo que revisten el carácter de cosas intercambiables entre sí. Esta fungibilidad de los elementos patrimoniales fundamenta la idea de subrogación real, puesto que, en caso de enajenación de un bien y adquisición de otro, el objeto que sale del patrimonio es reemplazado por el que se adquiere, en cuanto que elementos integrantes de la universalidad de derecho. La subrogación real es, por tanto, en el sentido más general, «une fiction par suite de laquelle un objet vient á remplacer un autre, pour devenir la propriété de la personne á laquelle appartenait ce dernier, et pour revêtir sa nature juridique»¹¹⁵. En este caso, la ficción no se considera contraria a la naturaleza de las cosas, sino un simple artificio técnico que encuentra su marco natural en la estructura del patrimonio como una totalidad indivisible perteneciente a una persona¹¹⁶.

Puesto que las universalidades de derecho, en cuyo seno se produce la subrogación, son reclamadas para su entrega o restitución por medio de un *iudicium universale*, tiene plena vigencia la regla *in iudiciis universalibus pretium succedit loco rei, et res loco pretii*. Además, como el subrogado ocupa el lugar del bien al que sustituye, reviste su naturaleza jurídica como elemento de la universalidad, por lo que también es válido el principio *subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatum est*. Por el contrario, si la acción de entrega o restitución se dirige a una o más cosas particulares, tomadas en sí mismas, la subrogación no tiene lugar (*in iudiciis singularibus, pretium non succedit loco rei, nec res loco pretii*): sólo caben excepciones a este principio en virtud de disposición legal o de una convención privada¹¹⁷.

A la vista de lo expuesto, es evidente que la concepción de estos autores supone una actualización de la antigua teoría de la subrogación propia del Derecho común, con la importante salvedad de que, a diferencia de entonces, el modelo de *universitas iuris* ya no es la herencia, sino el patrimonio general de los sujetos. La crítica de la Pandectística alemana a la fundamentación histórica de la distinción entre *universitas facti* y *universitas iuris* pasa desapercibida para Aubry y Rau, pese a recibir la

¹¹⁴ AUBRY-RAU, *Cours VI* (1873) cit., pp. 229 ss. Sobre su teoría del patrimonio, conocida como *teoría personalista*, vid., con detalle, DE LOS MOZOS, J.L., *Aproximación a una teoría general del patrimonio*, en RDP 85 (1991), pp. 590 ss.

¹¹⁵ AUBRY-RAU, *Cours VI* (1873) cit., p. 235.

¹¹⁶ Si bien el patrimonio de una persona se concibe como uno e indivisible, se admite que se distingan en su seno ciertas universalidades jurídicas, tales como la herencia aceptada a beneficio de inventario, el patrimonio del ausente, los bienes objeto de un fideicomiso universal, etc., las cuales no rompen el principio básico de la unidad del patrimonio propiedad de una persona. Cfr. AUBRY-RAU, *Cours VI* (1873) cit., p. 234.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 236 ss.

adhesión de Flach ¹¹⁸. Por otra parte, la teoría clásica, anclada en un tipo de argumentación más descriptivo que explicativo, confunde la noción de fungibilidad de los elementos patrimoniales con la idea de subrogación real: la fungibilidad hace posible la subrogación, pero no la fundamenta. Son los fines que busca la subrogación los que la hacen deseable, no su ejecución técnica. Esto no pasará inadvertido a la crítica de la literatura posterior, al igual que la desarticulación de la categoría de la *universitas iuris* emprendida por la investigación histórica. Pero será fundamentalmente la reacción de la doctrina contra la noción personalista del patrimonio lo que hará surgir una nueva teoría general de la subrogación real, la llamada «teoría moderna».

2. Teoría moderna

La elaboración de esta nueva doctrina fue obra principalmente de una serie de autores en los últimos años del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX ¹¹⁹. Su planteamiento común estriba en el rechazo de la idea de ficción jurídica para explicar la naturaleza de la subrogación real y el intento de conceder a la subrogación un campo de aplicación más amplio, desvinculándola de la noción de universalidad patrimonial, a la cual se priva de toda significación especial. El punto central de la teoría se traslada a la idea de afectación: la subrogación real tendrá como finalidad garantizar la permanencia de un activo afectado al cumplimiento de determinados fines y a la satisfacción de ciertas cargas, a pesar del cambio en los bienes concretos que sirven a esos fines. Los bienes, a estos efectos, se verán más como portadores de un valor que en su individualidad material ¹²⁰.

El primer autor que se propuso dar un nuevo fundamento a la teoría de la subrogación fue Salilles, el cual, en gran medida, permanece vinculado a la doctrina precedente, por cuanto todavía adjudica un gran papel a la noción de *universalité* y conserva, limitadamente, la idea de ficción. Pero su verdadera aportación se halla en el vínculo que establece entre

¹¹⁸ FLACH, RH 14 (1868) cit., pp. 236 ss. Vid. también, con argumentos algo más amplios, PAULMIER, *De la subrogation réelle*, cit., pp. 4 ss.

¹¹⁹ SALEILLES, nota a S. 1894.2.18 y nota a S. 1903.1.321; PLANIOL, M., nota a D. 1902.1.33; ID. *Traité élémentaire de droit civil* III, núm. 922, nota 1; HENRY, A., *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, Nancy, 1913 (todos ellos citados en LAURIOL, *La subrogation réelle* I, cit., pp. 22 ss., notas 77, 79 y 80); y también DEMOGUE, R., *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, en *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 30 (1901), pp. 236 ss., 295 ss., 346 ss. Siguen esta doctrina, además, PICARD, M., en PLANIOL, M. -RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français* III, París, 1926, pp. 30 ss.; JOSSERAND, L., *Cours de droit civil positif français* III², París, 1933, p. 40; CERBAN, A., *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, en *Revue trimestrelle de droit civil*, 38 (1939), pp. 47 ss.; y ESMEIN, P., en AUBRY-RAU, *Droit civil français* IX⁶, París, 1953, pp. 313 ss., entre otros.

¹²⁰ MARTY, G. - RAYNAUD, P., *Droit civil* I², París, 1972, pp. 472 ss.; MARÍN PADILLA, RCDI (1975) cit., p. 1174.

subrogación real y afectación de un patrimonio: siempre que el legislador autoriza la atribución de un patrimonio a una determinada finalidad (v. gr. el patrimonio de una fundación), está admitiendo implícitamente el juego de la subrogación real, que se representa como la realización de la voluntad negocial ¹²¹. Fuera de estas áreas, la subrogación real se considera ficticia, y sólo puede actuar por disposición legal ¹²².

La ruptura definitiva con la teoría clásica se produjo efectivamente con Demogue y Planiol. Para Demogue, la subrogación real nunca es una ficción, ya que no atribuye al nuevo bien ninguna «cualidad» que éste no pueda asumir naturalmente: tan sólo lo somete a la misma afectación que gravaba al bien sustituido, ya por decisión del legislador, ya por voluntad de las partes; de este modo, la subrogación se limita a expresar la voluntad implícita del legislador o los particulares. Por lo demás, rechaza el principio de que la subrogación sólo pueda actuar de pleno derecho en las universalidades: lo cierto es que la noción de universalidad jurídica es muy difusa y puede limitarse al lazo de unión de las diversas partes de un todo. Por otra parte, la subrogación real tiene lugar tradicionalmente en complejos de bienes que no se califican de universalidad (p. ej., la dote) y, a su vez, no se produce propiamente en la universalidad jurídica por excelencia, el patrimonio general de la persona, puesto que el derecho de garantía general de los acreedores (art. 2092 del CC francés) se extiende sobre todos los bienes del deudor, con independencia de que entren en su patrimonio en sustitución de otros o no. Consecuentemente, rechaza ásperamente la vigencia de las antiguas máximas «bartolianas». En realidad, la subrogación real puede actuar en igual medida en los conjuntos patrimoniales y en los bienes singulares, siempre que se trate de «valores de afectación» (*valeurs d'affectation*) ¹²³.

Esta tendencia a favorecer la subrogación real en caso de bienes y derechos singulares se ve acentuada en los supuestos de obligación de restitución. Demogue propone una fórmula general para que el titular de una cosa, perdida por haber sido enajenada sin su consentimiento por un no propietario, obtenga un derecho análogo sobre la contraprestación conseguida por éste ¹²⁴. De esta forma, la subrogación real sirve, a su vez, para evitar un enriquecimiento injustificado.

Planiol ¹²⁵, por su parte, rechaza igualmente la concepción clásica y los adagios tradicionales, por carecer de fundamento racional y restringir

¹²¹ Aquí se ha visto la influencia de la teoría de Brinz sobre el patrimonio afecto a un fin o «patrimonio de destino» (*Zweckvermögen*); vid. sobre ello DE LOS MOZOS, RDP 85 (1991), cit., pp. 592 ss.

¹²² WELLE, *In universalibus* cit., pp. 84 ss.

¹²³ DEMOGUE, *Revue crit. lég. et jurispr.* 30 (1901) cit., pp. 248 ss. y 362 ss.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 302: «Lorsque, dans un intérêt de crédit, la loi admet qu'un droit soit perdu pour son titulaire sans le consentement de ce dernier, celui-ci exerce alors un droit analogue sur les biens que l'aliénateur a acquis en échange ou en remploi du prix».

¹²⁵ Las ideas de Planiol se encuentran rigurosamente expuestas por Picard en PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique*, cit., pp. 30 ss., al que seguimos en este punto.

arbitrariamente el papel de la subrogación. Según este autor, la subrogación real debe ser admitida siempre que se trate de conservar en su destinación el valor de un bien sometido a una afectación especial y siempre que se busque asegurar la restitución de una masa de bienes. En estos supuestos, la subrogación actúa de pleno derecho y, fuera de ellos, sólo la ley o la voluntad de los interesados pueden darle efecto.

En el primer caso (v. gr. bienes dotales, herencia aceptada a beneficio de inventario, bienes gravados con una sustitución, etc.), el fundamento de la subrogación está en la idea de afectación: se trata de evitar la confusión entre estos bienes, sometidos a una afectación especial, y el resto del patrimonio del que forman parte. Es indiferente aquí que los bienes constituyan una universalidad o se trate de bienes aislados, así como la existencia o no de un texto legal que reconozca la subrogación.

En el segundo caso (v. gr. petición de herencia, sucesiones anómalas, posesión de bienes del causante), el fundamento de la subrogación está en el origen de los bienes, y la voluntad de las partes resulta indiferente: su finalidad es impedir la confusión entre dos patrimonios que se encuentran momentáneamente reunidos en manos de una sola persona. Pero aquí la subrogación solamente actúa de pleno derecho si se trata de una universalidad de bienes, no en caso de bienes singulares, pues en tal circunstancia sólo la ley puede imponer la subrogación por razones de equidad. Por tanto, la postura de Planiol se separa en este punto de la idea de Demogue.

Tales son los hitos más relevantes de la llamada «teoría moderna». Su mérito principal consistió en el intento de racionalizar la exigencia de un «principio de subrogación real». Su planteamiento del concepto de valor abstracto como materia única de la subrogación, en la medida en que la meta de la figura se ve en la conservación del valor de uno o varios bienes afectados a un fin, supuso una ruptura definitiva con los esquematismos de los principios tradicionales, pero, al mismo tiempo, pasó por alto el hecho de que el fenómeno subrogatorio se produce efectivamente por la sustitución de unos objetos concretos por otros, cuyo valor no es necesariamente equiparable. Su gran aportación ha sido haber abierto el camino al reconocimiento de la subrogación en los llamados «patrimonios especiales» o «separados», así como en los derechos singulares.

3. *Teorías recientes*

Con base en la teoría moderna, han aparecido en Francia a lo largo del siglo XX una serie de nuevos estudios sobre la subrogación real, a cargo de diversos juristas que no pueden encuadrarse en una única escuela o dirección. Como denominación común se ha adoptado la neutral de «teoría contemporánea», «realista» o, sin más, «reciente», sin que esto suponga que

todos ellos sigan una línea uniforme o defiendan unos principios similares. Más bien inciden, en mayor o menor medida, en los principios sentados por la teoría moderna (por lo que, en numerosas ocasiones, se les cuenta entre sus filas), criticando sus insuficiencias en uno u otro punto, pero en ellos se encuentra una mayor independencia de criterio y una tendencia al predominio de la subrogación especial sobre la subrogación general tradicional.

Las más destacadas de entre estas teorías recientes son las de Capitant, Bonnecase, Lauriol y, últimamente, Ranouil.

I. En su ensayo, H. Capitant ¹²⁶ considera insuficientes los resultados tanto de la doctrina clásica ¹²⁷ como de la teoría moderna, por lo que emprende un nuevo examen de los casos de aplicación de la figura, renunciando no obstante a toda definición dogmática. A partir de los supuestos ofrecidos por la ley, y generalizando las razones de su aplicación, el autor obtiene dos series de situaciones en que cabe hablar de una subrogación real, según el fundamento que recibe:

1. En unos casos, la subrogación realiza una función *técnica*: su papel consiste, bien en asegurar la conservación de una masa particular de bienes, permitiendo la libre circulación de sus componentes (v. gr. regímenes patrimoniales, régimen dotal), bien en impedir la confusión de dos patrimonios que se encuentran momentáneamente en manos de una misma persona (v. gr. herencia en posesión de un heredero aparente). En estos supuestos, la subrogación tiene lugar tanto de precio a cosa (*premier degré*), como de cosa a precio (*second degré*).

2. En otros casos, la subrogación tiene por fundamento la *equidad*: se produce de pleno derecho en favor de cualquier persona que tiene un derecho sobre una cosa, el cual desaparece por la enajenación de la misma (siempre que esta persona no tenga un derecho de persecución sobre la cosa, p. ej., en caso de venta de un no propietario a un tercero de buena fe). Aquí la subrogación sólo tiene lugar en primer grado (*pretium succedit loco rei*) y únicamente por efecto de una venta (no, p. ej., por permuta o destrucción de la cosa) ¹²⁸.

¹²⁶ CAPITANT, H., *Essai sur la subrogation réelle*, en *Revue Trimestrelle de Droit Civil* (1919), pp. 385 ss.

¹²⁷ CAPITANT (ibíd., pp. 391 ss.) critica agudamente los viejos brocardos «bartolistas», por no ajustarse a la realidad: *in iudiciis universalibus* (por excelencia, en el patrimonio general), la subrogación no tiene razón de ser, porque «à quoi bon dire qu'une chose est subrogée à tel bien plutôt qu'à tel autre, puisque tous sont fongibles entre eux?» (p. 392); *in iudiciis singularibus pretium non succedit...* es falso, porque, en realidad, en toda compraventa *pretium succedit loco rei*; por último, *subrogatum sapit naturam subrogati* tampoco responde a los hechos, puesto que la subrogación no traspone ninguna *qualité* de un bien a otro (p. 393). Con todo, estas críticas deben entenderse en el contexto de su rechazo a las doctrinas recibidas de los autores del siglo XIX, pero son fruto de una mala comprensión de los principios de los tratadistas del Derecho común, cfr. *supra*, 2.2.1.

¹²⁸ Merece la pena señalar que la fundamentación de la doctrina de Capitant guarda sorprendentes analogías con la concepción anglo-americana del «constructive trust», cfr. WENGLER, v. *Surrogation*, cit., p. 482.

La investigación de *Capitant* tiene el mérito de haber puesto de relieve el papel técnico de la subrogación real. Por otra parte, su método empírico y casuístico ha ayudado a liberarla de dogmatismos estériles. Pero precisamente ese método constituye una causa de su insuficiencia, puesto que se limita a describir el juego de la subrogación sin explicarlo y, lo que es aún más grave, cae en un ilogismo jurídico, ya que contrapone, como fundamento de la figura, la técnica y la equidad, cuando lo cierto es que estas nociones no se oponen, sino que se complementan indefectiblemente en el mundo del Derecho, puesto que la técnica jurídica no puede sino estar al servicio de los valores de justicia ¹²⁹.

II. J. Bonnecase ¹³⁰ es el crítico más acerbo de las doctrinas clásica y moderna, así como de la teoría de *Capitant*. Tras descartar como infundadas las clasificaciones dicotómicas de la subrogación real comunes hasta ese momento (subrogación real general / particular, legal / convencional, en bienes sometidos a afectación especial / en masas de bienes sujetas a restitución, en primer grado / en segundo grado, en cualidades intrínsecas / en cualidades extrínsecas de las cosas, etc.) y los principios tradicionales heredados del Derecho común, plantea su propia concepción de la subrogación real, que liga directamente con su teoría del acreedor quirografario como habientecausa a título particular ¹³¹. Para este autor, la subrogación es siempre especial, esto es, se produce siempre entre bienes concretos e individualizados, puesto que la llamada subrogación real «general» no es otra cosa, según este autor, que un término que se identifica con la noción misma de patrimonio. Asimismo es siempre legal, en el sentido de que la idea de subrogación está consagrada por la ley, aunque unas veces se aplique de pleno derecho y otras, por una manifestación de voluntad.

A la vista de estos elementos, ofrece la siguiente definición de la figura: «La subrogation réelle est une institution juridique essentiellement relative à un patrimoine considéré, à un moment donné de sa durée, dans ses éléments concrets et individualisés; sa fonction consiste pour le cas d'aliénation ou de perte de l'un de ces éléments à reporter, sous réserve des intérêts des tiers, de plein droit ou en vertu de la volonté des intéressés, sur le bien individualisé acquis en remplacement les droits qui gravaient le bien sorti du patrimoine» ¹³².

De esta definición el punto decisivo es la exigencia de concreción e individualización de los bienes (cosas o derechos) que se ven sometidos a la subrogación; esto supone una cierta restricción en la idea de subrogación, puesto que excluye de la misma los casos en que, en lugar del

¹²⁹ En el mismo sentido, LAURIOL, *La subrogation réelle* I, cit., pp. 40 ss.

¹³⁰ BONNECASE (*op. cit.*, *supra*, nota 16), pp. 688 ss.

¹³¹ Sobre los detalles de esta complicada teoría, vid. BONNECASE, *op. cit.*, pp. 751 ss.

¹³² *Ibid.*, p. 776.

bien desaparecido o enajenado, su propietario obtiene una suma de dinero, que viene a fundirse con el resto de sus bienes fungibles; es decir, el caso típico de *pretium succedit in locum rei* no constituye una verdadera subrogación real. En cualquier circunstancia, el bien subrogado entra en el patrimonio al que pertenecía el bien sustituido, gravado por los mismos derechos o sujeto a la misma afectación que éste.

Para Bonnecase, la idea de subrogación real se encuentra en la base misma de la legislación civil francesa, como se desprende de las múltiples aplicaciones que se hace de ella: actúa tanto en materia de derechos reales, como de derechos de crédito, de garantía, de preferencia o de persecución. La subrogación real interviene, por tanto, siempre que se den los presupuestos de su determinación, independientemente de que una ley expresamente la prevea. Ello es así porque la figura se basa, para este autor, en la noción de derecho como tal, que no podría cumplir su papel si estuviera sometido a los avatares de la materialidad de las cosas sobre las que recae. Esta noción de derecho es el único fundamento de la subrogación real para Bonnecase, frente a la opinión de Capitant, puesto que técnica jurídica y ciencia del Derecho actúan indisolublemente unidas ¹³³.

Las ideas de Bonnecase no están lejos de las de la teoría moderna, pero presentadas de una manera más racional. Su principal aportación se encuentra en la noción de «fungibilidad relativa de dos bienes entre sí» ¹³⁴. Sin embargo, esta idea se ve a la vez desvirtuada, puesto que excluye del juego de la subrogación real precisamente uno de los casos más frecuentes de intercambio de bienes, la entrega de una cosa como consecuencia de una compraventa y el simultáneo pago del precio ¹³⁵. Asimismo resulta criticable la desvinculación de la subrogación real y el elemento patrimonial: si bien es cierto que la subrogación real no ha de desempeñar normalmente ningún papel en el marco del patrimonio general de la persona, no es así en el caso de las masas patrimoniales o patrimonios especiales que se encuentran junto al patrimonio general, para cuya conservación resulta decisiva ¹³⁶. La eliminación de este aspecto patrimonial de la subrogación y, al mismo tiempo, la extensión de su efi-

¹³³ *Ibid.*, pp. 780 ss.

¹³⁴ LAURIOL, *La subrogation réelle* I, cit., p. 50; MARÍN PADILLA, RCDI (1975), cit., p. 1184.

¹³⁵ El cobro del precio no supone en realidad la disolución del dinero en el patrimonio del que lo percibe, puesto que el dinero es el bien fungible por excelencia y nunca perece, de modo que la suma entregada hace nacer un valor idéntico contabilizado en la masa a la que correspondía ese precio, por lo que podrá ser exigido igualmente cuando esa masa deba ser restituida o en el momento de su liquidación. En este sentido, vid. VALLET DE GOYTISOLO, ADC 6 (1953) cit., p. 806.

¹³⁶ Por otro lado, si se dice que la idea de subrogación real general no hace otra cosa que repetir la noción misma de patrimonio (BONNECASE, *op. cit.*, p. 739), ¿acaso no se podrían invertir los términos y decir que «la notion d'universalité repose sur une autre notion, celle de subrogation réelle»? (COLIN, A.-CAPITANT, H.-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L., *Traité de droit civil* I, París, 1957, p. 63.)

cacia *ipso iure* a toda clase de derechos singulares que se encuentren sujetos a una afectación, hace que la figura quede desdibujada y convertida en un mecanismo omnipresente en la vida del Derecho, amén de ignorar los obstáculos que la técnica opone a su ejecución ¹³⁷.

III. Por lo que se refiere a la obra de M. Lauriol ¹³⁸, éste define la subrogación real de este modo: «La subrogation réelle est le remplacement de l'objet matériel, dans le but de maintenir la valeur individualisée par ces deux objets à une même destination» ¹³⁹.

Los elementos esenciales de su concepción de la figura son, pues, la *fluctuation* de bienes, la conservación de un derecho concreto y la noción de «valor individualizado». Fluctuación y conservación son ideas en sí mismas antagónicas: no pueden producirse sobre la misma relación jurídica. Es necesaria la presencia de dos relaciones jurídicas distintas y complementarias: una relación «principal» con un elemento estable, esto es, un derecho subjetivo determinado (conservación); y una relación «accesoria», aquélla en virtud de la cual un objeto material de la relación principal sale de la misma y entra en su lugar otro nuevo (fluctuación). La subrogación real produce la atracción del objeto de la relación accesoria a la relación principal, a fin de mantener el valor individualizado de esos dos objetos afecto a la misma destinación.

1. La fluctuación material se produce por la destrucción o enajenación del objeto de derecho, y la aparición de un nuevo objeto que puede servir al mismo derecho. Estos dos objetos deben estar individualizados: no cabe subrogación, por tanto, en caso de bienes genéricos o de una suma de dinero. El bien de reemplazo sólo se subroga al bien antiguo si lo «representa», es decir, si está unido a él por una *filiation directe* (v. gr. el crédito del precio por la venta de un inmueble). Este bien nuevo es normalmente el equivalente económico de aquel al que reemplaza, aunque esto no es una condición rigurosa. Pero frente a otras instituciones que plantean una noción puramente cuantitativa de valor, la subrogación real emplea la noción de valor *individualizado* por el *origen* de los bienes que la comportan. Por ello, afirma Lauriol, la subrogación implica una fungibilidad relativa entre estos dos bienes ¹⁴⁰.

2. La conservación del derecho subjetivo operada por la subrogación real se produce en virtud de los fines a que está destinado ese derecho. Esta destinación afecta más al valor incorporado por el objeto del derecho que a la individualidad física del mismo: de ahí que sea posible la

¹³⁷ LAURIOL, *La subrogation réelle* I, cit., p. 51. En ocasiones se produce una auténtica situación de *intuitu rei* que impide a un derecho recaer *per se* sobre un objeto de naturaleza diferente de la del originario, como, por ejemplo, el derecho de hipoteca inmobiliaria sobre bienes muebles.

¹³⁸ *La subrogation réelle* I y II, París, 1954.

¹³⁹ LAURIOL, *La subrogation réelle* I, cit., p. 77.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 60 ss., 86 ss.

fluctuación material y la sustitución de un objeto por otro. La subrogación supone, pues, una indisponibilidad en valor del derecho. Estos fines quedan englobados en la noción de afectación, siempre que ésta se refiera al valor y no a los bienes individualizados. Pero esta destinación en valor se ha de verter siempre sobre un derecho determinado, el cual puede tolerar o no la sustitución de su objeto material: sólo las reglas de la técnica jurídica indicarán si, siendo deseable, es posible la subrogación real en relación con ciertos derechos ¹⁴¹.

Al no existir obstáculos técnicos y ser deseable su intervención, la subrogación real debe producirse en los casos de reclamación dirigida a la restitución global de una masa de bienes (v. gr., caso del patrimonio del ausente o de la petición de herencia) y en supuestos de indivisión. Más problemático es el caso de los derechos que, ligados a la individualidad material de su objeto, tienen una «destinación en valor» (aquellos en que la reclamación se refiere a un objeto aislado): ahí solamente puede actuar la subrogación si lo establece una decisión de la ley o de las partes que, en todo caso, ha de interpretarse restrictivamente ¹⁴². Como puede observarse, cabe hablar aquí de una cierta recuperación de los adagios tradicionales *in universalibus pretium succedit in locum rei... secus in particularibus*, aunque ahora el centro de interés se traslada a los *finis* buscados por el ordenamiento a través de la subrogación ¹⁴³.

La posición de Lauriol es, por consiguiente, próxima a la de Bonnecase, en cuanto a su afirmación del predominio de la subrogación especial; sin embargo, a diferencia de éste, da una mayor importancia a las situaciones jurídicas en que existe un conjunto de bienes y derechos, aunque sin valorar tampoco el aspecto patrimonial que pudieran presentar. Su concepción de la subrogación real flaquea al considerarla como una simple técnica de conservación de derechos pese al cambio en su objeto material: en realidad, cosa y derecho están indisolublemente unidos, y si la cosa sale del patrimonio (ya sea por destrucción o por enajenación), también lo hace el derecho, el cual no puede flotar sobre el vacío

¹⁴¹ LAURIOL, *La subrogation réelle* I, cit., pp. 67 ss.; y II, cit., pp. 102 ss. Los obstáculos técnicos al juego de la subrogación pueden presentarse cuando el cambio en el objeto suponga una modificación en la naturaleza del derecho, o cuando existe un *intuitu rei* que excluye la fungibilidad concreta de los objetos de derecho, cfr. LAURIOL, *op. cit.*, pp. 264 ss.

¹⁴² LAURIOL, *La subrogation réelle* II, cit., pp. 252 ss., 282 ss.

¹⁴³ Sin embargo, véase lo que opina Lauriol de la utilización de las máximas tradicionales: «La subrogation n'est qu'un procédé répondant à certains buts. En bonne technique, l'outil doit atteindre le but proposé sans le dépasser. Aussi ne faut-il pas s'enfermer dans des affirmations préconçues, comme celle résultant de l'adage «*subrogatum sapit naturam subrogati*». Il n'existe pas de formule cabalistique apportant des solutions providentielles et infallibles à tous les problèmes soulevés par la vie pratique. La raison ne fournit qu'un critérium permettant de rechercher ces solutions dans chaque conjoncture particulière.» (*La subrogation réelle*, I, cit., pp. 74 ss.).

en tanto entra un nuevo objeto a sustituir al anterior ¹⁴⁴. La subrogación real funda nuevamente sobre el objeto de reemplazo derechos de la misma clase que los que existían sobre el bien sustituido, pero a menudo también derechos de distinta naturaleza (v. gr., un derecho de crédito en sustitución de un derecho real, *pretium succedit in locum rei*). Esto hace caer la distinción entre subrogación real y otros procedimientos técnicos distintos que pueden servir a idénticos fines, como la dación en pago y la novación por cambio de objeto, si se mantiene un campo de aplicación tan amplio (cualquier derecho) para la subrogación ¹⁴⁵: se hace necesario, por tanto, hallar otros elementos diferenciadores que singularicen el fenómeno subrogatorio.

Por último, tampoco parece muy lógico atribuir a la subrogación una función conservadora del valor, si se reconoce que, entre el objeto sustituido y el bien de reemplazo, puede haber diferencias de valor apreciables: la equivalencia no es más que una modalidad del reemplazo subrogatorio. Lo que en realidad se conserva ya no es un valor identificado, sino la base material, la identidad física o *in natura* de una situación jurídica determinada.

IV. Recientemente, en 1985, Véronique Ranouil ha llevado a cabo un nuevo examen de la figura de la subrogación real en el Derecho francés ¹⁴⁶, que trata de cubrir las insuficiencias de las obras anteriores, pero sobre todo intenta dar cuenta de los nuevos dominios abiertos a esta figura por la legislación en tiempos recientes, como son los casos de «deuda de valor» o de aprovechamiento fundiario ¹⁴⁷. Pero, a diferencia de la anterior doctrina francesa, ya no reconoce ningún «principio general» de subrogación real en su Derecho, sino que la concibe como un «procedimiento casual», que se aplica en determinadas ocasiones por razones de oportunidad, aunque animado de un espíritu de equidad ¹⁴⁸. Por ello, sólo un método casuístico, empírico, puede determinar su alcance y dominio de aplicación ¹⁴⁹.

En relación con la naturaleza del fenómeno, esta autora vuelve sustancialmente a la vieja teoría de la ficción, ya que entiende que la subrogación real es, en gran medida, artificio: simula que el segundo bien es la reproducción del primero en una relación jurídica dada. Esto es conse-

¹⁴⁴ HUSSERL, G., *Der Rechtsgegenstand. Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums*, Berlín, 1933, pp. 175 ss. Vid. también CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral* I, vol. 2¹⁴ (ed. revisada por J. L. De Los Mozos), Madrid, 1984, p. 576, y la bibliografía allí citada.

¹⁴⁵ LAURIOL, *La subrogation réelle* I, cit., p. 76.

¹⁴⁶ RANOUIL, V., *La subrogation réelle en droit civil français* (cit. *supra*, nota 104).

¹⁴⁷ RANOUIL, *op. cit.*, p. 25. Sobre el concepto de deuda de valor (*dette de valeur*), respecto a la que se produce la llamada subrogación real «imperfecta», «en valor» o «a fines liquidativos», vid. *ibid.*, pp. 229 ss.

¹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 63, 67 ss., 75.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 77 ss. No obstante, considera acertada la distinción clásica entre subrogación real general (o a título universal) y especial (o a título particular), vid. *ibid.*, pp. 226 ss.

cuencia del carácter ambiguo de la subrogación: tiende a conservar los derechos, pero supone necesariamente la existencia de un reemplazo de bienes. De ahí que la subrogación real deba entenderse en sentido restrictivo, sometida al principio de subsidiariedad respecto a las instituciones del ordenamiento común. Esta circunstancia contribuye lógicamente a la ausencia de un auténtico principio general de subrogación real en el Derecho civil moderno ¹⁵⁰.

Un aspecto interesante tratado por Ranouil, y que pasó bastante desapercibido para la doctrina anterior, es la cuestión de los beneficiarios de la subrogación real ¹⁵¹. Al respecto, considera acertadamente la autora que la subrogación real tiene en cuenta de manera positiva a aquellos que no han sido partes en la operación de reemplazo de bienes, tendiendo a perpetuar sus derechos. Con todo, un examen de los casos de aplicación muestra que las imágenes del beneficiario de la subrogación y del detentador del conjunto de bienes en que tiene lugar el reemplazo son unas veces diferentes y, otras, aparecen superpuestas.

Teniendo en cuenta todos estos elementos, Ranouil define la subrogación real con las siguientes notas: «Elle a la nature d'un droit exceptionnellement accordé à certaines personnes. Elle a pour fin d'apporter une garantie variable à des droits particuliers qui portent sur une valeur réelle. Pour ce faire, elle les transfère d'un objet ancien sur un objet nouveau» ¹⁵². En todo caso, ella misma reconoce que es una definición puramente descriptiva del fenómeno, no esencial. Y ello es así porque la subrogación real es una figura en constante desarrollo, que escapa a los límites de una definición conceptual: se trata de un modelo de «noción funcional» (*notion fonctionnelle*), que, en oposición a la más utilizada «noción conceptual», tiene un contenido que varía según su utilización. De ahí la dificultad de encontrar un concepto satisfactorio de subrogación real, pese a los numerosos intentos, y los sucesivos fracasos al efecto que se han observado. De ahí también la imposibilidad de formular una auténtica teoría de la subrogación real: tan sólo podrán buscarse los elementos unificadores de una serie de fenómenos que presentan unos efectos comunes ¹⁵³.

Las ideas de Ranouil suponen una ruptura en la línea de investigación de la doctrina francesa, al renunciar a la búsqueda de un principio general inspirador de la subrogación real más allá de la letra de la ley. Pese a

¹⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 57 ss.

¹⁵¹ *Ibíd.*, pp. 31 ss. En la misma línea se encuentra la doctrina alemana reciente, vid. STRAUCH, D., *Mehrheitlicher Rechtsersatz. Ein Beitrag zur «dinglichen Surrogation» im Privatrecht*, Bielefeld, 1972.

¹⁵² *Ibíd.*, pp. 27 y 273.

¹⁵³ Sigue en este punto la línea de la última doctrina alemana. vid. WOLF, M., *Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation*, en JuS (1975), pp. 643 ss., 710 ss., y JuS (1976), pp. 32 ss., 104 ss.

su escepticismo, sus posturas son realistas y, en gran medida, acertadas. No puede compartirse, sin embargo, su planteamiento de que la subrogación real sea una suerte de «derecho sobre derechos», puesto que ello supone ignorar la naturaleza técnica de la figura y los efectos automáticos que le son inherentes, además de producir, contra la conocida regla de Occam, una multiplicación de los entes sin necesidad. Por otra parte, al igual que toda la doctrina francesa, atribuye un fuerte peso a la voluntad de los interesados en la eficacia de la subrogación, lo que desnaturaliza el fenómeno, puesto que un requisito esencial para que pueda hablarse de «subrogación real» como un instrumento técnico-jurídico con entidad propia es, precisamente, el hecho de que se vean desplazados los dogmas de la autonomía de la voluntad y la eficacia exclusivamente *inter partes* de los negocios jurídicos, en atención a un imperativo de equidad. Igualmente, como en toda la doctrina anterior, aparecen aquí confundidas las nociones de subrogación «real» *stricto sensu* y subrogación «obligacional»¹⁵⁴.

Con esto hemos pasado revista a los principales tópicos de la literatura francesa en torno a este tema, cuyas aportaciones han resultado fundamentales para la moderna comprensión de esta controvertida figura jurídica¹⁵⁵. Pero la exposición quedaría coja si dejáramos a un lado las

¹⁵⁴ Sobre estos conceptos, vid. *infra*, 3.1.III).

¹⁵⁵ La doctrina española ha prestado escasa atención a la entidad jurídica de la subrogación real, a pesar de la presencia de diversos casos de posible aplicación de la misma en la legislación (v. gr. arts. 197, 486, 517-1, 519, 812, 974, 1.346.3.º y 4.º, 1.347.3.º, 1.626 s., 1.777 del CC; art. 110 LH). Los trabajos dedicados a este tema aparecen influidos de cerca por la doctrina francesa (vid. especialmente FONCILLAS, J.M., *De la subrogación real*, en RCDI (1935), pp. 279 ss.). El más relevante de estos trabajos es el artículo de ROCA SASTRE, R. M., *La subrogación real*, en RDP 33 (1949), pp. 281 ss., al que sigue la mayor parte de la doctrina posterior (vid., por todos, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, I, 2, cit., pp. 91 ss.). Roca Sastre define la subrogación real como «aquella figura en virtud de la cual la *situación jurídica* que en cierto respecto califica o afecta a una cosa determinada pasa a *calificar o afectar* en igual sentido a la otra cosa que haya reemplazado o sustituido a aquella cuando la misma ha sido objeto de una *enajenación o pérdida*» (p. 281; los subrayados son suyos). Tras hacerse eco de los planteamientos de la doctrina francesa clásica, moderna y reciente, distingue tres supuestos generales de aplicación de la figura: *a*) el *patrimonio general* de las personas, en que la subrogación actúa siempre «por la lógica institucional del supuesto»; *b*) los *patrimonios especiales*, que constituyen el campo propio de la subrogación real; y *c*) los *bienes concretos* o singulares, en que la subrogación tiene lugar en los casos previstos en la ley o cuando existe disposición o convenio de los interesados, «*a priori* o *a posteriori*». De estos tres ámbitos de aplicación deduce Roca Sastre tres tipos de subrogación real: *a*) subrogación *institucional*, que tiene lugar «por la lógica institucional del supuesto» y de pleno derecho (patrimonios generales y especiales); *b*) subrogación *legal*, establecida por la ley para bienes singulares; y *c*) subrogación *voluntaria*, autorizada *mortis causa* o *ex contractu*. Tras este planteamiento general de los supuestos de subrogación, Roca realiza un detallado estudio de las aplicaciones concretas de la figura en materia de Derecho de familia, sucesiones y derechos reales de garantía, que, aunque no es exhaustivo, constituye el más detallado de los publicados en España sobre el tema. En la misma línea de Roca, a quien cita expresamente, se encuentra el artículo de MEZQUITA DE CACHO, J. L., *Principales aplicaciones de la subrogación real en nuestro Derecho*, en *Revista de Derecho Español y Americano*, núm. 4 (1959), pp. 649 ss. Un artículo más reciente al respecto es el

aportaciones del otro gran pilar de la literatura europea en el tratamiento de esta cuestión: la doctrina alemana. A continuación se verán someramente los trabajos más relevantes de los autores germánicos en relación con la subrogación real, los cuales, aun partiendo de consideraciones diferentes a las de los autores franceses, dejan de algún modo traslucir la influencia de éstos en sus obras.

2.4.2. La doctrina alemana ¹⁵⁶

El Código Civil alemán (BGB), en el que cristaliza un siglo de trabajos pandectísticos, sorprendentemente ve con simpatía la idea de subrogación real, lo que se refleja tanto en su texto como en sus trabajos preparatorios. Aun careciendo de una fórmula descriptiva de alguna clase de «principio de subrogación» de alcance general, las numerosas aplicaciones de la idea en la legislación han llevado a la doctrina civilista alemana a prestar una atención especial a esta figura, que se plasma en una abundante literatura al respecto, aunque apenas se haya planteado la elaboración de una teoría general de la subrogación real al modo de la doctrina francesa, sino que más bien se ha limitado a estudiar con detalle los diversos casos de aplicación dispersos en el Derecho positivo. No obstante, el tratamiento particularizado de los fenómenos subrogatorios en el BGB resulta hoy decisivo para esclarecer los perfiles dogmáticos de nuestra figura.

Los trabajos preparatorios del BGB aluden en diferentes ocasiones a la subrogación real y al «*Surrogationsprinzip*», aunque no siempre bajo una concepción unitaria. Incluso se hace mención de las viejas máximas del Derecho común, pero con sentidos diversos. Por un lado se dice en los *Motive*: «Der erste Satz (sc. *pretium succedit in locum rei...*) ist indessen keine allgemeine Rechtswahrheit; das Gesetz kann ihn nur für einzelne Rechtsverhältnisse aus praktischen Rücksichten verwerten, so z.B. in den

repetidamente citado de M. L. MARÍN PADILLA, *La formación del concepto de subrogación real* (cit., *supra*, nota 23) que, en su primera parte (pp. 1111-1190), refiere detalladamente —aunque con algunas inexactitudes— la evolución del «principio de subrogación real» en la doctrina jurídica europea, desde el Derecho romano hasta la actualidad, y en la segunda (pp. 1190 ss.) explica su concepción de la figura, marcadamente influida por la teoría singularista francesa de Bonnecase y Lauriol, que pone la subrogación real en correspondencia con los posibles remedios del enriquecimiento injustificado. Este trabajo ha sido completado por otras aportaciones de la misma autora: *Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de Familia*, en RCDI (1978), pp. 717 ss.; *El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce*, ibíd., pp. 1149 ss.; y *Estudio y aplicación del principio general de subrogación real en el Derecho de Sucesiones*, en RCDI (1980), pp. 1399 ss. Con todo, un estudio de conjunto de los problemas de la subrogación real en Derecho español permanece aún pendiente de realización.

¹⁵⁶ Vid. un tratamiento general en WALLER, «*Surrogation*», cit., pp. 10 ss.; VIEBIG, H., *Das Surrogationsprinzip und unser Bürgerliches Gesetzbuch*, Leipzig, 1933, pp. 3 ss.; STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtssatz*, cit., pp. 32 ss.; WELLE, *In universalibus*, cit., pp. 86 ss.

§§ 341, 460, 895, 913, 1000, 1002, 1034, 1219»¹⁵⁷. Por tanto, se excluye la posibilidad de contar con un «principio de subrogación real» informador de la nueva legislación, y sólo se admite un procedimiento subrogatorio para relaciones jurídicas singulares por motivos prácticos. Sin embargo, más adelante se afirma allí mismo: «Unter Nr.3 wird für diese Universalklage, soweit es sich um den rechtsgeschäftlichen Erwerb des Erbschaftsbesitzers handelt, der wichtige Grundsatz eingeführt *res succedit in locum pretii* etc., Der Surrogationsgrundsatz, welcher bereits in den §§ 1290, 1349, 1414, 1825 zur Geltung gelangt ist, muss auch für den Erbschaftsanspruch anerkannt werden»¹⁵⁸. Es decir, se reconoce que la vieja máxima del Derecho común sigue siendo un principio jurídico general de amplio alcance. La evidente contradicción sólo puede resolverse si se presta atención al hecho de que los párrafos citados en el primer inciso se refieren a prescripciones de subrogación en relaciones jurídicas singulares con objetos individualizados, en las cuales la frase *res succedit in locum rei...* únicamente da cuenta del efecto subrogatorio, pero no de su causa, que obedece a razones prácticas; sin embargo, en el segundo pasaje, la máxima enuncia un principio jurídico que tiene su sede en las viejas *universitates iuris*, en los actuales patrimonios especiales, en particular en la herencia¹⁵⁹. Así pues, parece claro que los autores del BGB se encontraban vinculados estrechamente con las máximas del Derecho común, a pesar de los ataques sufridos por éstas a partir de la Pandectística. Su utilización, sin embargo, se encuentra limitada por los principios generales de adquisición de derechos sobre la base de la declaración negocial, y ni siquiera se reconoce ilimitadamente en el marco de los patrimonios especiales¹⁶⁰.

El BGB, por tanto, recoge disposiciones de subrogación real en dos ámbitos diferentes, los bienes o derechos singulares (*Einzelgegenständen*) y los patrimonios especiales o separados (*Sondervermögen*). Solamente en relación con estos últimos admite la doctrina germánica el juego de un «principio de subrogación real» (*Surrogationsprinzip*), aplicable incluso sin especial disposición de la ley, según el cual lo que se adquiere con medios o a costa de un patrimonio especial se hace a su vez patrimonio especial¹⁶¹. En todo caso, no se concibe como un principio

¹⁵⁷ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, III, Berlín/Leipzig, 1888, pp. 29 ss. (= MUGDAN, B. [ed.], *Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich* III, Berlín, 1899 [reimpr. Aalen, 1979], pp. 16 ss.).

¹⁵⁸ *Motive*, cit., V, pp. 583 ss. (= MUGDAN, *Materialien*, cit., V, pp. 312 ss.).

¹⁵⁹ HOLLDAK, F., *Die Anwendung und Bedeutung des Grundsatzes: «Pretium succedit in locum rei» im bürgerl. Gesetzbuch des Deutschen Reichs*, en *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhuts Zeitschrift)* 32 (1905), pp. 557 ss., 563 ss.

¹⁶⁰ STRAUCH, *Meherheitlicher Rechtsersatz* cit., p. 34.

¹⁶¹ GIERKE, O. VON, *Deutsches Privatrecht* II, cit., pp. 59 ss. y nota 58; VON THUR, A., *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* I, Leipzig, 1910, pp. 334 ss.; íd., *Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil* (= *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*,

general de aplicación uniforme en todos los patrimonios especiales reconocidos por la ley, sino con extensión diferente según los tipos de patrimonio especial y las relaciones jurídicas en que se consideren ¹⁶². El BGB utiliza a tales fines diversas formulaciones de la idea de subrogación real: en la mayoría de los casos se emplea la llamada «cláusula regular» (*regelmässige Klausel*), según la cual pertenece al patrimonio especial lo que se adquiere sobre la base de un derecho perteneciente al patrimonio especial, o como compensación por la destrucción, daño o privación de un objeto que, igualmente, perteneciera al patrimonio especial; en otros casos (parágrafos 1418 II 3, 1473 II, 1638 II, 2041 BGB), aparece la llamada «cláusula de relación» (*Beziehungsklausel*), según la cual también pertenece al patrimonio especial aquello que se adquiera a través de un negocio jurídico que se refiera al patrimonio especial; por último, solamente en contados casos (parágrafos 1646, 2019 y 2111 BGB), se utiliza la llamada «cláusula de los medios» (*Mittelklausel*), según la cual también pertenece al patrimonio especial lo que se adquiere con medios procedentes del mismo ¹⁶³.

Aparentemente, la máxima *pretium succedit in locum rei...* sólo tendría cabida en este último supuesto («cláusula de los medios»), en la medida en que ahí la pertenencia del objeto de reemplazo al patrimonio especial se basa en la pura sustitución del objeto que ha salido del mismo. Sin embargo, nada obsta para que pueda extenderse el alcance de la máxima a todos los casos en que la relación del negocio jurídico de adquisición con el patrimonio especial se establezca únicamente en consideración a la procedencia de los medios utilizados. En tales casos, la «cláusula de relación» coincidiría con la «cláusula de los medios» ¹⁶⁴.

7), Berlín, 1923, p. 19; UNZNER, K. VON, v. *Surrogation*, en *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft* V, Berlín/Leipzig, 1928, pp. 830 ss.; ENNECERUS, L.-NIPPERDEY, H.C., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* I-1¹⁵, Tübingen, 1959, p. 847 y nota 7; LARENZ, K., *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*², München, 1980, p. 280; BASSENGE, P., comentario a § 854, en PALANDT, *Kurzkommentar zum BGB*², München, 1983, p. 941; TLCH, H., vv. *Surrogation im Erbrecht* y *Surrogation im Familienrecht*, en *Deutsches Rechts-Lexicon* III², München, 1992, pp. 600 ss.

¹⁶² En el BGB se encuentran prescripciones específicas de subrogación real para los siguientes patrimonios especiales: patrimonio de la sociedad (parágrafo 718 II), patrimonio común de los cónyuges en el régimen de comunidad de bienes (parágrafos 1416, 1473, 1497 II), patrimonio libre del hijo (parágrafo 1638 II), la herencia en manos de un poseedor hereditario (parágrafo 2019), la herencia en comunidad hereditaria indivisa (parágrafo 2041), la herencia sometida a fideicomiso (parágrafo 2111), la herencia objeto de compraventa (parágrafo 2374); aun no siendo patrimonios especiales *stricto sensu*, se asimilan al efecto los patrimonios privativos de los cónyuges en el régimen de comunidad (parágrafos 1418 II, 1486) y el patrimonio del hijo sometido a administración paterna (parágrafo 1646).

¹⁶³ Vid. en detalle WOLF, JuS (1975) cit., pp. 712 ss.

¹⁶⁴ WOLF, JuS (1975) cit., p. 713. En contra, VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 335, el cual interpreta que la referencia del negocio al patrimonio especial siempre exige una determinada dirección de la voluntad del sujeto en caso de adquisición de derechos; igualmente, UNZNER, v. *Surrogation*, cit., p. 831; y WENGLER, v. *Surrogation*, cit., p. 481.

Curiosamente, el apoyo más firme al empleo de la vieja paremia *pretium succedit in locum rei...* en el BGB se encuentra en las disposiciones de subrogación real referidas a objetos singulares aislados, que no están puestos en relación inmediata con unidades patrimoniales especiales, donde aparece literalmente la expresión «Der Erlös tritt an die Stelle der Sache»¹⁶⁵. Esto da una idea de la consideración fundamentalmente utilitarista de las antiguas máximas del Derecho común que caracterizaba a los autores del BGB¹⁶⁶. En cualquier caso, la subrogación real se concibe siempre como un medio excepcional de adquisición de derechos con respecto a las reglas generales de la representación (parágrafos 164 ss. BGB).

¿Cómo ha interpretado la literatura especializada estas disposiciones ordenadoras de la subrogación real en el Derecho alemán y cuál es el concepto que de las mismas se extrae? La doctrina en esta cuestión se muestra dividida en tres grandes grupos: uno, el más numeroso, el de los autores que se ocupan de la subrogación principalmente en el ámbito de los patrimonios especiales; otro menor, que trata tanto las relaciones jurídicas particulares como las universales; y, por último, un tercero, que sólo toma en consideración la subrogación en las relaciones jurídicas individuales¹⁶⁷.

1. Literatura sobre los patrimonios especiales

Los trabajos en torno a la subrogación real sobre la base del BGB se inician en 1901, con un artículo de Thiele referido a la subrogación real en el Derecho económico-matrimonial¹⁶⁸. Este autor parte de la idea de que la subrogación real consiste en la entrada de un objeto en el lugar de otro en el seno de un patrimonio especial con efecto real, esto es, el nuevo objeto se hace inmediatamente propiedad del titular del patrimonio especial de que se trate (pp. 19 ss., 66 ss.). Se destaca por vez primera que el «principio de subrogación» en los patrimonios especiales tiene dos formas principales de aparición: por un lado, la adquisición sobre la base de un derecho perteneciente a la masa patrimonial o como sustituto por la destrucción, daño o privación de un objeto a ella perteneciente, o por

¹⁶⁵ Cfr. parágrafos 966 II, 975, 979 II, 983, 1219 II, 1233 II, 1247 y 1257 BGB. Vid., sin embargo, los parágrafos 281 I, 816 I, 818 I, 949, 1046 I, 1075 I, 1127 I y 1287 BGB, donde no aparece la expresión, significativamente.

¹⁶⁶ De la misma manera, algún autor (v. gr. BEYER, R., *Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche*, Marburg, 1905, p. 6) ha podido afirmar que la máxima *surrogatum sapit naturam eius, cui surrogatur* ha servido como modelo para elaborar el concepto de subrogación real del BGB.

¹⁶⁷ Vid. STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtssatz*, cit., pp. 35 ss., autor al que seguimos fundamentalmente en este punto.

¹⁶⁸ THIELE, *Studien zum ehelichen Güterrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Surrogation nach § 1381, 1382*, en *Arch. civ. Prax.* 91 (1901), pp. 1 ss.

negocio jurídico referido a la misma; y, por otro, la adquisición con medios pertenecientes a la masa patrimonial concernida (pp. 3 ss.). En la primera es decisivo un criterio subjetivo, la dirección de la voluntad del titular de la masa patrimonial; en la segunda, sin embargo, está en primer plano el elemento objetivo, el empleo de medios procedentes del patrimonio especial. Thiele no va más allá al analizar y caracterizar jurídicamente su concepto del «principio de subrogación»¹⁶⁹.

Kohler, por su parte, trata la cuestión de la subrogación real en varios trabajos relacionados con el tema del patrimonio como unidad jurídica. En un primer estudio de 1903¹⁷⁰, sostiene este autor que la máxima *pretium succedit in locum rei...* deriva de las ideas jurídicas germánicas (p. 11) y nunca tuvo auténtica aplicación en el Derecho romano histórico, de manera que su acuñación fue obra exclusivamente de los Postglosadores¹⁷¹. Respecto al BGB, reconoce las dos formas de subrogación real propuestas por Thiele, pero entiende que la fórmula de «adquisición por negocio jurídico referido al patrimonio especial» es más amplia, y comprende también las adquisiciones realizadas con medios ajenos al patrimonio especial, pero que igualmente benefician a éste, y denomina «atribución» (*Bewidmung*) a esta forma de adquisición en la que el elemento subjetivo es determinante, de manera que es la voluntad del sujeto adquirente la que señala el patrimonio al que debe imputarse dicha adquisición (pp. 14 ss.). Consecuentemente, en las disposiciones del BGB deben verse dos principios en actuación paralela, el de subrogación y el de «atribución». En un trabajo posterior¹⁷², incide Kohler nuevamente en la idea de vinculación del principio *res succedit in locum pretii...* con los antiguos Derechos germánico y greco-oriental y su recuperación por el BGB. Pone de manifiesto la importancia de la conexión patrimonial a la hora de establecer el destino jurídico de un bien y la necesaria relación con la equidad.

En 1905 publica Beyer el estudio más completo hasta la fecha sobre la subrogación real en los patrimonios especiales según el BGB¹⁷³. En dicha obra establece un concepto de subrogación real que ha tenido gran influencia en la literatura alemana posterior, y que fundamenta en cuatro puntos: 1) un objeto debe salir del patrimonio al que pertenece; 2) con el objeto que ha salido debe adquirirse otro objeto; 3) un objeto adquirido de esta manera (y no solamente la pretensión sobre él) debe haber entrado

¹⁶⁹ Este punto de vista es apoyado y seguido por la tesis de FEIST, O., *Das Prinzip der dinglichen Surrogation im Familien- und Erbrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Halle, 1903.

¹⁷⁰ KOHLER, J., *Arch.Bürg.Recht* 22 (1903), pp. 1 ss. (cit. *supra*, nota 32).

¹⁷¹ Vid. *supra*, 2.2.1 y nota 32.

¹⁷² KOHLER, J., *Arch. für Rechts- und Wirtschaftsphil.*, 10 (1916/17), pp. 56 ss. (cit. *supra*, nota 32).

¹⁷³ BEYER, *Die Surrogation bei Vermögen im BGB* (cit. *supra*, nota 166).

en el patrimonio al que pertenecía el que ha salido; 4) esta entrada debe haberse producido con independencia de la voluntad del adquirente (p. 6). Según estos presupuestos, investiga de forma casuística cómo y en qué medida tiene lugar la subrogación en las prescripciones del BGB referentes a los patrimonios especiales en general, y llega a la conclusión de que no existe ningún principio general unitario que afecte a todas ellas (pp. 336 ss.).

Una serie de autores siguen de cerca el concepto de subrogación real propuesto por Beyer, poniendo la esencia de la misma en la idea de sustitución de un objeto por otro en el marco de los patrimonios especiales. Entre ellos puede citarse a Holldack¹⁷⁴, Faber¹⁷⁵, Bellermann¹⁷⁶, Consmüller¹⁷⁷, Viebig¹⁷⁸, Simonius¹⁷⁹, y, últimamente, Welle¹⁸⁰.

Frente a esta orientación se alzan otros autores que no acentúan tanto la colocación de un objeto en el lugar de otro como esencia de la subrogación, sino que más bien ponen de relieve los derechos que corresponden a los legitimados antes o después de la subrogación. En esta línea de pensamiento se inscribe Raasch¹⁸¹, que rechaza la existencia de un principio general de subrogación real en el BGB, debido a la abundancia de prescripciones específicas de subrogación de diverso tipo; no obstante, sostiene que el legislador se ha dejado guiar por la idea de que a un legitimado de algún modo se le ha de mantener, de la manera más ilimitada

¹⁷⁴ HOLLDACK, *Grünhuts Zeitschrift* 32 (1905), pp. 557 ss. (cfr. *supra*, nota 159).

¹⁷⁵ FABER, *Die Vermögensmassen der Errungenschaftsgemeinschaft nach württembergischem Recht und nach Reichsrecht. Ein Beitrag zur Lehre vom Einkommen*, en *Arch.civ.Prax.* 99 (1906), pp. 161 ss. (esp. p. 238).

¹⁷⁶ BELLERMANN, W., *Die Surrogation bei Veräußerung der Erbschaft durch den Erbschaftsbesitzer*, Strassburg, 1910, p. 7: «Wesentlich ist in erster Linie immer das Moment, das mit einem oder an Stelle eines ausgeschiedenen ein neuer Gegenstand erworben wird, an dem sich kraft Gesetzes dingliche oder obligatorische Rechte begründen, die aller Regel zuwider sind oder die sich wenigstens nach allgemeinen Vorschriften nicht begründen lassen würden».

¹⁷⁷ CONSMÜLLER, J., *Die Surrogation beim Vorbehaltsgut (§ 1370 BGB) und ihre Wirksamkeit dritten Personen gegenüber*, Leipzig, 1916.

¹⁷⁸ VIEBIG, *Das Surrogationsprinzip und unser BGB* cit., p. 36: «Es (scil. das Surrogationsprinzip) besagt uns, dass dasjenige, was als Ersatz für Vermögensstücke anzusehen ist, die Stelle der zu ersetzenden Gegenstände wieder einnimmt. Dagegen besagte es uns nicht, was den Ersatz darstellt. Das spiegelt sich auch in dem Satz: *pretium succedit in locum rei, res in locum pretii* wieder...».

¹⁷⁹ SIMONIUS, P., *Die güterrechtliche Surrogation*, Basel/Stuttgart, 1970. Esta obra se ocupa de la subrogación real en el Derecho económico-matrimonial suizo y sólo esporádicamente hace referencia al BGB, pero no deja de encontrarse en su ámbito de influencia; así, sobre el concepto de subrogación (*Ersetzung*), dice lo siguiente: «Im Begriff, Ersetzung' ist der Gedanke einer Ablösung enthalten: Das neue Gut tritt in irgendeiner Hinsicht an die Stelle des alten. damit setzt die ‚Ersetzung' zwei Vorgänge voraus: den Verlust eines Gutes und die Erwerbung eines anderen». (p. 27).

¹⁸⁰ WELLE, *In universalibus*, cit., p. 15: «Surrogation ist der unabhängig vom Willen eines Vermögensinhabers erfolgte Erwerb bzw. Eintritt eines Gegenstandes in ein Vermögen durch das Ausscheiden eines anderen Gegenstandes aus diesem Vermögen».

¹⁸¹ RAASCH, F., *Das Surrogationsprinzip bei der Erbschaftsklage nach gemeinem und bürgerlichem Recht*, Greifswald, 1903.

posible, en el disfrute de su derecho, el cual, por tanto, en determinadas circunstancias debe recaer sobre el subrogado del objeto originario ¹⁸².

También es de esta opinión Unger ¹⁸³, quien ve la función de la subrogación real en proporcionar al legitimado, en caso de enajenación de un objeto a él perteneciente, la misma titularidad real sobre el subrogado conseguido. En el caso de los patrimonios especiales, tendría la función especial de conservar en su integridad y desarrollar para el legitimado una masa de objetos, a pesar de las modificaciones en su composición que el tráfico jurídico produce inevitablemente (pp. 21 ss.).

En realidad estos autores, al igual que los anteriores, no fundamentan la razón que les mueve a partir de uno u otro punto de observación (el objeto sustituido o los derechos del legitimado), sino que se limitan a describir un procedimiento. Podría decirse que la diferencia entre ellos se centra más en el modo de expresión que en las ideas fundamentales.

2. *Literatura sobre la subrogación en patrimonios especiales y relaciones jurídicas singulares*

Otros autores no se contentan con una investigación sobre la eficacia de un «principio de subrogación real» en el campo de los patrimonios, sino que extienden su mirada a todos los ámbitos del Derecho privado en que aparecen prescripciones de subrogación.

El primer trabajo comprehensivo de este tipo es obra de Windmüller ¹⁸⁴, que trata del significado y dominio de aplicación del «principio de subrogación» en el Derecho común y en el nuevo Derecho alemán. Parte de la idea de sustitución de un objeto por otro, en el sentido de que aquello que se desarrolla jurídicamente a partir de una cosa, sea por negocio jurídico o no, entra en el lugar de esa cosa en la misma situación jurídica de ésta. Sin embargo, entiende que no hay ningún «principio de subrogación» de significado general ni en el Derecho común ni tampoco en el BGB, sino que su sentido varía según la situación jurídica de que se trate. Tan sólo reaparece un punto de vista general en la aplicación del principio allí donde se encuentre un conjunto patrimonial (*universitas iuris*). Pero este punto de vista común tiene la limitación de que el principio de subrogación así concebido tiene dos formas muy distintas de realización, según se trate de adquisiciones para un patri-

¹⁸² *Ibíd.*, pp. 29 ss. Un punto de vista similar, en relación con los patrimonios especiales sometidos a administración ajena, defiende SIBER, H., *Das Verwaltungsrecht am fremden Vermögen im deutschen BGB*, en *Jherings Jahrbücher* 67 (1917), pp. 81 ss. (esp. 153 ss.).

¹⁸³ UNGER, H., *Die Aufgaben der dinglichen Ersetzung (Surrogation) für die Sonderung des Nachlasses im Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Halle, 1935.

¹⁸⁴ WINDMÜLLER, E., *Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes «pretium succedit...»* (cit. *supra*, nota 99).

monio especial de administración propia o ajena (pp. 1 ss.). En todo caso, este autor ve el motivo de la subrogación, en el caso de los patrimonios especiales administrados por su titular, en la delimitación de dicho patrimonio especial frente al patrimonio general del sujeto; mientras que, en el caso de los patrimonios especiales administrados por una persona distinta de su titular, la función de la subrogación estaría en propiciar la conservación de la integridad de esa masa de bienes separada (pp. 15 ss., 23 ss.)

Por el contrario, con respecto a los objetos singulares, Windmüller encuentra la razón de la eficacia de la subrogación real en un principio de equidad general, a través de la comparación de la norma del parágrafo 281 I BGB (así como los párrafos 816 I y 818 I BGB)¹⁸⁵ con las reglas romanas del *commodum* (pp. 101 ss.). Es de destacar que, pese a esta amplia exposición de reglas y situaciones distintas, el autor habla invariablemente del «Surrogationsprinzip», en singular, como si fuera uno y el mismo, lo que a la postre resulta incoherente con sus propios postulados.

También partiendo de los derechos de los legitimados trata Ostermeyer¹⁸⁶ el tema de la subrogación real, tanto en patrimonios especiales como en relaciones jurídicas singulares. Su tesis intenta desvelar si el BGB conoce el principio del Derecho común *pretium succedit in locum rei...* también en el caso de los objetos de derecho particulares, de la misma manera que la doctrina del Derecho común había desarrollado un procedimiento jurídico análogo a través de la teoría del *stellvertretende Commodum*. Su punto de vista respecto a la eficacia de un hipotético principio de subrogación es el siguiente: «Begrifflich kann von einer Bedeutung des Satzes *pretium succedit* etc. nur die Rede sein, wenn bei einer zunächst für den Inhaber eines Gegenstandes eintretenden Succession des Ersatzes oder Erlöses auch das rechtliche Interesse eines hinsichtlich des ursprünglichen Gegenstandes Interessierten auf das neue Objekt übergeht.» (p. 11). La conclusión que alcanza a partir de este supuesto es que en el BGB falta tal «principio de subrogación», tanto en

¹⁸⁵ Parágrafo 281 I BGB: «Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen».

Parágrafo 816 I BGB: «Trifft ein nicht Berechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt».

Parágrafo 818 I BGB: «Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt».

¹⁸⁶ OSTERMEYER, W., *Bedeutung und Anwendungsfälle des Grundsatzes: «Pretium succedit in locum rei» nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, Greifswald, 1905.

general como en los casos particulares en que la ley prescribe expresamente la subrogación, y que la frase *pretium succedit in locum rei...* tiene, a lo sumo, el valor de una paremia que sólo concierne a algunas prescripciones de subrogación concretas (pp. 57 ss.).

Dentro de esta línea se sitúa también el intento más serio de la literatura alemana por construir dogmáticamente la figura jurídica de la subrogación real, que es el trabajo de D. Strauch *Mehrheitlicher Rechtsersatz. Ein Beitrag zur «dinglichen Surrogation» im Privatrecht*¹⁸⁷. Este autor se opone a las formulaciones tradicionales del «principio de subrogación real», por cuanto solamente son capaces de describir la aparición externa del procedimiento subrogatorio, el cual no puede distinguirse superficialmente de otros casos de adquisición onerosa de derechos, y dejan a un lado a las personas intervinientes en la operación. Además, las doctrinas tradicionales son incapaces de dar cuenta con sentido unitario de las múltiples variedades de subrogación real (pp. 35 ss.).

Strauch toma como punto de partida de su construcción a las personas legitimadas y sus derechos afectados; estas personas, antes del inicio del proceso subrogatorio, tienen establecida una «relación fundamental» (*Grundverhältnis*), la cual aparece como una colegitimación (*Mitberechtigung*): un derecho se encuentra atribuido a varias personas en forma de derechos parciales o de cuotas de derecho. Esta «relación fundamental» se da en los patrimonios especiales tanto como en las relaciones jurídicas singulares, ya que en el caso de los patrimonios especiales hay tantas colegitimaciones como derechos estén englobados (pp. 59 ss.). En conexión con la intervención externa sobre la colegitimación, surge una relación jurídica con un tercero (*Drittverhältniss*), que puede producirse tanto por un delito, como por un acto de soberanía, un hecho fortuito, un contrato, etc. Si como consecuencia de esta relación se atribuyen derechos (derechos limitados o cuotas de derecho) para los colegitimados, de forma plural y sin intervención decisiva de su voluntad, se dice que hay una subrogación real. Como, además de derechos reales, también pueden atribuirse derechos de crédito, el apelativo «real» (*dinglich*) no parece muy adecuado; por otra parte, la atribución de derechos a los colegitimados se hace de manera múltiple: así pues, combinados estos elementos, Strauch prefiere denominar a la figura «mehrheitlicher Rechtsersatz» (pp. 149 ss.), que define de la siguiente manera: «Mehrheitlicher Rechtsersatz [sc. subrogación real] stellt eine verletzte Mitberechtigung wieder her, indem er ohne Rücksicht auf den Willen der Beteiligten das beim Eingriff gewährte Recht mehrheitlich zuordnet». (p. 158).

A continuación describe los diversos casos de subrogación real reconocidos por la ley, pero entiende que no se limita a los mismos,

¹⁸⁷ *Op. cit. supra*, nota 151.

puesto que se apoya en una idea jurídica general: las relaciones jurídicas que contienen colegitimaciones establecen entre las partes una vinculación jurídico-social, que debe ser protegida en caso de intervenciones como los derechos de los individuos, y el mecanismo de tal protección es la subrogación real. Por tanto, ésta es para Strauch un principio ético-jurídico (*rechtsethisches Prinzip*), que contribuye a fijar la función social del Derecho privado, y que goza de protección constitucional; como tal principio, debe aplicarse fuera de los casos legales siempre que se encuentre una colegitimación vulnerada, a menos que la ley diga otra cosa (pp. 186 ss.).

Esta tesis de Strauch no ha permanecido exenta de críticas. Además de su lenguaje «cuasi esotérico», se reprueba especialmente su idea de «colegitimación» referida a la relación propietario-poseedor sobre el mismo objeto, lo que se encuentra a menudo en oposición a diversos preceptos del BGB (vid., p. ej., parágrafo 985)¹⁸⁸. Pese a su profundidad dogmática, la concepción de Strauch resulta demasiado extensa con respecto al Derecho positivo. Por otra parte, su intento de explicación unitaria de todos los casos de subrogación real no parece del todo convincente, ya que oculta las sustanciales diferencias de principio que subyacen en las prescripciones de subrogación para los patrimonios especiales y para las relaciones jurídicas singulares, y menosprecia el nexo de unión existente entre los diversos componentes de un patrimonio especial y las situaciones jurídicas en que éste puede encontrarse.

3. *Literatura sobre relaciones jurídicas singulares y doctrinas negadoras del concepto de subrogación real*

Un tercer grupo de autores se ocupa de la subrogación en caso de relaciones jurídicas individualizadas, que son consideradas, en la línea de la doctrina reciente francesa, como único campo de actuación del fenómeno subrogatorio. La mayoría de estos autores, sin embargo, se centran en la intervención de la subrogación como medio para resolver supuestos de enriquecimiento injustificado, no en la característica propiamente «real» del procedimiento subrogatorio, por lo que no parece oportuno entrar a desglosarlos en este momento¹⁸⁹.

Más interés ofrece para nosotros la obra de algunos autores que se han ocupado de negar la validez de todo concepto de subrogación real, siguiendo los radicales pasos de Mühlenbruch y parte de la Pandectística alemana.

¹⁸⁸ Cfr. WOLF, *JuS* (1975) cit., p. 646, y la recensión de LOPAU, E. en *Arch. civ. Prax.* 174 (1974), pp. 419 ss., que pone de manifiesto algunas incoherencias evidentes del texto de Strauch (cfr., por ejemplo, pp. 152 ss. y 158 de este último).

¹⁸⁹ Vid. referencias en STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, cit., pp. 35 y 47 ss.

El más relevante de estos autores es, sin duda, Waller, que publica en 1904 un estudio iconoclasta sobre el concepto de subrogación real ¹⁹⁰, en el que califica la figura como jurídicamente deforme y desconcertante. Considera que la definición de la subrogación real como la entrada de una cosa en la posición jurídica de otra, como sustituto o añadido de ésta, es demasiado vaga y sin color para distinguirla de otros conceptos jurídicos más firmes, como el de enriquecimiento injustificado, representación o indemnización por daños, con los cuales a menudo se confunde (pp. 102 ss.).

Waller desecha, por tanto, el término «subrogación» para designar aquellos fenómenos de sustitución de objetos considerados subrogatorios, sin distinción de si se producen en relaciones jurídicas singulares o en relación con patrimonios especiales, y los agrupa en tres clases principales. Por un lado, los actos de adquisición que alguien realiza en nombre propio, pero con medios ajenos o por cuenta ajena, que recaen automáticamente en el titular de los medios utilizados o en el dueño del negocio, como si aquél hubiera actuado en representación de éste: tales casos los denomina «actos de órgano necesario» (*notwendige Organschaft*) (pp. 40 ss.). Otros casos son aquéllos en que se adquiere algo sobre la base de un derecho, o como indemnización por un derecho, o por negocio jurídico, que se refiera a un patrimonio, a los que denomina actos de «autodesarrollo forzoso de patrimonios especiales» (*zwangläufige Selbstentwicklung von Sondervermögen*) (pp. 69 ss.) ¹⁹¹. Por último, también se refiere a los casos de adquisición legal de elementos sustitutivos en el seno de pluralidades de cosas (*gesetzlicher Eigentumserwerb am Ersatzstücken einer Sachgesamtheit*), especialmente en relación con el parágrafo 1382 BGB (hoy modificado) ¹⁹² (pp. 90 ss.).

Tras haber desmenuzado el concepto de subrogación real y haber puesto a la luz la diversidad de situaciones en que puede intervenir, lo que en realidad ha hecho Waller es solamente formular nuevas categorías para reinterpretar los procesos que tradicionalmente se identifican con el término «subrogación real», las cuales son al menos tan difíciles de justificar como esta última. Puede compartirse la consideración de que, propia-

¹⁹⁰ WALLER, «Surrogation». *Eine Studie aus dem modernen Privatrecht* (cit. *supra*, nota 10).

¹⁹¹ Este «autodesarrollo» también puede hacer referencia a relaciones jurídicas concretas, a fin de permitir la conservación del valor de objetos particulares atribuidos a varias personas (v. gr. objetos gravados con derechos reales de garantía), vid. *ibíd.*, pp. 52 ss. Todos estos supuestos de «autodesarrollo» los reconduce Waller a la idea de enriquecimiento injusto bajo el criterio de la *aequitas*, citando a Pomponio (D. 12, 6, 14: *Aequum est, ne quis detrimentum alterius locupletior fiat.*).

¹⁹² El antiguo parágrafo 1382 BGB determinaba: «Haushaltsgegenstände, die der Mann an Stelle der von der Frau eingebrachten, nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen Stücke anschafft, werden eingebrachtes Gut», referido al antiguo régimen económico-matrimonial legal (comunidad de administración). Cfr. actual parágrafo 1370 BGB.

mente, los supuestos de «adquisición legal de elementos sustitutivos» en el seno de cosas colectivas (*universitates facti*) en absoluto constituyen ejemplos de subrogación real, ya que no existe ninguna conexión causal entre la salida de unos objetos y la entrada de otros en la pluralidad. Sin embargo, no parece que los supuestos de «órgano necesario» y de «autodesarrollo» (de patrimonios especiales o de situaciones jurídicas singulares) configuren dos categorías distintas, ya que, en la mayoría de los casos, se superponen¹⁹³. Por otra parte, carece de sentido hablar de que un patrimonio o una relación jurídica determinada «se desarrolle por sí misma», en el sentido de proporcionar a su titular nuevos elementos patrimoniales añadidos o en sustitución de los anteriores, dada la estructura personal de los ordenamientos jurídicos modernos, que exigen, en todo caso, un acto jurídico de un legitimado para producir este efecto. Por lo tanto, este «autodesarrollo» resulta aún más desconcertante que la tradicional «subrogación». «Autodesarrollo» y «órgano necesario», más que dos figuras jurídicas distinguibles, son dos formulaciones diferentes de un mismo «principio de subrogación real».

De todos modos, ha sido un acierto de Waller poner de manifiesto que la categoría «subrogación real» dista de ser una figura unívoca, y que más bien encubre realidades jurídicas de naturaleza distinta y, en ocasiones, contradictoria. También es digna de resaltar su apreciación de la diversidad de causas que motivan la presencia de la subrogación real en las relaciones jurídicas singulares y en las universales.

Las propuestas de Waller no fueron asumidas por la doctrina alemana, que ha seguido hablando invariablemente de *Surrogation*. Solamente Spindler, en una tesis de 1914¹⁹⁴, retomó alguna de sus ideas, negando la existencia de un concepto jurídico de subrogación real, pero afirmando que se da uno de tipo económico o fáctico. Si se define la subrogación real como la entrada de un objeto en la situación jurídica de otro, al que sustituye, no está afirmándose ningún concepto jurídico, porque queda oculto el destino de los derechos y las relaciones jurídicas que existen sobre ese objeto (pp. 88 ss.). Pero el procedimiento de salida y entrada de objetos en una relación jurídica no es sólo económico, ya que en ningún caso puede desvincularse de las consecuencias jurídicas que el ordenamiento le impone, y eso también cabe en la idea de subrogación real^{195 y 196}.

¹⁹³ Como lo reconoce en algún momento el mismo Waller, vid. «*Surrogation*», cit., pp. 52 ss. Cfr. STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, cit., p. 53.

¹⁹⁴ SPINDLER, P., *Die dingliche Surrogation beim Gesellschaftsvermögen, im Familien- und Erbrecht nach dem BGB*, Strassburg, 1914.

¹⁹⁵ Cfr. STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, cit., pp. 52 ss.

¹⁹⁶ Una postura mucho menos radical que estos autores defiende WOLF (cfr. *supra*, nota 153), que sostiene la imposibilidad de hablar, en el Derecho privado alemán, de un «principio de subrogación» unitario, en el sentido de fundamento y criterio de aplicación de la figura, debido a la diversidad de configuraciones en que se prescribe. Más bien, señala, hay que elaborar principios de subrogación heterogéneos, válidos para diversos

Con ello hemos dado cuenta de las aportaciones más relevantes de la literatura jurídica alemana, desde la entrada en vigor del BGB, a la teoría de la subrogación real. Sin pretensiones de elaborar una teoría general, centrada en dar razón de las prescripciones concretas de subrogación real en la legislación positiva ¹⁹⁷, la doctrina alemana ha contribuido de modo eficaz a precisar las ideas directrices sobre esta materia. Su distinción entre una subrogación puramente «real» (*dingliche Surrogation*) y otra «obligacional» (*obligatorische Surrogation*), dentro de lo que la doctrina francesa designa uniformemente como *subrogation réelle*, el automatismo y objetividad de su aplicación y la relevancia del elemento patrimonial en el proceso subrogatorio, son constantes en la elaboración doctrinal de los autores germánicos, que enlazan de manera más directa y certera con los principios derivados del Derecho común, aunque depurados de algunos dogmatismos y confusiones arrastrados por la historia.

III. CONSIDERACIÓN DOGMÁTICA DE LA IDEA DE SUBROGACIÓN REAL

3.1 IDEA DE SUBROGACIÓN REAL: CARACTERES

A la luz de la panorámica histórica apuntada, resulta evidente que no reina en absoluto la unanimidad en la doctrina europea más relevante en lo que se refiere al concepto, naturaleza jurídica y campo de aplicación de la figura conocida como «subrogación real». Las legislaciones no ofrecen ninguna regulación completa, apta para un tratamiento comprensivo y cerrado, y la dogmática jurídica aún no ha llegado a la elaboración de un concepto riguroso y universalmente válido de este instituto; y no es fácil que llegue a conseguirlo, puesto que, como se ha visto, presenta la figura un aspecto «proteico», alérgico a toda definición ¹⁹⁸: su vitalidad la hace transformarse con la evolución del Derecho, y su contenido es dependiente de las condiciones objetivas de cada concreto ordenamiento jurídico positivo. Su delimitación conceptual, por tanto, no resulta fácil en absoluto.

grupos de casos comparables (p. 646). Pero lo que él llama «principios de subrogación» (conservación de la masa de responsabilidad, conservación de la unidad patrimonial, garantía de la integridad del derecho real, etc.) son en realidad los *finis* a los que sirve, y por los que está ordenado, un «principio de subrogación» como procedimiento técnico-jurídico especial de atribución de derechos, vid. *infra*, 3.2.1.

¹⁹⁷ Lo que hace que el alcance de las ideas deducidas de las normas legales sea distinto, incluso antinómico, según la actitud metodológica de los intérpretes, cfr. ESSER, *Principio y Norma*, cit., p. 214.

¹⁹⁸ RANOUIL, *La subrogation réelle*, cit., pp. 23 y 271.

Sin embargo, la recursividad de la idea de subrogación, su capacidad para atravesar las distintas épocas y los diferentes ordenamientos, su resistencia frente a ataques y críticas virulentas, su facilidad para adaptarse a nuevas exigencias normativas, todo ello demuestra que se trata de una «idea jurídica general» que se hace necesaria en todo Derecho ¹⁹⁹. Es una «idea-fuerza» que ejerce su presión una y otra vez, ya que sirve como medio para resolver problemas jurídicos recurrentes, que se presentan a todo ordenamiento, aunque aún estemos lejos de un «concepto» y se quede más bien en una «noción funcional».

En consecuencia con esto, no nos proponemos realizar aquí una reconstrucción dogmática del instituto. Nuestro objetivo será únicamente deslindar las bases de una idea de subrogación real que resulte operativa para los fines exegéticos de este trabajo.

Desde un punto de vista histórico, y en su consideración como «pensamiento jurídico universal», la idea de subrogación real se expresa acertadamente en las dos máximas tradicionales del Derecho común: *pretium succedit in locum rei et res in locum pretii* y *subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatum est*.

La frase *pretium succedit in locum rei et res in locum pretii* ²⁰⁰ significa, literalmente, que el precio o la contraprestación que alguien recibe por la enajenación de una cosa recae en el patrimonio del que procedía la cosa enajenada, e igualmente, que la cosa que alguien ha adquirido por compra pertenece al patrimonio del que fue tomado el precio. Asimismo, significa que por la entrada de la cosa adquirida en el patrimonio se llena totalmente el hueco que se abrió por la enajenación del objeto respectivo, de modo que al titular del patrimonio no le correspondan más pretensiones a causa de la enajenación del objeto. La palabra «*pretium*» debe entenderse, por tanto, como «elemento patrimonial en su condición de valor», y la palabra «*res*», en el sentido de «elemento patrimonial en tanto que derecho», ya sea una *res corporalis* o una *incorporalis* ²⁰¹.

La frase *subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatum est* en parte amplía y en parte limita el alcance de la frase anterior. Por un

¹⁹⁹ CAPITANT, *Rev. trim. dr. civ.* (1919), cit., p. 389; ESSER la llama «pensamiento jurídico universal» (*allgemeiner Rechtsgedanke*), vid. *Principio y Norma*, cit., pp. 7, 213 ss., 459. En todo caso, conviene recordar que el Derecho no presenta un desarrollo histórico rectilíneo, sino que experimenta idas y venidas en las cuales figuras jurídicas en un tiempo desechadas cobran de nuevo valor, y viceversa, vid. sobre ello MAYER-MALY, Th., *Die Wiederkehr der Rechtsfiguren, en Juristenzeitung* (1971), pp. 1 ss.

²⁰⁰ El brocardo completo, como se ha visto *supra*, reza *in universalibus pretium succedit in locum rei et res in locum pretii*, pero ha de tenerse en cuenta que el complemento «*in universalibus*» sólo hace referencia, en realidad, al ámbito de aplicación, o la circunstancia en que tiene lugar el procedimiento subrogatorio según la idea tradicional; no es, pues, un elemento esencial de ese proceso, el cual se expresa apropiadamente en el resto de la frase *pretium succedit*, etc. Cfr. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln*, cit., pp. 161 y 190 ss.

²⁰¹ BEYER, *Die Surrogation bei Vermögen* cit., pp. 5 ss.; HOLLDAK, *Grünhuts Zeitschr.* 32 (1905), cit., p. 560; WELLE, *In universalibus*, cit., p. 12.

lado, supone un ampliación frente al *pretium succedit in locum rei...* en la medida en que admite la subrogación no sólo a consecuencia de una compraventa, sino también en virtud de todo tipo de negocio de intercambio de bienes, y, sobre todo, en la medida en que no sólo comprende una adquisición por negocio jurídico, sino también por la ley.

Por otro lado, esta frase representa una limitación respecto al *pretium succedit in locum rei...*, ya que sólo expresa que el objeto subrogado asume la «naturaleza» del enajenado o extraído del patrimonio, pero no que lo sustituya completamente de modo que al titular del patrimonio no le corresponda ninguna pretensión ulterior a causa de la salida del objeto originariamente integrado en el patrimonio de que se trate²⁰². Que el subrogado adquiera la «naturaleza» del objeto sustituido no significa, obviamente, que cambie su naturaleza intrínseca, sino simplemente que queda revestido del carácter que éste asumía en la situación jurídica en que se encontrara (v. gr. carácter de bien hereditario, dotal, fideicomitido, gravado por un derecho de prenda, etc.)²⁰³. Supone, pues, la sujeción de la contraprestación a la misma disciplina particular a la que estaba sujeto el bien enajenado o perdido.

Si se trata de poner en común los diversos significados de estas máximas, podemos concebir la subrogación real como la sustitución de un objeto (*res*) por otro en el seno de un patrimonio determinado, existiendo una relación de causalidad entre la salida de uno y la entrada del otro, y conservándose la misma situación jurídica que afectaba al objeto originario²⁰⁴.

Esta consideración tan amplia y difusa no pasa, con todo, de ser una mera proposición descriptiva de un fenómeno que no caracteriza en absoluto a la subrogación real como tal, ya que es común a otras figuras jurídicas de intercambio de bienes. En realidad, cualquier compraventa o negocio jurídico oneroso puede ocasionar los mismos efectos que los descritos, y no por ello ha de considerarse siempre una aplicación de la idea de subrogación real, como en alguna ocasión se ha sostenido. Ésta exige, propiamente, una serie de matizaciones sin las cuales no puede identificarse como una idea clara y distinta.

I) La subrogación real sólo tiene razón de ser cuando puede oponerse a un tercero, o ser invocada por éste²⁰⁵. Cuando el Derecho obje-

²⁰² BEYER, *Die Surrogation bei Vermögen*, cit., p. 6; WELLE, *In universalibus*, cit., p. 12.

²⁰³ BARBERO, *Le universalità patrimoniali*, cit., p. 119; VALLET DE GOYTISOLO, ADC 6(1953), cit., p. 805, nota 102; MEZQUITA DEL CACHO, RDEA 4 (1959), cit., p. 653.

²⁰⁴ La conservación o permanencia inalterada de la situación jurídica (ROCA SASTRE, RDP 33 [1949] cit., pp. 283 ss.) debe entenderse en sentido relativo, ya que la salida del objeto implica el perecimiento del derecho afectado para su titular; sólo por la subrogación real nace sobre el objeto de reemplazo un nuevo derecho, que puede ser idéntico al anterior o de naturaleza diversa, según las características del subrogado. Es más, suele suceder que el nuevo derecho sea de naturaleza diferente de la del antiguo, ya que a menudo la pérdida de un derecho real se compensa mediante la adquisición de un crédito sobre el subrogado, como en el caso típico de *pretium succedit in locum rei*, o también en la sustitución del inmueble hipotecado por la suma de la indemnización del seguro correspondiente. Vid. al respecto WENGLER, v. *Surrogation*, cit., p. 464; WOLF, JuS (1975) cit., p. 645, nota 11.

²⁰⁵ LUCCI, A., recensión a LONGO, F., *De la surrogazione reale nel diritto italiano* (Napoli, 1897), en AG 59 (1897), pp. 237 ss., p. 238.

tivo impone la subrogación real, lo hace buscando unos fines de protección de los derechos de personas que no han podido intervenir, por diferentes razones, en los actos que han dado lugar al intercambio de bienes. Utilizando el esquema de Lauriol²⁰⁶, a una relación principal sobre un objeto se superpone una segunda relación jurídica («relación accesoria») que hace salir al objeto originario y entrar a otro en su lugar; la subrogación real proporciona un derecho sobre el objeto de reemplazo al polo de la relación principal que no pudo intervenir en la relación accesoria y que ha sufrido una disminución patrimonial. De este modo, el ordenamiento se ocupa de que el titular del objeto originario no sufra menoscabo en su situación jurídica, ya que obtiene automáticamente una posición jurídica equivalente sobre el objeto de reemplazo. Y no sólo el titular originario del derecho desaparecido se ve beneficiado por la subrogación, sino también sus acreedores, puesto que el nuevo objeto entra *inmediatamente* en el patrimonio de aquél, quedando así conservada su masa de responsabilidad. La subrogación real tiene, por tanto, una función de garantía y defensa de la integridad *in natura* de los derechos y los patrimonios, en contraposición a las simples pretensiones personales compensatorias e indemnizatorias, puesto que con respecto a éstas el titular del objeto originario y sus acreedores se encuentran en igualdad de condiciones con los restantes acreedores del sujeto interviniente en el acto de adquisición²⁰⁷.

II) La subrogación real tiene lugar con independencia de la voluntad de los sujetos intervinientes en las relaciones jurídicas que la producen. El titular del derecho originario se hace inmediatamente titular del derecho sobre el objeto de sustitución, incluso si el sujeto que ha realizado el acto de adquisición lo ha hecho en su propio nombre y así lo ha declarado. La adquisición del derecho se produce *ipso iure* atendiendo exclusivamente a la procedencia de los medios sacrificados. La idea de subrogación real supone, en definitiva, una quiebra de los principios de autonomía privada y de publicidad en los negocios jurídicos y una excepción a las reglas generales de adquisición de derechos y de la representación²⁰⁸. Debido a este carácter excepcional y derogatorio de las normas

²⁰⁶ LAURIOL, *La subrogation réelle* I, cit., pp. 59 ss.; cfr. *supra*, 2.4.1.3.

²⁰⁷ WOLF, *JuS* (1975), cit., p. 644.

²⁰⁸ Esta concepción es común en la doctrina alemana, como se ha visto en el texto *supra* (vid. además SÜSS, T., *Das Traditionsprinzip -Ein Atavismus des Sachenrechts*, en *Festschrift für Martin Wolff*, Tübingen, 1952, pp. 141 ss., 155 ss.). Por el contrario, la doctrina francesa, y con ella la mayoría de la doctrina europea, admite, sin embargo, el juego de la subrogación real *ex voluntate* en relación con los derechos singulares (vid., por todos, RANOUIL, *La subrogation réelle*, cit., p. 77) y, en general, en todos los casos en que la ley exige una declaración de voluntad del interesado para que se produzca el efecto subrogatorio (v. gr. art. 1.434 del CC francés). Nosotros entendemos que estos supuestos pueden explicarse por medio de otras figuras ordinarias del Derecho privado (como la novación por cambio de objeto o la dación en pago, entre otras), sin necesidad de acudir a un medio residual y extraordinario como es la subrogación real.

comunes, ha de aplicarse restrictivamente: su existencia sería superflua si se ampliara hasta el punto de comprender supuestos de hecho para los que ya se hayan conformado otros conceptos jurídicos.

Atendiendo a esto, resulta discutible si cabe considerar como de subrogación real aquellos casos en que, aparte de la procedencia de los medios, se exige una voluntad subjetiva para vincular a un determinado patrimonio una adquisición efectuada por negocio jurídico ²⁰⁹. Parece razonable pensar que ese requisito de una determinada dirección de la voluntad podría poner fácilmente en peligro los fines de protección patrimonial buscados por el ordenamiento a través de la subrogación real, por lo que difícilmente pueden considerarse como casos «auténticos» de subrogación real, aunque, en la medida en que también exista una relación objetiva con el patrimonio afectado, no estará ausente una cierta idea de subrogación ²¹⁰.

III) La subrogación puramente «real» supone que el titular del objeto enajenado o perdido adquiere automáticamente para su patrimonio un derecho sobre el objeto de la contraprestación en el mismo momento en que se produce la merma patrimonial, aunque el sujeto que actuó hubiera negociado en su propio nombre ²¹¹. Esta adquisición es inmediata, en el sentido de que no se produce ninguna adquisición intermedia por parte de un tercero, y, por tanto, el titular del patrimonio beneficiado por la subrogación podría perseguir el objeto de reemplazo frente a cualquiera. Esta efectividad «real» no significa, sin embargo, que la subrogación sólo proporcione derechos reales a su beneficiario, sino que también puede referirse a derechos de crédito u otros derechos: lo decisivo a este respecto es

²⁰⁹ Tales supuestos se designan en la doctrina alemana, a partir de Kohler (vid. *supra*, 2.4.2.1) con el término «Bewidmung» (atribución), que, según unos autores, es una fórmula de subrogación, y, según otros, forma una categoría distinta, cfr. WELLE, *In universalibus...*, cit., p. 16. Sobre los llamados «negocios de atribución patrimonial», vid. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español* 1, 2, cit., pp. 719 ss. y la bibliografía allí citada; también Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial* 1^a, Madrid, 1993, pp. 80 ss.

²¹⁰ Distintos a éstos son los supuestos en que la subrogación viene impuesta por una voluntad privada externa a las partes intervinientes o los sujetos interesados. Tal es el caso, p. ej., del testador que dispone que la contraprestación obtenida por la enajenación o pérdida de bienes sometidos a un fideicomiso o un legado quede sujeta a ese mismo gravamen; en tal circunstancia, la voluntad del testador es *lex* para las partes y cabe la posibilidad de admitir el juego de la subrogación real.

²¹¹ El objeto de reemplazo que se incorpora al patrimonio ocupando el lugar dejado por el otro objeto puede ser, propiamente, cualquier elemento patrimonial: tanto una cosa como una suma de dinero o una indemnización, o el crédito del precio o el crédito de una indemnización; vid. sobre ello WIEACKER, F., *Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung. Ein Beitrag zur Kritik der Unterscheidung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht*, en *Deutsche Rechtswissenschaft (Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht)* 6 (1941), pp. 49 ss., 64. No podemos compartir, por tanto, la tesis de cierta doctrina francesa reciente (Bonnecase, Lauriol), que sostiene la exclusión de la subrogación real en caso de haberse entregado una suma de dinero como contraprestación y entiende que ahí más bien debe hablarse del surgimiento de un simple derecho de crédito sometido a las reglas comunes; cfr. *supra*, 2.4.1.3 y nota 135.

que se incorporen inmediatamente al patrimonio del sujeto beneficiado²¹².

Junto a este «tipo ideal» de subrogación con efecto real, los ordenamientos modernos también recogen numerosos casos de lo que la doctrina alemana denomina «subrogación obligacional» (*obligatorische Surrogation*)²¹³. Aquí el titular del objeto originario que sufre una merma patrimonial no obtiene inmediatamente un derecho sobre el objeto de sustitución, sino más bien sólo una pretensión personal frente al tercero adquirente para obtener de éste la transmisión del subrogado. La adquisición para el beneficiario de la subrogación ya no es inmediata, sino mediata, a través de la adquisición intermedia del patrimonio de otro. Mientras la transmisión del subrogado no se efectúe, el tercero adquirente es titular efectivo del mismo, puede disponer de él como legitimado y sus acreedores pueden incluirlo en la masa del concurso, cosa que no sucede en la subrogación puramente «real»: por tanto, el beneficiario de la subrogación no ve garantizada la defensa de la integridad de su derecho como en el caso de la subrogación «real»²¹⁴. La situación es así próxima a la de las pretensiones indemnizatorias por enriquecimiento injustificado, cuando éstas no se resuelven en simples créditos dinerarios, sino que van dirigidas a la «restitución» de cosas determinadas: la frontera entre ambas figuras es muy fluida y depende de la consideración que se tenga de la prevención del enriquecimiento sin causa²¹⁵. La subrogación «obligacional» aparece, por tanto, como una versión de la moderna *actio de in rem verso* o de la *condictio pretii*.

Pese a todo, no puede negarse que en estos casos la idea de subrogación también se halla presente, en el sentido de que la sola procedencia de los medios utilizados, independientemente de la dirección de la voluntad de las partes, proporciona una ventaja jurídica para el patrimonio del que han salido esos medios, aunque se trate de un derecho más «débil» que en el modelo de la subrogación «real» en sentido fuerte. La mayor o

²¹² En este sentido, los efectos de la subrogación real son análogos a los que produce la representación directa o inmediata, vid. *infra*, 3.2.2.

²¹³ Ejemplos de esta clase de subrogación son los parágrafos 281, 816 I 1, 818 I BGB; artículos 1.303, 1.934, 1.935 del CC francés; 486, 1.777 del CC español; 1.259, 1.776, 1.780 del CC italiano (1942).

²¹⁴ WOLF, JuS (1975), cit., p. 645; igualmente, aunque cambiando la terminología, STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtssatz*, cit., pp. 66, 151, 158. Paralelamente, puede observarse la analogía de efectos entre esta subrogación «débil» y la representación mediata o indirecta, en que los efectos jurídicos de la actividad del representante sólo pasan a la esfera del representado por medio de un acto especial de transmisión; vid. sobre esto *infra*, 3.2.2.

²¹⁵ WENGLER, v. *Surrogation*, cit., p. 462. La distinción es muy lábil en la doctrina francesa moderna y reciente, donde la idea de prevención del enriquecimiento injustificado ha pasado a primer plano en la teoría de la subrogación real, precisamente al intentar generalizar la subrogación en todos los casos de adquisición de buena fe de objetos enajenados por un poseedor no legitimado, que es el supuesto típico de subrogación «obligacional»; vid. principalmente DEMOGUE, *Rev. crit. de lég. et jurispr.* 30 (1901), cit., p. 302.

menor proximidad a este «tipo ideal» resulta a menudo una pura cuestión de conveniencia y sometida a discusión en cada ordenamiento ²¹⁶.

En cualquier caso, desde una consideración histórico-dogmática y de Derecho comparado, resulta oportuno efectuar un tratamiento amplio del problema de la subrogación real, y no hacer uso de un concepto de la misma demasiado estrecho; más bien es conveniente utilizar un concepto operativo de subrogación en el que quepan todas estas distinciones que se han practicado, a fin de poder observar los fenómenos concretos de cada ordenamiento sin apriorismos limitadores.

3.2 DOMINIO DE APLICACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUBROGACIÓN REAL

3.2.1 Dominio de aplicación

La subrogación real, en una concepción amplia, puede plantearse en todos los campos del Derecho patrimonial y cubrir casi todos los modos de pérdida y adquisición de derechos. Así pues, el ámbito de aplicación que en sí mismo puede concebirse para la subrogación real es potencialmente inmenso y prácticamente inabarcable: es posible siempre que exista un derecho que pierda su objeto y surja una contraprestación sobre la que pueda recaer un derecho análogo.

Sin embargo, en todos los ordenamientos jurídicos modernos se limita la aplicación de la subrogación real a determinados casos concretos. Esto se debe a las necesidades del tráfico jurídico: los principios de apariencia jurídica, publicidad, confianza, etc., deben primar por encima de todo para que los agentes en la vida del Derecho puedan realizar sus operaciones en un clima adecuado. Los acreedores deben poder confiar en que las adquisiciones de sus deudores pertenecen a su patrimonio, de modo que sean susceptibles de una eventual ejecución. La subrogación real supone una quiebra de estos principios, y sólo en virtud de *razones especiales* puede venir impuesta por el ordenamiento ²¹⁷.

No obstante, las múltiples posibilidades de aplicación de la idea de subrogación real han hecho plantearse la cuestión de si los diversos casos singulares reconocidos por el ordenamiento jurídico no deberían interpretarse como derivación de un principio jurídico general, que rezaría hipotéticamente de la siguiente manera: «*meum est quod ex re mea acqui-*

²¹⁶ WENGLER, v. *Surrogation*, cit., p. 463; ESSER, J., *Schuldrecht*², Karlsruhe, 1960, pp. 350 y 816. Recientemente, en la doctrina alemana, se ha dado alguna aproximación a estas ideas, vid. BÖHM, R., *Surrogation trotz Unwirksamkeit einer Verfügung? Zum Anwendungsbereich der §§ 816, 2019 (2111, 2041) BGB sowie des § 46 KO*, Hamburg, 1973.

²¹⁷ WENGLER, v. *Surrogation*, cit., pp. 465 ss.; WOLF, JuS (1975), cit., p. 646.

ritur». La doctrina francesa, como se ha visto, hizo mucho hincapié en este punto y su labor técnica se orientó a sacar a la luz ese hipotético principio, en particular para los supuestos de subrogación en relación con derechos singulares, con independencia de su conexión con una determinada unidad patrimonial: la idea subyacente era la vinculación de los derechos a su fin, la idea de afectación²¹⁸. El intento, como es notorio, se ha revelado infructuoso y hoy reina el escepticismo: no se admite para los Derechos modernos la existencia de tal principio general de subrogación, aplicable como *regula iuris* más allá de la ley, en el ámbito de los derechos singulares; la existencia de un principio de esa clase pondría en un compromiso a otros principios de valor superior en cualquier ordenamiento jurídico moderno, respecto a los cuales la subrogación real ha de tener un carácter subsidiario²¹⁹. Por tanto, la emergencia del procedimiento subrogatorio en caso de derechos singulares (derechos reales o de crédito) obedece únicamente a criterios de oportunidad, en aquellas situaciones en que el ordenamiento decide dar una mayor protección a los titulares de esos derechos y a sus acreedores²²⁰. Aquí la subrogación real puede operar solamente en los casos establecidos por la ley, que además deben ser interpretados restrictivamente.

Hay, sin embargo, un solo caso en la historia del Derecho en que se ha visto constantemente la utilización amplia y significativa de un «principio de subrogación real» (*Surrogationsprinzip*): se trata del campo de las unidades o masas patrimoniales (*universitas iuris*) y, en particular, los patrimonios especiales, separados o autónomos. Sólo en esta conexión jurídica se plantea hoy la validez de la subrogación real como regla de derecho, aplicable incluso en los casos de laguna legal, según la máxima del Derecho común *in universalibus pretium succedit in locum rei et res in locum pretii*. Esto ha de ser así por cuanto las aplicaciones de la subrogación real en los patrimonios especiales son las más trascendentes, en la medida en que responden a la naturaleza de estos complejos de bienes y derechos y a los fines legalmente establecidos para ellos. Los patrimonios especiales son, de hecho, el «campo propio de la subrogación real»²²¹.

²¹⁸ Cfr. *supra*, 2.4.1.2.

²¹⁹ Sobre este punto de vista vid. RANOUIL, *La subrogation réelle*, cit., pp. 63 ss., que apoya en dos razones técnicas la imposibilidad de elevar la subrogación real al grado de principio general del ordenamiento: por un lado, su rigidez y sus riesgos; por otro, su naturaleza equívoca.

²²⁰ En estos supuestos se elude a menudo incluso el término «subrogación real» para designar el fenómeno: así, por ej., en el caso de sustitución del bien hipotecado por la correspondiente indemnización del seguro se habla de «extensión de la hipoteca» (arts. 1.877 del CC y 110 LH).

²²¹ ROCA SASTRE, RDP 33 (1949), cit., p. 287; vid. también, entre otros, FAIRÉN, M., *Patrimonio y responsabilidad patrimonial*, en RDN 36 (1962), pp. 241 ss., 279 ss.; COSSÍO, A., *La teoría del patrimonio*, en *Estudios de Derecho público y privado en homenaje al Prof. Serrano y Serrano I (Estudios de Derecho civil)*, Valladolid, 1965, pp. 125 ss., 156; ID., *Instituciones de Derecho civil I*, Madrid, 1977, p. 139; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de*

Patrimonios «especiales» o «separados» son masas de bienes y derechos sometidos por la ley de algún modo a un régimen jurídico especial que los mantiene autónomos y relativamente separados del resto del patrimonio de una persona ²²². Su creación está excluida a la libre deter-

Derecho civil I, 1 - 2.ª parte, Barcelona, 1979, 823; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español I-2*, cit., p. 94; DE LOS MOZOS, RDP 85 (1991), cit., pp. 597 y 609; TORRENT, A., *Instituciones de Derecho privado I*, 1. *Derecho civil. Parte general*, Zaragoza, 1994, p. 199. Crítico con la aplicación incondicionada del principio a todos los patrimonios especiales es GARCÍA VALDECASAS, G., *Parte general del Derecho civil español*, Madrid, 1983, p. 308, nota 10. Sobre la doctrina alemana al respecto, vid. *supra*, 2.4.2.1.

Con la afirmación de Roca Sastre (*op. cit.*, p. 286) de que «respecto al patrimonio general de las personas, la subrogación real actúa siempre, por la lógica institucional del supuesto» (en el mismo sentido de AUBRY-RAU, *Cours VI* (1873) cit., p. 235 ss.), apenas se puede hoy estar de acuerdo, tras la crítica de la doctrina moderna a esta postura: supone una confusión de la idea de subrogación real con la de fungibilidad de los bienes y derechos integrantes del patrimonio general de una persona. Además, los bienes y derechos fluyen naturalmente en el patrimonio de un sujeto no por efecto de la sustitución de unos que salen por otros que entran, sino como resultado de la dirección de la voluntad del sujeto adquirente, el cual, a su vez, podría llevar a cabo con sus bienes adquisiciones en beneficio del patrimonio de otra persona si actuara *nomine alieno*: esto excluye de por sí toda operatividad del principio de subrogación en dicha circunstancia. En realidad, admitir el juego de la subrogación en el patrimonio general de las personas convertiría el tráfico jurídico en una constante sucesión de subrogaciones reales con ocasión de todo negocio de intercambio, lo que privaría a la figura de toda autonomía y la convertiría en superflua. Por otra parte, algo que no deja de tener importancia: en el caso del patrimonio general no hay, en principio, ningún tercero que sea beneficiario de la subrogación real, lo que, como se ha visto, es condición para su funcionamiento. Distinto es el caso de los patrimonios personales que se encuentran sometidos a administración ajena (en situación análoga a los patrimonios especiales, v. gr. el patrimonio de un menor), los cuales, sin intervención de la subrogación real, podrían desaparecer a causa de los actos de disposición sobre sus elementos integrantes, o confundirse dentro del patrimonio general de su titular. Aquí la subrogación real se presenta no sólo como razonable, sino más bien imprescindible. Lo mismo podría decirse de los bienes privativos de los cónyuges, en un régimen económico-matrimonial de comunidad de ingresos, que constituyen los patrimonios personales de los cónyuges, y que corren el riesgo de desaparecer sin el concurso de la subrogación.

²²² GARCÍA VALDECASAS, *Parte general*, cit., p. 306; DE LOS MOZOS, RDP 85 (1991), cit., p. 607. La noción es originariamente germánica, desarrollada doctrinalmente a partir de la teoría de Brinz sobre el patrimonio de una persona jurídica afecto a una finalidad determinada (*Zweckvermögen, Sonderzweckvermögen, Sondervermögen*). Esta consideración finalística está del todo presente en la literatura alemana; por ejemplo, Esser define el patrimonio especial de esta manera: «Sondervermögen ist eine objektiv abgegrenzte, selbständig (eigen- oder fremd) verwaltete und durch ihre Bestimmung zusammengehaltene Vermögensmasse eines von dieser Bestimmung willen in seiner Verfügung beschränkten Rechtssubjekts». (Recensión a PINO, A., *El patrimonio separado* [vid. *infra*], en *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 18 [1953], p. 180); cfr., en el mismo sentido, ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil I-1*, cit., p. 845; VON TUHR, *Der Allgemeine Teil I*, cit., p. 332; BAUR, F., en SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I*¹⁰, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1967, p. 365; STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, cit., p. 81; HOLCH G., en *Münchener Kommentar zum BGB I*, München, 1978, p. 474; WOLF, JuS (1975), cit., p. 710. Algún autor ha defendido incluso que el patrimonio general de la persona se encuentra afecto a una finalidad (vid. SCHWARZ, G., *Rechtssubjekt und Rechtszweck. Eine Revision der Lehre von den Personen*, en *Arch. bürgerl. Recht* 32 (1908), pp. 12 ss.). No obstante, la noción también ha encontrado críticas en la doctrina: vid. MARTÍN, R., *Kritische Betrachtungen zur Lehre vom Sondervermögen*, en *Arch. civ. Prax.* 102 (1907), pp. 444 ss.; este autor señala que la designación «patrimonio especial» (*Sondervermögen*) solamente es convencional, ya que engloba realidades jurídicas tan distintas que son poco susceptibles de reconducirse a un concepto único con propiedades comunes; cfr. PINO, A., *El patrimonio separado*, Padova, 1950, el cual entiende

minación de los sujetos, y es competencia exclusiva del Derecho objetivo. La ley autoriza en ciertos casos la consideración unitaria de una serie de relaciones jurídicas activas y pasivas, con independencia del patrimonio general, para que estén ligadas al cumplimiento de determinadas finalidades legalmente establecidas. Entre los motivos legales para la separación pueden encontrarse los siguientes ²²³:

a) la conservación de una determinada masa de responsabilidad, que refuerza la garantía de ciertos acreedores, derogando en parte la *par conditio creditorum*: hay núcleos patrimoniales que están sujetos a una responsabilidad por deudas frente a determinados acreedores, con exclusión de los demás del patrimonio general del deudor, los cuales se verían defraudados en sus derechos si no se conservara la especialidad de esa masa patrimonial; así, por ejemplo, la herencia aceptada a beneficio de inventario se encuentra únicamente a disposición de los acreedores hereditarios; igualmente sucede con las masas del concurso y de la quiebra, o las masas patrimoniales en liquidación;

b) la sujeción a una determinada competencia administrativa especial, fijada por la ley, que limita las facultades de administración y disposición del administrador de un conjunto de bienes en favor de determinadas personas: la masa en cuestión constituye una especial unidad de administración, que se desgaja del patrimonio general. Tales son los casos del patrimonio sujeto a un fideicomiso, o la herencia sometida a un administrador testamentario, o el patrimonio del hijo bajo administración paterna;

c) la vinculación a intereses de varias personas, como sucede en todos los patrimonios colectivos.

En realidad, todos estos criterios pueden encontrarse reunidos en la misma masa patrimonial o pueden aparecer por separado. Lo decisivo es que un conjunto de bienes y derechos se halle legalmente conectado con alguna de estas prescripciones para que deba ser considerado «patrimonio especial», aunque, en ocasiones, técnicamente deba hablarse más bien de patrimonio general de una persona en una situación anormal: tal es el caso del patrimonio del ausente, del menor o del incapacitado, que propiamente no son patrimonios especiales, sino auténticos patrimonios generales sometidos a un régimen de administración en manos ajenas;

que la noción y los casos en que puede aplicarse son inciertos, y en todo caso no parece suficiente con afirmar la destinación a un fin para considerar un complejo patrimonial como un patrimonio separado. La cuestión del fundamento de la separación ha sido, pues, ampliamente discutida (vid. más referencias en PINO, *op. cit.*, pp. 7 ss.). Hoy se considera que tanto la afectación a fines especiales como el sometimiento a un régimen legal distinto del régimen del patrimonio general son las notas distintivas que permiten identificar un patrimonio separado, cfr. GARCÍA VALDECASAS, *Parte general*, cit., pp. 278 ss.; vid. también BIGLIAZZI GERI, L., v. *Patrimonio autonomo e separato*, en ED XXXII, Varese, 1982, pp. 280 ss., 284 y nota 15.

²²³ Vid. sobre ello LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., pp. 278 ss.

pero, dentro de la esfera jurídica del administrador, constituyen verdaderas masas patrimoniales separadas de su patrimonio personal y equiparables a los patrimonios especiales propiamente dichos que eventualmente tenga en su patrimonio ²²⁴.

No es posible establecer un *numerus clausus* de patrimonios especiales, ya que ello depende de las condiciones de cada ordenamiento. No obstante, en términos generales, los patrimonios especiales suelen clasificarse en tres categorías:

a) patrimonios especiales propios: son aquellos que pertenecen al mismo sujeto que los administra, al igual que su patrimonio general. Por tanto, hay un solo sujeto titular de varios patrimonios, los cuales deben quedar estrictamente delimitados;

b) patrimonios especiales bajo administración ajena: son aquellos que se encuentran separados de la administración de su titular y entregados a la administración de otra persona, para la que se equiparan a sus propios patrimonios especiales, si es que los tuviera. Puede tratarse tanto de auténticos patrimonios separados (por ej. la herencia bajo administración) como de patrimonios generales privados de la administración del sujeto del patrimonio (v. gr. patrimonio del menor bajo administración paterna, patrimonio del ausente). En estos casos, la separación respecto del patrimonio general del administrador es más evidente que en el anterior;

c) patrimonios colectivos: son aquellos que tienen por titular a varias personas en común. El patrimonio colectivo se encuentra separado del patrimonio personal de cada uno de los comuneros no sólo por la titularidad compartida, sino también por su vinculación a un fin especial y a un régimen jurídico distinto: por ello su naturaleza como patrimonio separado resulta aún más evidente que en los casos anteriores ²²⁵. La administración y disposición del patrimonio colectivo recae, por lo general, en el conjunto de los comuneros o en un órgano administrativo especial designado al efecto. En consecuencia, el patrimonio colectivo constituye una unidad de administración independiente, al tiempo que forma una masa de responsabilidad separada, en la medida en que sirve para la satisfacción privilegiada de los acreedores comunes. A este grupo pertenece el patrimonio de la comunidad hereditaria indivisa o el de la sociedad de gananciales ²²⁶.

²²⁴ VON TUHR, *Der Allgemeine Teil I*, cit., p. 333.

²²⁵ ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil I-1*, cit., p. 846; LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 281. Sin embargo, suelen tratarse los patrimonios colectivos en la literatura de forma separada respecto de los patrimonios especiales, siguiendo el punto de vista de Von Tuhr, pero lo cierto es que integran una sola categoría jurídica con éstos, ya que la diferencia es sólo de orden cuantitativo.

²²⁶ Esta caracterización de los patrimonios colectivos no deja de ser problemática en derecho español, vid. sobre ello CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español I-2*, cit., p. 660.

En todos estos casos, la subrogación real desempeña un papel decisivo a la hora de conservar la masa patrimonial afectada en su integridad para cumplir los fines establecidos legalmente. El tráfico jurídico y la actividad negocial obligan a un continuo cambio de los elementos integrantes de toda unidad patrimonial, ya sea por motivos orgánicos (pérdida o transformación de los elementos patrimoniales), ya por razones de oportunidad (intercambio negocial). Una administración adecuada de los patrimonios exige a veces la enajenación de alguno de sus elementos o el ejercicio de derechos a él pertenecientes, ya que un patrimonio no es una masa inerte. Sin el concurso de la subrogación real, existiría el peligro de que los actos de administración y disposición socavaran y finalmente eliminaran por sí mismos el patrimonio especial como unidad patrimonial. La idea de subrogación real hace posible la conservación del patrimonio especial en su configuración originaria, a pesar de los cambios concretos que pueda experimentar en su contextura interna. Así, por la fuerza de la subrogación, si los objetos pertenecientes al patrimonio especial perecen, sus subrogados pueden convertirse automáticamente en elementos del patrimonio especial, sin necesidad de una concreta atribución por parte del sujeto adquirente. Del mismo modo, en caso de enajenación onerosa de elementos del patrimonio especial, la contraprestación recae inmediatamente en el mismo, sin consideración a que la voluntad interna o externa del enajenante esté dirigida a una adquisición para el patrimonio especial. De aquí se deduce que, por el contrario, la subrogación real tendrá, lógicamente, un papel limitado en los supuestos de patrimonios especiales no susceptibles de disposición o ejecución (v. gr. los bienes sujetos a una sustitución fideicomisaria).

Las causas del cambio de objetos en el seno de un patrimonio especial que dan pie al juego de la subrogación real pueden ser de muy diversa naturaleza. Cabría sistematizarlas en dos cláusulas fundamentales:

1.^a) forman parte del patrimonio especial los objetos que se adquieren como consecuencia del ejercicio de un derecho perteneciente al patrimonio especial, o a causa de su pérdida, daño o privación;

2.^a) también se hacen del patrimonio especial los objetos que se obtienen, mediante negocio jurídico, a cambio de elementos pertenecientes al patrimonio especial ²²⁷.

La virtualidad de estas dos cláusulas es muy diferente según el tipo de patrimonio especial y las prescripciones de cada ordenamiento. En general parece admitirse que la primera cláusula tiene validez en todo lugar y para todos los patrimonios especiales, en virtud de las prescripciones del

²²⁷ La primera cláusula aparece directamente conectada con la antigua máxima *subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatum est*, mientras que la segunda se encuentra tradicionalmente expresada en la frase *pretium succedit in locum rei, res in locum pretii*.

Derecho objetivo. Respecto a la segunda, sin embargo, hay mayor controversia, ya que resulta mucho más discutible su alcance y plantea numerosos interrogantes en todo ordenamiento ²²⁸.

La vigencia de esta segunda cláusula demarcadora de la subrogación real, incluso fuera de los casos previstos por la ley, se ha expresado tradicionalmente por la famosa máxima *in universalibus pretium succedit in locum rei, res in locum pretii*. Éste ha sido el punto más discutido y, posiblemente, el problema más importante de los que plantea la subrogación real, puesto que conduce directamente a la cuestión de su significación y su naturaleza jurídica. Si se admite su vigencia en esos términos, la subrogación real debe entenderse no sólo como un instrumento técnico-jurídico de que dispone el legislador para ser aplicado en casos concretos por motivos de oportunidad, sino también como un principio general del ordenamiento jurídico, aplicable siempre que la ley guarde silencio ²²⁹.

La cuestión ha nutrido la literatura jurídica europea desde los tiempos de los Glosadores, como se ha visto, y en la literatura moderna se perciben dos tendencias opuestas: por un lado, hay autores que opinan que la subrogación real viene establecida por la ley como una prescripción económica excepcional que se introduce por razones de oportunidad, con objeto de resolver problemas concretos; no existe, por tanto, ningún «principio de subrogación real» en los ordenamientos modernos, por lo que las prescripciones subrogatorias que aparecen en la ley han de entenderse de forma restrictiva ²³⁰. Por el contrario, la segunda corriente de opinión sostiene que, si bien es cierto que la subrogación real no es ningún principio general que atraviese el Derecho moderno, sí representa de hecho un principio de alcance general en el ámbito de los patrimonios especiales ²³¹.

²²⁸ WENGLER, v. *Surrogation*, cit., p. 482; vid. también UNZNER, v. *Surrogation*, cit., p. 831. Sobre las incertidumbres suscitadas al respecto por la *Beziehungsklausel* en el Derecho alemán, vid. *supra*, 2.4.2.

²²⁹ Sobre el significado de los principios en la construcción del sistema jurídico pueden consultarse, entre otros: ESSER, *Principio y Norma*, cit., *pass.*; LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho* (trad. española de la 4.^a ed. alemana por M. Rodríguez Molinero), Barcelona, 1994, pp. 465 ss.; CANARIS, C.-W., *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*², Berlín, 1983, pp. 93 ss. Sobre el tema en relación con la subrogación real vid. STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, cit., pp. 186 ss. y la bibliografía allí citada.

²³⁰ En este sentido se expresan, entre otros: RAASCH, *Die Surrogationsprinzip bei der Erbschaftsklage*, cit., p. 19; WALLER, «*Surrogation*», cit., p. 31; OSTERMEYER, *Bedeutung und Anwendungsfälle des Grundsatzes «pretium succedit in locum rei»*, cit., pp. 18 y 57; SPINDLER, *Die dingliche Surrogation bei Gesellschaftsvermögen*, cit., pp. 102 ss.; UNGER, *Die Aufgaben der dinglichen Ersetzung*, cit., p. 23; WOLF, *JuS* (1975), cit., p. 646; también en la doctrina francesa, recientemente, RANOUIL, *La subrogation réelle*, cit., pp. 63 ss.

²³¹ Defienden este punto de vista, por ejemplo, HOLLDACK, *Die Anwendung und Bedeutung des Grundsatzes: «Pretium succedit in locum rei»*, cit., pp. 563 ss.; KOHLER, *Arch. Bürg. Recht* 32 (1903), cit., pp. 5, 8 ss.; VIEBIG, *Das Surrogationsprinzip*, cit., pp. 36 y 50; RÜHL, H., *Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft*, Berlín, 1930, pp. 42 ss.; WENGLER, v. *Surrogation*, cit., p. 481; ESSER, *Principio y Norma*, cit., pp. 7, 213 ss., 459;

Aunque en ningún código o legislación moderna aparece una prescripción general de subrogación para todos los patrimonios especiales y, por consiguiente, la frase *in universalibus pretium succedit in locum rei* etc., puede parecer un tanto alejada de las regulaciones concretas de los supuestos de subrogación que se dejan ver en los distintos ordenamientos, lo cierto es que el círculo de problemas referentes a la separación de los patrimonios y la vinculación a sus fines no puede ser obviado por ningún sistema jurídico positivo. La doctrina científica ligada al Derecho común resolvió la cuestión acuñando la conocida máxima sobre la base de determinados pasajes del *Corpus iuris* justiniano, cuyo contenido ha guiado la labor de la jurisprudencia y la legislación hasta tiempos recientes ²³². El desarrollo y refinamiento del aparato intelectual de la dogmática moderna quizá ha hecho superfluo el uso de tales máximas, pero no puede suprimir las conexiones jurídicas en que se inscriben. Las críticas vertidas contra el famoso brocardo y las sucesivas formulaciones de la idea de subrogación en la literatura y en la legislación son una adecuada muestra de la «historicidad» de los principios jurídicos, no una negación de su eficacia ²³³.

Por otra parte, la idea de subrogación real en relación con las masas patrimoniales sometidas a un régimen especial responde, en buena lógica, a la naturaleza de las cosas, puesto que no cabe pensar en la subsistencia de una unidad patrimonial que tenga cortadas sus vías de adquisición de derechos, y a esa necesidad hace frente la subrogación real. Esta exigencia técnica es universalmente reconocida, y de ella ha de dar cuenta la legislación siempre que estatuye un determinado patrimonio especial: parece razonable considerar que, si el legislador no establece otra cosa, un patrimonio especial creado para unos fines ha de conservarse en su integridad, la cual, a menudo, requerirá la salida de ciertos elementos del conjunto patrimonial y la entrada de otros nuevos: obviamente, la mejor

vid. además los autores citados *supra*, nota 161. Los autores clásicos franceses, en la medida en que vinculan la aplicación de la subrogación real a las *universitates iuris*, exceden esta postura, ya que *univ. iuris* no son tan sólo los patrimonios especiales, sino también, y por encima de todo, el patrimonio general de la persona.

A éstos habría que añadir a quienes afirman la validez de un «principio de subrogación real» también en las situaciones jurídicas singulares bajo determinados presupuestos, como STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, cit., pp. 189 ss., y los autores franceses de las doctrinas modernas y recientes, los cuales, aunque no hablan en concreto de un «principio de subrogación real», se plantean sus problemas y siguen líneas de pensamiento paralelas. Algunos son tendentes a reconocer un principio de subrogación de alcance general (Demogue, Capitant, Bonnecase), mientras que otros los limitan más bien al marco de las masas patrimoniales o los patrimonios de afectación (Planiol, Lauriol).

²³² ESSER ha puesto de manifiesto el valor permanente de las *regulae*, máximas y paremias del Derecho común, en cuanto expresión sintética de principios de lógica jurídica y de justicia material, dotados de una capacidad de expansión normativa libre de «incrustaciones dogmáticas» (*Principio y Norma*, cit., pp. 144 ss., 401 ss.).

²³³ Sobre la cuestión de la «historicidad» de los principios del Derecho vid. detalladamente, LLOMPART, J., *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*, Frankfurt am Main, 1976, *pass.* (esp. pp. 76 ss.).

manera de conseguir el cumplimiento de esa función de conservación es a través del procedimiento objetivo y automático de la subrogación real. Por otra parte, si una masa patrimonial se halla imposibilitada para reintegrarse del daño o la pérdida de derechos a ella pertenecientes, corre un peligro evidente de verse reducida a la nada en más o menos tiempo, y para evitar este fin también está prevista la subrogación real. Un problema distinto será el de la eficacia y alcance de la subrogación en cada patrimonio especial concreto, y su vinculación con la voluntad particular de los interesados, pero lo que resulta imprescindible para poder hablar de patrimonio especial es que alguna idea de subrogación real esté presente, puesto que, en otro caso, la subsistencia del patrimonio especial queda en manos de la libre voluntad de su poseedor, vulnerándose así los fines objetivos perseguidos por el legislador. La necesaria sustitución de los objetos salidos del patrimonio especial por sus subrogados hace que la conservación *in natura* del patrimonio especial quede garantizada conforme a criterios de carácter objetivo, no personal. Sin embargo, esto no sucede así en el caso de las situaciones jurídicas singulares, que no presuponen en absoluto la necesidad de sustitución de su objeto, ya que el patrimonio del que sale éste no necesariamente corre el riesgo de desaparecer y su titular dispone de otros medios de protección de sus derechos; sólo por decisión específica del legislador se producirá la sustitución del objeto por su subrogado, quedando este último sujeto al mismo vínculo o gravamen que afectaba al primero ²³⁴. En este sentido, y con las matizaciones que cada caso exija, ha de entenderse la existencia de un «principio de subrogación real», únicamente referido a los patrimonios especiales (o patrimonios generales en situaciones especiales) ²³⁵.

Como tal principio jurídico, es eficaz en la medida en que se encuentra incorporado en una o varias normas jurídicas ²³⁶. Pero tales normas no deben ser consideradas como prescripciones aisladas y excepcionales, sino como expresión de la auténtica *ratio legis*, la subrogación real en este caso, que habrá de aplicarse en los casos de laguna legal. En el ámbito de los patrimonios especiales, la subrogación constituye la regla material, y su ausencia representa una excepción. La aplicación de las normas de subrogación, por tanto, es susceptible de extensión analógica a otros supuestos similares de patrimonios especiales prescritos por el

²³⁴ Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L.- LUNA SERRANO, A.- RIVERO FERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil I: Parte general del Derecho Civil*, vol. 3, Barcelona, 1990, pp. 103 ss.

²³⁵ Las mismas razones que sirven para rechazar la existencia de un principio general de subrogación real en los Derechos modernos, entendido como aplicable tanto a situaciones jurídicas particulares como universales, justifican la validez del principio en los patrimonios especiales: su rigidez y su naturaleza correctora, que en circunstancias normales ponen en peligro las exigencias del tráfico jurídico, pero que son consustanciales a la defensa de la integridad de los patrimonios especiales.

²³⁶ LLOMPART, *Die Geschichtlichkeit*, cit., p. 6.

Derecho objetivo ²³⁷. El requisito de legalidad de la subrogación se vincula, pues, al carácter imperativo de los patrimonios especiales.

Si se considera la subrogación real como principio jurídico, inmediatamente surge la cuestión de qué clase de principio. La antigua máxima *in universalibus pretium succedit in locum rei*, etc., no da respuesta a este interrogante, ya que se limita a describir un procedimiento, pero guarda silencio sobre su motivación ²³⁸. La literatura se ha dividido entre los que lo consideran un principio técnico-jurídico o dogmático y quienes lo ven más bien como un principio ético-jurídico, en que son aplicables verdades jurídicas generales ²³⁹. No caben dudas sobre la referencia esencial a la *aequitas* en la institución de la subrogación real, en cuanto que tiene por fin la reconstrucción de un patrimonio dañado, en beneficio de terceros que, de otro modo, resultarían perjudicados en su posición jurídica ²⁴⁰. Sin embargo, la idea de equidad es demasiado general y dogmáticamente poco ilustrativa: como dice Strauch, quien cree tener que apelar a la *aequitas* de una institución está renunciando a comprenderla dogmáticamente más de cerca ²⁴¹. En todo caso, como manifestación de un principio superior, cual es el de *iustitia commutativa* ²⁴², esta referencia es propia tanto de la subrogación en las relaciones jurídicas universales como en las particulares: todas las normas jurídicas están ordenadas teleológicamente hacia la justicia, y así sucede igualmente en las prescripciones de subrogación real ²⁴³.

Pero estas apreciaciones no permiten concluir que la subrogación real constituya de por sí un principio general del ordenamiento. Como princi-

²³⁷ La cuestión de la permisibilidad de una aplicación analógica de las prescripciones de subrogación real es una de las más discutidas en la actualidad, sobre el tema vid. STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, cit., pp. 196 ss. y WELLE, *In universalibus*, cit., pp. 109 ss., con abundancia de referencias.

²³⁸ STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, cit., pp. 190 ss. A pesar de haber encontrado su expresión histórica en esta máxima del Derecho común, el principio de subrogación real no puede interpretarse como un «principio en forma de norma jurídica» (*rechtssatzförmige Prinzipien*) en el sentido de LARENZ, *Metodología*, cit., pp. 471 ss., puesto que los principios de esta clase se concretan en una regla de Derecho inmediatamente aplicable, no son sólo *ratio legis*, sino que son ellos mismos *lex*, como se ha visto en el texto; éste no es el caso de la subrogación real, que requiere para tener eficacia de algún texto legal en que apoyarse, aunque, una vez reconocida, pueda aplicarse a los casos similares incluso a falta de una ley específica.

²³⁹ Sobre las distintas clases de principios jurídicos vid. ESSER, *Principio y Norma*, cit., pp. 113 ss., y LARENZ, *Metodología*, cit., pp. 418 ss.

²⁴⁰ Numerosos autores consideran la subrogación como una expresión de la *aequitas*, entre los cuales se cuentan: WINDMÜLLER, *Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes*, cit., pp. 69 y 95; WALLER, «*Surrogation*», cit., p. 68; KOHLER, *Arch. für Rechts- und Wirtschaftsphil.* 10 (1916/17), cit., p. 62; CAPITANT, *Rev. trim. dr. civ.* (1919), cit., pp. 394, 409 ss.; BONNECASE, *Supplément*, cit., pp. 780 ss.; WENGLER, v. *Surrogation*, cit., p. 501; ESSER, *Principio y Norma*, cit., p. 214.

²⁴¹ STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, cit., p. 184.

²⁴² Vid. COING, H., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*⁴, Berlin/New York, 1985, pp. 15 ss.

²⁴³ En el mismo sentido, con otra fundamentación, BONNECASE, *Supplément*, cit., pp. 780 ss., en contra de Capitant, que encuentra el fundamento de algunos casos de subrogación en la técnica jurídica y, de otros, en la equidad, vid. *supra*, 2.4.1.3.

pio jurídico, la subrogación sólo puede concebirse, según se ha visto, en el ámbito de los patrimonios especiales, y ello obedece fundamentalmente a exigencias técnicas de construcción de esta figura. La subrogación se presenta como un procedimiento de adquisición de derechos inherente al patrimonio especial y ligado únicamente a su efectiva conservación *in natura*: su ordenación depende de la existencia de tal unidad patrimonial y no es por sí misma una «pauta orientadora de normación jurídica», como es el caso de los principios ético-jurídicos ²⁴⁴. Por consiguiente, la idea de subrogación en los patrimonios especiales representa más bien un ejemplo de principio técnico-jurídico, que tiene vigencia en la medida en que el legislador ha considerado conveniente la definición de un patrimonio especial. De todos modos, la configuración de los patrimonios especiales sobre la base del cumplimiento de determinados fines legalmente establecidos justifica que el principio de subrogación real incorpore decisiones de valor materiales que trascienden la mera técnica y hacen posible su utilización como medio para rellenar lagunas legales. En definitiva, la presencia del elemento *aequitas* en todas las prescripciones de subrogación lleva a situar el principio de subrogación real en el espacio fronterizo con los principios de carácter ético-jurídico ²⁴⁵.

3.2.2 Naturaleza jurídica

Con lo anterior está conectado un último punto que ha de discutirse en este lugar: la cuestión de la «naturaleza jurídica» de la subrogación real, es decir, el «lugar dogmático» que la subrogación ocupa en el moderno sistema jurídico. Este problema se ha conectado tradicionalmente con la exégesis del viejo brocardo del Derecho común *subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatum est*.

Desde la época de los Comentaristas hasta la Codificación, esta paremia dio lugar a expresiones más bien oscuras y llenas de contradicciones. Los autores franceses, en relación con la doctrina de los *propes* de su antiguo Derecho de costumbres, formularon la teoría de que la subrogación sólo representa una *ficción jurídica*. Según esta concepción, la subrogación aparece como ficticia por el hecho de que postula una identidad jurídica contraria a la realidad: el bien nuevo toma ficticiamente una o más «cualidades» (*qualités*) del antiguo ²⁴⁶. La teoría se basaba en la distinción entre cualidades intrínsecas y extrínsecas de las

²⁴⁴ LARENZ, *Metodología*, cit., p. 418.

²⁴⁵ CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, cit., p. 95. Una posición más favorable a la consideración ético-jurídica del principio de subrogación es la defendida por STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, cit., pp. 190 ss.

²⁴⁶ Cfr. *supra*, 2.4.1.1. Sobre la idea de ficción jurídica en general, vid. PUGLIATTI, S., v. *Finzione*, en ED XVII, Varese, 1968, pp. 658 ss.; LARENZ, *Metodología*, cit., pp. 255 ss. La

cosas²⁴⁷. Según la mayoría de los autores (Dumoulin, Brodeau, etc.), la subrogación produce la transmisión de las cualidades intrínsecas de una cosa a otra, nunca de las extrínsecas, consideradas puramente accidentales y fortuitas; según otros (v. gr. Duplessis), el efecto era exactamente el contrario²⁴⁸. Las inconsistencias y contradicciones de esta teoría llevaron a los autores a remodelarla sobre la noción de *universitas*, en correspondencia con los principios del Derecho común: por efecto de la subrogación real, el objeto subrogado entra en la universalidad de que formaba parte el bien sustituido y asume su naturaleza jurídica como *res universitatis*²⁴⁹.

Esta concepción no pudo, sin embargo, escapar a los ataques de la crítica moderna, que puso en entredicho tanto la idea de *universitas* como la de ficción referida a la subrogación real. Según los autores modernos, la ficción jurídica supone una discordancia entre el Derecho y la naturaleza; por eso mismo la subrogación no puede ser nunca una ficción, ya que no atribuye al bien nuevo ninguna «cualidad» o carácter que no pueda asumir naturalmente: en realidad, se produce según la naturaleza de las cosas, puesto que responde a la voluntad implícita del legislador o los particulares²⁵⁰. La subrogación se concibe, a partir de aquí, exclusivamente como un procedimiento de reemplazo de bienes, ligado fundamentalmente a la idea de afectación.

No obstante, hoy parece existir una tendencia a retomar la antigua idea de ficción, por cuanto un cierto recurso al artificio resulta indispensable para comprender el funcionamiento de la subrogación real. Ésta se basa en la idea de simulación, al considerar que el subrogado es, de alguna manera, una reproducción del bien antiguo, lo que permite fundar sobre él nuevamente los derechos que recaían sobre éste, y así cumplir los fines de justicia conmutativa buscados por el ordenamiento. Esto la lleva a contradecir las reglas generales de los negocios jurídicos y la atribución de derechos, por lo que resulta formalmente contraria al orden normal de las cosas²⁵¹. Pero la designación de este fenómeno como «ficción» carece de un interés dogmático relevante.

concepción romana de la ficción pudo influir en esta idea de los clásicos franceses, pero sólo lejanamente, puesto que la noción romana estaba demasiado ligada al elemento procesal como para ejercer una influencia decisiva; vid. sobre ello HACKL, K., *Sulla finzione nel diritto privato*, en *Studi in on. di A. Biscardi I*, Milano, 1982, pp. 245 ss.

²⁴⁷ Se entiende por cualidades intrínsecas de las cosas aquellas que se derivan de su naturaleza física o económica, como las de mueble o inmueble, consumible o inconsumible, corpórea o incorpórea; cualidades extrínsecas son las que resultan de la voluntad humana, como las de fungible o infungible, propio o común, dotal o parafernial, etc., cfr. BONNECASE, *Supplément*, cit., p. 771.

²⁴⁸ Cfr. al respecto DEMOGUE, *Rev. crit. lég. et jurispr.* 30 (1901), cit., p. 241.

²⁴⁹ Vid. FLACH, *RH* 14 (1868), p. 453; AUBRY-RAU, *Cours VI* (1873), cit., p. 237. Cfr. *supra*, 2.4.1.1.

²⁵⁰ LAURIOL, *La subrogation réelle I*, cit., p. 25. Vid. además DEMOGUE, *Rev. crit. lég. et jurispr.* 30 (1901), cit., pp. 248 ss.; CAPITANT, *Rev. trim. dr. civ.* (1919), p. 393; PICARD, en PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique III*, cit., p. 33; CERBAN, *Rev. trim. dr. civ.* (1938), cit., p. 53; BONNECASE, *Supplément*, cit., p. 782.

²⁵¹ RANOUIL, *La subrogation réelle*, cit., pp. 61 ss., 143 ss.

Lo decisivo no es, por así decirlo, el origen, sino los efectos de la subrogación. Todo procedimiento subrogatorio, tanto en relaciones jurídicas singulares como en universales, supone la salida de un objeto y la entrada de otro en su lugar. Los derechos que recaían sobre el primero desaparecen con su salida de la situación precedente, y se fundan nuevos derechos sobre el objeto de reemplazo, que pueden ser idénticos a los anteriores o de distinta naturaleza: es relativamente frecuente que un derecho real se transforme, en el momento del traspaso de bienes, en un derecho personal. Lo importante es que el subrogado entra automáticamente en el círculo jurídico al que pertenecía el objeto de derecho enajenado o desaparecido. La consecuencia es el mantenimiento de una situación jurídica análoga a la existente antes del reemplazo de bienes, pero con nuevos derechos atribuidos al titular de los antiguos. La subrogación real consiste, por tanto, en un procedimiento de atribución de derechos, sobre la base de la pérdida de derechos anteriores que recaían sobre objetos que han sido sustituidos, en virtud de una disposición del Derecho objetivo inspirada en motivos de equidad.

Así pues, la subrogación aparece como una forma especial de adquisición de derechos, fundamentalmente en orden a la restauración de patrimonios dañados, que ha de ser puesta junto a otros medios de adquisición de derechos tales como la prescripción adquisitiva, la sucesión o la transmisión negocial ²⁵².

Esta manera de concebir la naturaleza jurídica de la subrogación real plantea el problema de distinguirla de otros conceptos jurídicos propios del Derecho privado que pueden dar lugar eventualmente a efectos similares. En primer lugar, es preciso oponerla a otras formas de adquisición de derechos basadas en un reemplazo de bienes. Así, como se ha visto al examinar sus diversas concepciones históricas, la subrogación real se ha confundido en muchas ocasiones con las nociones de dación en pago, novación por cambio de objeto, e incluso la simple compraventa o transmisión negocial en general ²⁵³. Todas estas figuras jurídicas pueden ser ocasión para una subrogación real, pero no han de ser consideradas en sí mismas subrogaciones en sentido estricto. Por otra parte, la subrogación real supone una adquisición de derechos independiente de la voluntad del titular del patrimonio al que se incorpora el subrogado y sin consideración a la declaración de voluntad de los sujetos actuantes en el negocio

²⁵² WENGLER, v. *Surrogation*, cit., pp. 482 ss. En el mismo sentido, con su particular terminología, STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, cit., pp. 173 ss., que define la naturaleza de la subrogación real como «die besondere Rechtserwerbsart der Mitberechtigungen bei Eingriffen.»

²⁵³ Sobre ello, con otra fundamentación, LAURIOL, *La subrogation réelle*, cit. I, pp. 288 ss., y II, pp. 169 ss.; también RANOUIL, *La subrogation réelle* cit., pp. 146 ss. Sobre la distinción entre subrogación real y novación por cambio de objeto, cfr. MAGAZZU, A., v. *Novazione (diritto civile)*, en ED XXVIII, Varese, 1978, pp. 779 ss., 832 s.; también, íd., ED XLIII, cit., pp. 1503 ss. y nota 43.

de intercambio; en las otras figuras se requiere, sin embargo, el acuerdo del sujeto adquirente del derecho sobre el nuevo objeto y una declaración de voluntad dirigida en ese sentido. La especialidad de la adquisición subrogatoria consiste justamente en que rompe el principio de autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos, en razón de consideraciones de equidad apreciadas por el Derecho objetivo. La adquisición por subrogación real se coloca, en cierto modo, *contra rationem iuris* ²⁵⁴.

Más difícil resulta distinguir la subrogación real frente a las acciones derivadas de un enriquecimiento sin causa (*condictio, actio de in rem verso*) ²⁵⁵. Ambos procedimientos sirven para remediar una merma patrimonial producida sin la voluntad del sujeto del patrimonio dañado. Las acciones de enriquecimiento son acciones indemnizatorias, de modo que el daño se intenta subsanar mediante la concesión de un crédito de dinero por el valor del enriquecimiento producido, que sólo nace una vez realizada la merma patrimonial. La subrogación real, sin embargo, proporciona al perjudicado un derecho concreto sobre un objeto determinado, cuyo valor puede ser idéntico o no al de la merma patrimonial sufrida; este derecho entra inmediatamente en su patrimonio, lo que tiene efectos más favorables que las acciones indemnizatorias en caso de concurso de la persona gravada. De alguna manera, la subrogación prevé y evita el enriquecimiento injustificado de un tercero, sustituyendo el objeto del derecho amenazado; las acciones de enriquecimiento, por el contrario, sólo compensan por la ruptura patrimonial ya ocasionada. No obstante, a veces las acciones de enriquecimiento pueden encontrarse tan favorablemente tratadas en el concurso, que los derechos aparecen tan garantizados como en el caso de la subrogación real.

La distinción se hace más sutil en el caso de la llamada subrogación «obligacional», que solamente proporciona al sujeto perjudicado una pretensión personal para la transmisión del subrogado, contra la persona que ya lo ha adquirido para su propio patrimonio. Este tipo de subrogación utiliza, pues, una técnica indemnizatoria a la hora de cumplir sus fines previstos por el ordenamiento, y sólo puede distinguirse de una acción de enriquecimiento en cuanto al objeto: ha de restituirse el subrogado obtenido por la pérdida o enajenación del objeto originario, es decir, el bien que procede directamente de éste y, en cierto modo, lo representa, aunque su valor real no sea idéntico, mientras que por la acción de enriquecimiento se pide la restitución del equivalente económico del empobrecimiento sufrido ²⁵⁶.

Especialmente frecuente en la literatura alemana ha sido el intento de reconducir los casos de subrogación real a un tipo de adquisición por

²⁵⁴ STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, cit., p. 177.

²⁵⁵ Vid. WENGLER, v. *Surrogation*, cit., pp. 460 ss.; MARÍN PADILLA, RCDI (1975), cit., pp. 1200 ss.; RANOUIL, *La subrogation réelle*, cit., p. 149.

²⁵⁶ Cfr. *supra*, 3.1.III) y nota 215.

medio de representante ²⁵⁷. Los efectos de la subrogación estrictamente «real» son análogos a los de la representación directa o inmediata, por cuanto el adquirente de un derecho no lo hace para sí mismo, sino para otro, o para un patrimonio distinto de su patrimonio personal. En la representación directa, los efectos de los actos negociales realizados por el representante en el ámbito de su poder recaen exclusiva e inmediatamente en la esfera jurídica del representado. Pero, a diferencia de lo que ocurre en la subrogación real, la voluntad de representante de actuar *nomine alieno* desempeña un papel decisivo, y así debe ser conocido por el tercero con el que negocia ²⁵⁸. Lo mismo puede decirse respecto al paralelismo entre subrogación «obligacional» y representación indirecta o mediata, en que los efectos jurídicos de la actividad del representante sólo pasan a la esfera jurídica del representado por un acto específico de transmisión. Tampoco aquí cabe pensar en una representación que se produzca sin conocimiento ni voluntad del representante de actuar en interés de otro, cosa que no ocurre necesariamente en el caso de la subrogación real.

A la luz de estas distinciones, la subrogación real se presenta como un fenómeno jurídico de adquisición de derechos de tipo especial, que supone una excepción a los principios «normales» del Derecho patrimonial, en razón de la equidad. La subrogación real produce una quiebra del principio de autonomía de la voluntad, puesto que se impone por encima de la voluntad de las partes interesadas y de las declaraciones de los sujetos intervinientes en las relaciones jurídicas que dan lugar al efecto subrogatorio ²⁵⁹. Asimismo, representa una quiebra de las reglas usuales que limitan el ámbito de efectividad de las relaciones jurídicas a los inmediatamente participantes, ya que los derechos sobre el subrogado recaen a través de la subrogación real en personas que tal vez no conocían en absoluto la existencia de tal subrogado, e incluso cuando se ha transmitido por negocio jurídico a otras personas. La subrogación real hace saltar el dogma del Derecho moderno (heredado del Derecho romano) de la eficacia exclusivamente *inter partes* de los negocios jurídicos, y la consiguiente atomización del tráfico jurídico en relaciones bipartitas, transformándolas en pluripartitas a fin de conseguir una equitativa compensación de intereses entre los sujetos relacionados ²⁶⁰.

²⁵⁷ Vid. referencias en STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, cit., pp. 163 ss.

²⁵⁸ Cfr. *supra*, 3.1.III) y nota 212. Sobre la doctrina de la representación directa, vid. DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, pp. 33 ss. Sobre la correspondencia entre representación directa y subrogación real, vid. JAHR, G., *Fremdzurechnung bei Verwaltergeschäften*, en *Festschrift für F. Weber*, Berlin/New York, 1975, pp. 275 ss., 280 ss.

²⁵⁹ Ello no obsta para que, en la mayoría de los casos de prescripción de subrogación, quepa suponer como base de la norma una voluntad implícita favorable a la subrogación por parte del sujeto beneficiario, como sugiere DEMOGUE, *Rev. crit. lég. et jurispr.* 30 (1901), p. 248.

²⁶⁰ WENGLER, v. *Surrogation*, cit., pp. 500 ss.; en el mismo sentido se expresaba ya MÜLLER-ERZBACH, R., *Der Durchbruch des Interessentenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien*, en *Jherings Jahrbücher* 53 (1908), pp. 331 ss., 369.

3.3 CLASES DE SUBROGACIÓN REAL

En la literatura jurídica el término «subrogación real», entendido como sinónimo de «sustitución de un objeto de derecho por otro», abarca un espectro de significados tan amplio que apenas se deja reconducir a un concepto unitario. Se han propuesto múltiples distinciones y clasificaciones, a fin de especificar las distintas situaciones jurídicas en que puede realizarse el procedimiento subrogatorio y los diversos efectos a que puede dar lugar. Así, se habla de subrogación «pura» e «impura»²⁶¹, subrogación «sustitutoria», «novatoria», «mediata» y «funcional»²⁶², subrogación «objetiva» y «subjctiva»²⁶³, subrogación «en primer grado» y «en segundo grado»²⁶⁴, subrogación «legal» y «convencional»²⁶⁵, subrogación «general» o «universal» y «especial» o «particular»²⁶⁶, subrogación «absoluta» y «relativa»²⁶⁷, subrogación «perfecta» e «imperfecta» (o «en valor») ²⁶⁸, entre otras muchas distinciones. No es preciso entrar aquí a comentar cada una de estas categorías. En ocasiones, tales clasificaciones obedecen más a un propósito escolástico que a una auténtica delimitación de contenidos ²⁶⁹, pero su enumeración es eficaz para ofrecer una muestra de la enorme riqueza de matices que contiene la idea de subrogación real y las dificultades que presenta para su comprensión conceptual.

A pesar de todo, no deja de ser conveniente destacar algunas de estas dicotomías, que, por su carácter fundamental, pueden ser útiles en una investigación de tipo exegético.

1. Subrogación real *general* (o *a título universal*) y *especial* (o *a título particular*).

La subrogación general atribuye al bien de reemplazo únicamente la cualidad de elemento de una unidad patrimonial (tradicionalmente *universitas iuris*) que tenía el bien antiguo, haciendo abstracción de las circunstancias que recaían sobre éste. En cambio, la subrogación especial produce el efecto de hacer recaer sobre el subrogado los derechos singulares que gravaban el bien reemplazado, sin consideración al patrimonio de que provenga éste ²⁷⁰: por ejemplo, el derecho real de garantía que gra-

²⁶¹ UNGER, *Die Aufgaben der dinglichen Ersetzung*, cit., pp. 21 ss.

²⁶² FABER, *Arch. civ. Prax.* 99 (1906), cit., pp. 238 ss.

²⁶³ FEIST, *Das Prinzip der dinglichen Surrogation*, cit., pp. 21 ss.

²⁶⁴ CAPITANT, *Rev. trim. dr. civ.* (1919), pp. 415 ss.

²⁶⁵ HENRY, *De la subrogation réelle conventionnelle et legale* (*supra*, nota 119; cfr. BONNECASE, *Supplément*, cit., pp. 772 ss.).

²⁶⁶ PAULMIER, *De la subrogation réelle*, cit., pp. 79 ss.; WENGLER, v. *Surrogation*, cit., p. 464; RANOUIL, *La subrogation réelle*, cit., pp. 226 ss.

²⁶⁷ Cfr. *infra*, nota 273.

²⁶⁸ RANOUIL, *La subrogation réelle*, cit., pp. 225 ss.

²⁶⁹ Vid. BONNECASE, *Supplément*, cit., pp. 768 ss.

²⁷⁰ Vid. RIVES, G., *Subrogation réelle a titre particulier et propriété immobilière*, en *Rev. trim. dr. civ.* (1968), pp. 613 ss., 616 ss. Naturalmente, el objeto de reemplazo toma

vaba un objeto determinado recae a su vez sobre la indemnización correspondiente en caso de expropiación del bien.

2. Subrogación real *legal y negocial* (o *convencional*) ²⁷¹.

Subrogación legal es aquella que se produce en virtud de la ley: la adquisición se realiza por obra de una disposición legal, sin negocio jurídico intermedio, sobre la base y en lugar de un derecho existente o como reparación por la destrucción, privación o daño de un objeto perteneciente al patrimonio considerado: por ejemplo, los bienes adquiridos por derecho de retracto perteneciente al patrimonio privativo se hacen privativos ²⁷².

Subrogación negocial, por su parte, es la que tiene lugar con ocasión de un negocio jurídico: el objeto adquirido (o una pretensión sobre él) entra inmediatamente en el patrimonio al que pertenecía el bien sacrificado para conseguirlo, con independencia de la voluntad de las partes que intervengan. No obstante, este efecto sólo puede conseguirse en virtud de una prescripción del Derecho objetivo, de modo que verdaderamente toda subrogación es legal, en la medida en que siempre debe estar prevista por la ley, siendo la actuación negocial de los sujetos simple presupuesto para la puesta en marcha de la disposición legal. La distinción únicamente alude a la causa de la adquisición, no a su esencia.

3. Subrogación *absoluta y relativa*.

La subrogación real con efecto absoluto es aquella en la que el objeto de reemplazo colma totalmente la laguna abierta en un patrimonio por el bien sustituido.

La subrogación con efecto relativo, sin embargo, tiene lugar cuando el objeto de reemplazo no colma totalmente el hueco dejado en el patrimonio por el bien sustituido, por lo que al titular de ese patrimonio le corresponden, tras la entrada del subrogado, más pretensiones contra quien ha dado pie a la salida del objeto originario ²⁷³.

el lugar del bien reemplazado en el patrimonio en que se integraba éste: si se trata de un patrimonio especial, se entiende que hay al mismo tiempo una subrogación general. Esto demuestra la relatividad de la distinción, dado que la subrogación tiene lugar «en todas direcciones», de modo que la sustitución del objeto se produce tanto en el patrimonio de su propietario como en los patrimonios de los titulares de los eventuales derechos que lo gravan. Sin embargo, no hay que perder de vista que esto se debe a que en los dos tipos de subrogación se da el mismo efecto —en definitiva, la sustitución de un objeto por otro—, pero por distintas «causas», de forma que podría afirmarse que el término «subrogación real» está encubriendo dos fenómenos distintos, vid. HIRSCH, H., recensión a BEYER, *Die Surrogation bei Vermögen* cit., en *Juristisches Literaturblatt* 18 (1906), pp. 203 ss.

²⁷¹ El adjetivo «convencional» es ambiguo, porque puede indicar tanto la idea de una subrogación real producida como consecuencia de un negocio jurídico, que es la que aquí interesa destacar, como la de una subrogación producida por el acuerdo de las partes en sustituir un objeto por otro en una relación jurídica dada, lo que no consideramos en absoluto una subrogación, sino otros tipos de figura jurídica. Por ello, entendemos que es más apropiado hablar de subrogación «negocial».

²⁷² Artículo 1346.4.º del CC español.

²⁷³ BEYER, *Die Surrogation bei Vermögen*, cit., p. 7.

En realidad, éste no es un problema que afecte a la subrogación real, puesto que no existe ningún obstáculo para que ésta concorra con otras acciones de compensación entre los interesados, sin que por ello se vea interferida en su acción protectora. La subrogación real proporciona a su beneficiario una compensación jurídica por la pérdida de sus elementos patrimoniales, pero no necesariamente una compensación económica, que el ordenamiento puede facilitar por otras vías paralelas a la propia subrogación²⁷⁴. Así pues, esta distinción es únicamente descriptiva del alcance que puede dar el ordenamiento a una determinada prescripción de subrogación real.

4. Una última clasificación, más trascendente que las anteriores, es la que distingue entre subrogación *real* en sentido estricto y subrogación *obligacional*, distinción que ya ha sido tratada con detalle y cuyos fundamentos no es preciso repetir aquí²⁷⁵.

IV. CONCLUSIÓN PROVISIONAL

La teoría del Derecho puede plantearse, al igual que la filosofía, una tarea circular en la conexión entre categorías e ideas: así, puede apoyarse en un *regressus*, a partir de las categorías cristalizadas en cada época histórica, para alcanzar las ideas que las atraviesan y las vinculan; y, a continuación, en el *progressus*, una vez destiladas las ideas, servirán éstas como cánones de medición crítica de las propias categorías²⁷⁶.

Hasta ahora, nuestra investigación ha llevado a cabo el *regressus* hacia las diversas concepciones teóricas de la subrogación real en la historia del pensamiento jurídico, con el fin de reconstruir una idea de subrogación capaz de trascender los distintos sistemas; una vez esbozada esa idea, se trataría ahora de volver, en el *progressus*, por un lado, hacia los mismos textos romanos que sirvieron de base para construir la categoría en el pensamiento medieval, con objeto de valorar críticamente su alcance, a la luz de la idea de subrogación real formulada, y determinar la contribución que una reconsideración de los textos romanos puede hacer a la elaboración de una teoría actual de la subrogación. La investigación debe examinar, a la vista de las fuentes, si en el Derecho romano histórico se encuentra efectivamente una idea propia de subrogación real, qué características presenta, en su caso, y, en definitiva, cómo se regulan las conexiones jurídicas fundamentales en las que cabría hablar de un «principio de subrogación real». Por otro lado, es preciso girar la vista hacia los propios preceptos de los ordenamientos jurídicos positivos, a fin

²⁷⁴ STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, cit., pp. 71 ss.

²⁷⁵ Vid. *supra*, 3.1.III y 3.2.2.

²⁷⁶ Vid. BUENO, G.- HIDALGO, A.- IGLESIAS, C., *Symploké*. Barcelona, 1987, p. 44.

de verificar la eficacia real de la construcción dogmática y su alcance como medio de identificación de problemas jurídicos, así como someter a crítica y valoración las diversas soluciones alcanzadas en el Derecho comparado. Tal podría constituir, en última instancia, la tarea de una investigación comprehensiva del complejo fenómeno de la subrogación real.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTARIO, E., *Actio de universitate e actio specialis in rem*, en *Studi di diritto romano* IV, Milano, 1946, pp. 63 ss.
- ALCIATUS, A., *In Digestorum titulos aliquot commentaria* III, 2, Lugduni, 1560.
- ARNDTS, L., *Gesammelte Civilistische Schriften* II, Stuttgart, 1873.
- *Trattato delle Pandette* (trad. ital. de F. SERAFINI) I-1⁴, Bologna, 1882.
- AUBRU, C. - RAU, C., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* VI⁴, París, 1873; IX⁶, París, 1953.
- AZO, *Summa super Codicem*, Augustae Taurinorum, 1578 (reimpr. phot., 1966).
- BALBUS DE UBALDIS, *Commentaria*, Venetiis, 1599.
- BARBERO, D., *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936.
- BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Commentaria*, Basileae, 1562.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. - BONNECASE, J., *Traité théorique et pratique de droit civil. Supplément* III, París, 1926.
- BELLERMANN, W., *Die Surrogation bei Veräußerung der Erbschaft durch den Erbschaftsbesitzer*, Strassburg, 1910.
- BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadephia, 1953.
- BEYER, R., *Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche*, Marburg, 1905.
- BIGLIAZZI GERI, L., v. *Patrimonio autonomo e separato*, en ED XXXII, Varese, 1982, pp. 280 ss.
- BIONDI, B., rec. a PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale* (Weimar, 1950), en *Jus* 2 (1951), pp. 536 ss.
- *La dottrina giuridica della universitas nelle fonti romane*, en *Scritti giuridici* III, Milano, 1965, pp. 119 ss.
- BLAISE, A., *Dictionnaire Latin-Français des Auteurs Chrétiens*, Turnhout, 1954.
- BLÁZQUEZ FRAILE, A., *Diccionario Latino-Español, Español-Latino* II, Barcelona, 1985.
- BÖHM, R., *Surrogation trotz Unwirksamkeit einer Verfügung? Zum Anwendungsbereich der §§ 816, 2019 (2111, 2041) BGB sowie des & 46 KO*, Hamburg, 1973.
- BRINZ, A., *Lehrbuch der Pandekten* I, Erlangen, 1857.
- BUCKLAND, W. W., *Equity in Roman Law*, London, 1911.
- BUENO, G. - HIDALGO, A. - IGLESIAS, C., *Simploké*, Barcelona, 1987.
- BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto commune* II, Padova, 1939.
- CALASSO, F., *Medio Evo del Diritto* I, Milano, 1954.

- CANARIS, C. - G., *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Rechtsfortbildung praeter legem*², Berlín, 1983.
- CAPITANT, H., *Essai sur la subrogation réelle*, en *Revue Trimestrelle de Droit Civil* 18 (1919), pp. 385 ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral I*, vol. 2¹⁴, Madrid, 1984.
- CERBAN, A., *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, en *Revue Trimestrelle de Droit Civil* 38 (1939), pp. 47 ss.
- CLAUS, A., *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht*, Berlín, 1973.
- COING, H., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*⁴, Berlín/New York, 1985.
- COLIN, A. - CAPITANT, H. - JULLIOT DE LA MORANDIÉTE, L., *Traité de droit civil I*, París, 1957.
- CONSMÜLLER, J., *Die Surrogation beim Vorbehaltsgut (§ 1370 BGB) und ihre Wirksamkeit dritten Personen gegenüber*, Leipzig, 1916.
- CORPUS IURIS CIVILIS IUSTINIANEI, cum comentariis Accursii* (Studia et opera I. Fehi), Lugduni, 1627 (reimpr. phot. Osnabrück, 1965).
- COSSÍO, A., *La teoría del patrimonio*, en *Estudios Serrano y Serrano I*, Valladolid, 1965.
- *Instituciones de Derecho Civil I*, Madrid, 1977.
- CUIACIUS, I., *Opera omnia*, Lutetiae Parisiorum, 1658.
- DAWSON, J. P., *Unjust Enrichment*, Boston, 1951.
- DE CASTRO, P., *In priman Digesti Veteris partem Commentaria*, Lugduni, 1585.
- DE LOS MOZOS, J. L., *Aproximación a una teoría general del patrimonio*, en RDP 85 (1991), pp. 587 ss.
- DE LUCA, J., *Theatrum Veritatis et Iustitiae VIII*, Venetiis, 1698.
- DEL'ORO, A., *Le cose collettive nel diritto romano*, Milano, 1963.
- DEMOGUE, R., *Essai d'une théorie générale sur la subrogation réelle*, en *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* 30 (1901), pp. 295 ss., 346 ss.
- DERNBURG, H., *Pandekten*⁷ I, Berlín, 1902.
- DÍEZ PICAZO, L., *La representación del Derecho privado*, Madrid, 1979.
- , *Fundamentos de Derecho civil patrimonial I*⁴, Madrid, 1993.
- DILCHER, H., *Zur Einführung: Romanistische Mediävistik*, en JuS (1966), pp. 387 ss.
- DU FRESNE, Ch. (Sieur DU CANGE), *Glossarium Mediae et Infimae Latinitatis VI*, París, 1883-1887 (reimpr. anast. Graz, 1954).
- ENNECERUS, L. - NIPPERDEY, H. C., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I*-1⁵, Tübingen, 1959.
- ERNOUT, A. - MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine*⁴, París, 1967.
- ESSER, J., rec. a Pino, *Il patrimonio sparato* (Padova, 1950), en *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 18 (1953), pp. 180 ss.
- *Schuldrecht*², Karksruhe, 1960.
- *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado* (trad. esp. de E. Valentí Fiol), Barcelona, 1961.
- FABER, *Die Vermögensmassen der Errungenschaftsgemeinschaft nach württembergerischen Recht und nach Reichsrecht*, en Arch. civ. Prax. 99 (1906), pp. 161 ss.

- FADDA, C. - BENZA, P. E., *Note a WINDSCHEID, B., Il Diritto delle Pandette* (trad. ital. de los mismos) V, Torino, 1926.
- FAIRÉN, M., *Patrimonio y responsabilidad patrimonial*, en RDN 36 (1962), pp. 241 ss.
- FEIST, O., *Das Prinzip der dinglichen Surrogation im Familien und Erbrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Halle, 1903.
- FERID, M., *Das Französische Zivilrecht I-II*, Frankfurt am Main/Berlín, 1971.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, Madrid, 1992.
- FLACH, J., *De la subrogación real*, en RCDI (1935), pp. 279 ss.
- FORCELLINI, I., *Totius Latinitatis Lexicon*³ V, Prati, 1871.
- GAFFIOT, F., *Dictionnaire Latin-Français*, París, 1934.
- GARCÍA VALDECASAS, G., *Parte General del Derecho Civil español*, Madrid, 1983.
- GENZMER, E., *Die justinianische Kodifikation und die Glossatoren*, en SCHRAGE, E. (ed.), *Das römische Recht im Mittelalter*. Darmstadt, 1987, pp. 5 ss.
- GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht. II. Sachenrecht*, Leipzig, 1905.
—*Das deutsche Genossenschaftsrecht. II. Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, Graz, 1954.
- GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette I* (trad. ital. y notas de C. Ferrini), Milano, 1888.
- HACKL, K., *Sulla finzione nel diritto privato*, en *Studi Biscardi I*, Milano, 1982, pp. 245 ss.
- HAMZA, G., *Comparative Law and Antiquity*, Budapest, 1991.
- HASSE, J. C., *Ueber Universitas juris und rerum, und über Universal - und Singular-Succession*, en *Arch. civ. Prax.* 5 (1822), pp. 1 ss.
- HEIMBACH (sen.), V. SACHE, en *Rechtswörterbuch für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesamte Rechtswissenschaft IX*, Leipzig, 1855, pp. 462 ss.
- HEUMANN, H. - SECKE, E., *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*¹⁰, Graz, 1958.
- HIRSCH, H., rec. a BEYER, *Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche* (Marburg, 1905), en *Juristisches Literaturblatt* 18 (1906), pp. 203 ss.
- HOLLDACK, F., *Die Anwendung und Bedeutung des Grudastzes: «Pretium succedit in locum rei» im bürgerl. Gesetzbuch des deutschen Reichs*, en *Grünnhuts Zeitschrift* 32 (1905), pp. 557 ss.
- HYSSERL, G., *Der Rechtsgegenstand. Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums*, Berlín, 1933.
- IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e Instituciones*¹¹, Barcelona, 1993.
- JAHR, G., *Fremdzurechnung bei Verwaltergeschäften*, en *Festschrift für F. Weber*, Berlín/New York, 1975, pp. 275 ss.
- JASON DE MAYNO, *In primam partem Infortiati commentaria*, Lugduni, 1581.
- JOSSELAND, L., *Cours de droit civil positif français III*², París, 1933.
- KASER, M., *Das römische Privatrecht I*², München, 1971; *II*², München, 1975.
—*Stellvertretung und, notwendige Entgeltlichkeit*, en ZSS 91 (1974), pp. 146 ss.
- KELLER, F. V. VON, *Pandekten*, Leipzig, 1861.
- KOHLER, J., *Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. VI. Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit*, en *Archiv für Bürgerliches Recht* 22 (1903), pp. 1 ss.

- Sozial –und Individualgedanken im Rechtserwerb*, en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 10 (1916/1917), pp. 56 ss.
- KOSCHACKER, P., *Europa y el Derecho Romano* (trad. esp. de J. Santa Cruz Tejeiro), Madr, 1955.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. - LUNA SERRANO, A. - RIVERO FERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil I*, vol. 3, Barcelona, 1990.
- LARENZ, K., *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*⁵, München, 1980.
- Metodología de la ciencia del Derecho* (trad. esp. de M. Rodríguez Molinero), Barcelona, 1994.
- LAURIOL, M., *La subrogation réelle* I-II, París, 1954.
- LÉVY, J. P., *Les ventes dans la Bible, le transfert de propriété et le «Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit»*, en *Mélanges Meylan II*, Lausanne, 1963, pp. 157 ss.
- LEWIS, C. T. - SHORT, C., *A Latin Dictionary*, Oxford, 1879 (reimpr. 1989).
- LIEBS, D., *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München 1982.
- LLOMPART, J., *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*, Frankfurt am Main, 1976.
- LOPAU, E., rec. a STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtserstaz* (Bielefeld, 1972), en *Arch. Civ. Prax.* 174 (1974), pp. 410 ss.
- LUCCI, A., rec. a LONGO, F., *De la surrogazione reale nel diritto italiano* (Napoli, 1897), en AG 59 (1897), pp. 237 ss.
- La dottrina delle «universitates reum» nel diritto medievale*, en AG 73 (1904), pp. 305 ss.
- MAGAZZÙ, A., v. *Novazione (dir. civ.)*, en ED XXVIII, Varese, 1978, pp. 770 ss.
- V. Surrogazione reale*, en ED XLIII, Varese, 1990, pp. 1497 ss.
- MARÍN PADILLA, M. L., *La formación del concepto de subrogación real*, en RCDI (1975), pp. 1111 ss.
- Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de Familia*, en RCDI (1978), pp. 717 ss.
- El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce*, en RCDI (1978), pp. 1149 ss.
- Estudio y aplicación del principio general de subrogación real en el Derecho de Sucesiones*, en RCDI (1980), pp. 1399 ss.
- MARTIN, R., *Kritische Betrachtungen zur Lehre vom Sondervermögen*, en *Arch. civ. Prax.* 102 (1907), pp. 444 ss.
- MARTY, G. - RAYNAUD, P., *Droit Civil I*², París, 1972.
- MAYER-MALY, Th., *Die Wiederkehr der Rechtsfiguren*, en *Juristenzeitung* (1971), pp. 1 ss.
- MEZQUITA DEL CACHO, J. L., *Principales aplicaciones de la subrogación real en nuestro Derecho*, en *Revista de Derecho Español y Americano* 4 (1959), pp. 649 ss.
- MIQUEL, J., *El Derecho romano y la tradición romanística*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (1974), pp. 129 ss.
- MOSCARINI, L. V., v. *Surrogazione reale*, en NNDI XVIII, Torino, 1971, pp. 969 ss.

- MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich III/V*, Berlín, 1899 (reimpr. Aalen, 1979).
- MÜHLENBRUCH, C. F., *Ueber die sogenannten «juris» und «facti universitates»*, en *Arch. Civ. Prax.* 17 (1834), pp. 321 ss.
- MÜLLER-ERZBACH, R., *Der Durchbruch des Interessentenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien*, en *Jherings Jahrbücher* 53 (1908), pp. 331 ss.
- MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH I, München, 1978.
- ORESTANO, R., *Il «probleme delle persone giuridiche» in diritto romano I*, Torino, 1968.
- OSTERMEYER, W., *Bedeutung und Anwendungsfälle des Grundsatzes: «pretium succedit in locum rei» nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, Greifswald, 1905.
- PALANDT (ed.), *Kurzkommentar zum BGB*⁴², München, 1983.
- PAULMIER, E., *De la subrogation réelle en droit romain et en droit français*, Orléans, 1882.
- PETSCHOW, H., *Der Surrogationsgedanke im neubabylonischen Recht*, en *RIDA* 1 (1954), pp. 125 ss.
—*Das neubabylonische Gesetzesfragment*, en *ZSS* 76 (1959), pp. 37 ss.
- PINO, A., *Il patrimonio separato*, Padova, 1950.
- PLANIOL, M. - RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français III*, Paris, 1926.
- PRINGSHEIM, F., *Der Kauf mit fremden Geld*, Leipzig, 1916.
—*The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950.
- PUCHTA, G. F., *Pandekten*³, Leipzig, 1843.
—*Von dem Grundsatz: «res transit in locum pretii, pretium in locum rei»*, en *Vorlesungen über das heutige römische Recht I*⁵, Beilage XVI, Leipzig, 1862, pp. 416 ss.
—*Cursus der Institutionen II*⁸, Leipzig, 1875.
- PUGLIATTI, S., *Riflessioni in tema di universitas*, en *Congresso Giuridico Nazionale in memoria di Carlo Fadda (1955)*, Milano, 1968, pp. 83 ss.
- ID., v. *Finzione*, en *ED XVII*, Varese, 1968, pp. 658 ss.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil I*, 1-2.^a parte, Barcelona, 1977.
- RAASCH, F., *Das Surrogationsprinzip bei der Erbschaftsklage nach gemeinem und bürgerlichem Recht*, Greifswald, 1903.
- RAMS ALBESA, J. J., *La subrogación real en la sociedad de gananciales*, en *RDN* 125-126 (1984), pp. 297 ss.
—*La sociedad de gananciales*, Madrid, 1992.
- RANOUIL, V., *La subrogation réelle en droit civil français*, Paris, 1985.
- RASCIO, R., v. *Universalità patrimoniali*, en *NNDI XX*, Torino, 1975, pp. 74 ss.
- RIVES, G., *Subrogation réelle a titre particulier et propriété immobilière*, en *Revue Trimestrelle de Droit Civil* 65 (1968), pp. 613 ss.
- ROCA SATRE, R. M., *La subrogación real*, en *RDP* 33 (1949), pp. 281 ss.
- RÜHL, H., *Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft*, Berlín, 1930.
- SAVIGNY, F. C. VON, *Sistema de Derecho Romano actual* (trad. esp. de J. Messía y M. Poley) I², Madrid, s.f.
- SCHERER, A., *Erklärung des Satzes: res succedit in locum pretii, pretium in locum rei*, Göttingen, 1890.

- SCHNORR VON CAROLSFELD, L., *Geschichte der juristischen Person (universitas, corpus, collegium im klassischen römischen Recht)* I, München, 1933 (reimpr. corr. Aalen, 1933).
- SCHWARZ, G., *Rechtssubjekt und Rechtszweck. Eine Revision der Lehre von den Personen*, en *Archiv für Bürgerliches Recht* 32 (1908), pp. 12 ss.
- SEIDL, E., *Der Eigentumsübergang beim Darlehen und Depositum irregulare*, en *Festschrift Schulz* I, Weimar, 1951, pp. 373 ss.
- rec. a PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale* (Weimar, 1950), en *TR* 20 (1952), pp. 105 ss.
- Eine neu Urkunde aus Ägypten zum Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit*, en *Studi Arangio-Ruiz* I, Napoli, 1953, pp. 47 ss.
- Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte bis zum Ende des Neuen Reiches*, Glückstadt, 1957.
- Ägyptische Rechtsgeschichte der Saiten- und Perserzeit*², Glückstadt, 1968.
- Rechtsgeschichte Ägyptens als römischer Provinz*, Sankt Agustin, 1973.
- SEUFFERT, J. A., *Praktisches Pandektenrecht* I³, Würzburg, 1852.
- SIBER, H., *Das Verwaltungsrecht am fremden Vermögen im Deutschen BGB*, en *Jherings Jahrbücher* 67 (1917), pp. 81 ss.
- SIMONIUS, P., *Die güterrechtliche Surrogation*, Basel/Struttgart, 1970.
- SINTENIS, C. F. F., *Das practische gemeine Civilrecht* I³, Leipzig, 1868.
- SOERGEL (ed.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* I¹⁰, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1967.
- SPINDLER, P., *Die dingliche Surrogation beim Gesellschafts vermögen, im Familien- und Erbrecht nach dem BGB*, Strassburg, 1914.
- STRAUCH, D., *Mehrheitlicher Rechtserstaz. Ein Beitrag zur «dinglichen Surrogation» im Privatrecht*, Bielefeld, 1972.
- SÜSS, Th., *Das Traditionsprinzip – Ein Atavismus des Sachenrechts*, en *Festschrift M. Wolf*, Tübingen, 1952, pp. 141 ss.
- TALAMANCA, M., rec. a SEIDL, *Ptolemäische Rechtsgeschichte*² (Glückstadt/Hamburg/New York, 1962), en *BIDR* 65 (1962), pp. 254 ss.
- TARTAGNUS, A., *In primam et secundam Infortiati commentaria*, Augustae Taurinorum, 1575.
- THIBAUT, A. F. J., *System des Pandektenrechts* I⁸, Jena, 1834.
- THIELE, *Studien zum ehelichen Güterrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Surrogation nach § 1381, 1382*, en *Arch. Civ. Prax.* 91 (1901), pp. 1 ss., 66 ss.
- TILCH, H., v. *Surrogation im Erbrecht*, en *Deutsches Rechtslexicon* III², München, 1992, pp. 600 ss.
- V. *Surrogation im Familienrecht*, en *Deutsches Rechtslexicon* III², München, 1992, pp. 601 ss.
- TORRENT, A., *Instituciones de Derecho privado* I. 1. *Derecho Civil. Parte general*, Zaragoza, 1994.
- UNGER, H., *Die Aufgaben der dinglichen Ersetzung (Surrogation) für die Sonderung des Nachlasses im Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Halle, 1935.
- UNZNER, K. VON, v. *Surrogation*, en *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft* V, Berlín/Leipzig, 1928, pp. 830 ss.

- VALLET DE GOYTISOLO, J., *Pignus tabernae*, en ADC 6 (1953), pp. 783 ss.
- VAN CAENEGEM, R. C., *An Historical Introduction to Private Law* (trad. ingl. de D. E. L. Johnston), Cambridge/New York/Port Chester /Melbourne/Sydney, 1992.
- VANGEROW, K. A. VON, *Lehrbuch der Pandekten I*, Marburg/Leipzig, 1863.
- VIEBIG, H., *Das Surrogationsprinzip und unser Bürgerliches Gesetzbuch*, Leipzig, 1933.
- VON TUHR, A., *Der Allegemeine Lehren Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Allgemeine Lehren und Personenrecht*, Leipzig, 1910.
—*Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil*, Berlín, 1923.
- WÄCHTER, C. G. VON, *Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrecht 1*, Stuttgart, 1845.
—*Pandekten I*, Leipzig, 1880.
- WACKE, A., *Faktische Arbeitsverhältnisse im Römischen Recht? Zur sogenannten «notwendigen Entgeltlichkeit», besonders bei Arbeitsleistungen vermeintlicher Sklaven*, en ZSS 108 (1991), pp. 123 ss.
- WALLER, A., «Surrogation». *Eine Studie aus dem modernen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der juristischen Bedeutung des Problems der Einheit und Identität*, Bonn, 1904.
- WELLE, A., *In universalibus pretium succedit in locum rei, res in locum pretii. Eine Untersuchung zur Entwicklungsgeschichte der dinglichen Surrogation bei Sondervenmögen*, Berlín, 1987.
- WENGLER, W., v. *Surrogation*, en *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes VI*, Berlín, 1938, pp. 446 ss.
- WESENBERG, G. - WESENER, G., *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*⁴, Wien/Köln/Graz, 1985.
- WIEACKER, F., *Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung. Ein Beitrag zur Kritik der Unterscheidung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht*, en *Deutsche Rechtswissenschaft* 6 (1941), pp. 49 ss.
—*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*², Göttingen, 1967.
- WINDMÜLLER, E., *Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes: «pretium succedit in locum rei, res in locum pretii», nach gemeinem Recht und BGB*, Leipzig, 1902.
- WINDSCHEID, B. - KIPP, Th., *Lehrbuch der Pandektenrechts*⁹ I/III, Frankfurt am Main, 1906.
- WOLF, M., *Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation*, en *JuS* (1975), pp. 643 ss., 710 ss., y *JuS* (1976), pp. 32 ss., 104 ss.
- WOLFF, H. J., *Zum Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit*, en *Festschrift Seidl*, Köln, 1975, pp. 231 ss.

ÍNDICE

(Las referencias corresponden a las secciones del texto y a las notas a pie de página.)

I. FUENTES JURÍDICAS

A. PREJUSTINIANEAS

Codex Theodosianus

1, 5, 9:	n.5
12, 1, 120:	n.5
12, 1, 134:	n.5

Ulpiani epitome

1, 3:	n.6
-------	-----

B. CORPUS IURIS CIVILIS

Digesta

5, 3, 20, 3:	n.43
5, 3, 20, 10:	2.2.2. y n.67, 2.3.
5, 3, 22:	1, 2.2.1.
6, 1, 1, 3:	n.32
6, 1, 56:	n.67
7, 1, 70, 3:	n.32
12, 1, 23:	n.50
12, 6, 14:	n.191
15, 1, 7, 5:	n.63
15, 1, 7, 6:	n.63
15, 1, 9, 1:	n.63
20, 1, 13 pr.:	n.32
23, 3, 25:	1
23, 3, 26:	1
23, 3, 54:	1, n.63
23, 4, 21:	1
24, 3, 22, 13:	n.63
27, 1, 31 pr.:	n.7
31, 71:	1
37, 1, 3 pr.:	n.32
41, 3, 30 pr.:	n.32

41, 3, 30, 2:	n.32
47, 2, 48, 7:	n.48
47, 2, 52, 26:	n.63
50, 16, 208:	n.32

Codex

1, 56, 1:	n.5
3, 1, 13, 8:	n.5
3, 1, 14, 5:	n.8
3, 32, 3:	n.50
3, 32, 6:	n.48
3, 38, 4:	n.48
4, 50, 8:	n.48
4, 51, 1:	n.50
5, 12, 12:	n.48
5, 70, 7, 10:	n.5
6, 23, 28, 4:	n.8
9, 41, 9:	n.8
11, 18, 1, 1:	n.5
11, 63, 3:	n.8
12, 19, 15, 1:	n.5
12, 35 (36), 17, 1:	n.5
12, 36 (37), 1:	1

C. FUENTES EPIGRÁFICAS**Lex Iulia municipalis**

1. 99:	n.3
--------	-----

D. FUENTES DE DERECHO MODERNO**Bürgerliches Gesetzbuch (Alemania)**

164:	2.4.2.
281:	n.165, 2.4.2. y n.185, n.213
718:	n.162
816:	n.165, 2.4.2. y n.185, n.213
818:	n.165, 2.4.2. y n.185, n.213
949:	n.165
966:	n.165
975:	n.165
979:	n.165

983:	n.165
985:	2.4.2.
1046:	n.165
1075:	n.165
1127:	n.165
1219:	n.165
1233:	n.165
1247:	n.165
1257:	n.165
1287:	n.165
1370:	2.4.2.
1382 (ant.):	2.4.2. y n.192
1416:	n.162
1418:	2.4.2. y n.162
1473:	2.4.2. y n.162
1486:	n.162
1497:	n.162
1638:	2.4.2. y n.162
1646:	2.4.2. y n.162
2019:	2.4.2. y n.162
2041:	2.4.2. y n.162
2111:	2.4.2. y n.162
2374:	n.162

Code civil (Francia)

130:	n.107
746:	n.107
747 (ant.):	n.107
1065:	n.107
1069 (ant.):	n.107
1303:	n.213
1407 (ant.):	nn.106 y 107
1434:	n.107, 3.1.
1435 (ant.):	n.107
1553 (ant.):	n.107
1559 (ant.):	n.107
1934:	n.213
1935:	n.213
2092:	2.4.1.

Codice civile (Italia) (1942)

1259:	n.213
1776:	n.213
1780:	n.213

Código civil (España)

197:	n.155
486:	n.155, n.213
517:	n.155
519:	n.155
812:	n.155
974:	n.155
1209:	n. 12
1346:	n.155, n.272
1347:	n.155
1626:	n.155
1777:	n.155, n.213
1877:	n.220

Ley Hipotecaria (España)

110:	n.155, n.220
------	--------------

II. FUENTES NO JURÍDICAS**Aristóteles***Eth. Nic.*

5, 5, 1133a:	n.17
--------------	------

Cicero*ad Brut.*

13, 4:	n.4
--------	-----

de nat. deor.

2, 65, 164:	n.29
-------------	------

de rep.

2, 31, 55:	n.4
------------	-----

2, 36, 61:	n.3
------------	-----

2, 37, 62:	n.3
------------	-----

Demosthenes*or.*

32:	n.17
-----	------

34:	n.17
-----	------

35:	n.17
-----	------

50:	n.17
-----	------

56:	n.17
-----	------

Livius

2, 7, 6:	n.4
3, 19, 1:	n.4
23, 24, 1:	n.3
35, 6, 6:	n.3
39, 39, 7:	n.3

Plato

Leg.

8, 849a:	n.17
----------	------

Plinius mai.

nat. hist.

7, 1, 6:	n.29
----------	------

Valerius Maximus

6, 3, 2:	n.5
----------	-----