

Estudio y aplicación del principio general de subrogación real en el Derecho de Sucesiones^(*)

SUMARIO: I. ESTUDIO Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO GENERAL DE SUBROGACIÓN REAL EN EL DERECHO DE SUCESIONES.—A) *La subrogación real en la comunidad hereditaria y adjudicación a cada uno de su parte.*—B) *La subrogación real en la herencia aceptada a beneficio de inventario y en el llamado beneficio de separación de patrimonios.*—C) *La subrogación real en la herencia yacente.*—D) *La subrogación real en la acción de petición de herencia.*—E) *La subrogación real en las sustituciones fideicomisarias permitidas.*—F) *La subrogación real en la venta de herencia.*—G) *La subrogación real en las reservas.* a) *La subrogación real en la reserva tradicional u ordinaria (arts. 968 a 980 C. c.).* b) *La subrogación real en la reserva lineal o troncal (art. 811 C. c.).*—H) *La subrogación real en la ausencia legal (art. 186 C. c.) y en el supuesto de la revocación de la declaración de fallecimiento del ausente (art. 197 C. c.).*—I) *La subrogación real en el derecho de reversión de donaciones (art. 812 C. c.).*—J) *La subrogación real en las distintas causas de revocación de donaciones.* a) *Subrogación real en la revocación de donaciones por incumplimiento de cargas.* b) *¿Ha querido verdaderamente el legislador español establecer la subrogación real en caso de revocación de donaciones por causa de ingratitud (art. 649) y en caso de superveniencia o supervivencia de hijos?*

A) LA SUBROGACIÓN REAL EN LA COMUNIDAD HEREDITARIA Y ADJUDICACIÓN A CADA UNO DE SU PARTE

La comunidad hereditaria no la regula nuestro Código Civil propiamente, sino en su fase de partición, lo que explica en cierta forma los debates que se han producido entre la doctrina y la jurisprudencia sobre la naturaleza de la comunidad hereditaria. La consideración de la comunidad, como ya sabemos, varía según se la considera como comunidad de

(*) Vid. mi trabajo «La formación del concepto de subrogación real», en *Rev. Crí. Dr. Inm.*, 1975, núm. 510.

tipo germánico o romano. La segunda supone que hay tantas comunidades por cuotas como objetos singulares y que los créditos y las deudas se dividen automáticamente entre los coherederos al abrirse la sucesión. Acatan este sistema Francia e Italia. Por su parte, la llamada comunidad germánica o en mano común comprende tanto el activo como el pasivo del causante y tiene por objeto un patrimonio autónomo, sobre el cual los coherederos tienen unos derechos indeterminados sobre la totalidad, pero ningún derecho concreto sobre los bienes singulares. En la actualidad este sistema es el seguido en España por la doctrina y la jurisprudencia, siendo muy discutido si existe o no el llamado «derecho hereditario *in abstracto*» que tiene cada coheredero sobre la masa (1).

Pero dejando aparte el problema de la naturaleza de la comunidad hereditaria y de si existe o no ese derecho, diremos que mientras exista esa indivisión de la herencia estamos en presencia de un patrimonio especial sujeto a administración o, como dice LACRUZ BERDEJO (2), «forman un patrimonio autónomo sometido a un régimen especial de administración, uso, disfrute y disposición...», y, por tanto, decimos nosotros, estamos ante un campo propicio, por encima de cualquier otro, para que entre en juego el principio de la subrogación real. La misión de este principio general será asegurar la integridad de este patrimonio, haciendo que los bienes que procedan de los antiguos hereditarios caigan en la indivisión y se les apliquen las reglas de este régimen, es decir, que no sólo sustituirán los nuevos bienes a los antiguos, sino que se someterán a su mismo régimen jurídico.

La subrogación real en la comunidad hereditaria es estudiada por la mayoría de los autores con relación a la idea de *universitas*. FERRANDIS

(1) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho de Sucesiones*. La sucesión en general, t. VI, páginas 240 y ss. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones, Parte General*, t. V, volumen 4, Barcelona, 1961, págs. 344 y ss. R. M.^a ROCA SASTRE, *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española de Th. Kipp*, Barcelona, 1951, págs. 10 y ss. JOSÉ FERRANDIS VILELLA, *Comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954, págs. 15 y ss. y 119 y ss. GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS, «La comunidad hereditaria», en *Rev. Gral. Leg. y Juris.*, t. CXCI, 1952, págs. 409 y ss. SANTIAGO CHAMORRO, «Los derechos hereditarios», en *Rev. Gral. Leg. y Juris.*, abril 1941, págs. 312 y ss. Resoluciones D. G. de 21 de febrero de 1923, 22 de septiembre de 1924, 29 de agosto de 1925, 6 de diciembre de 1926 y 1 de diciembre de 1927. Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1935, 25 de enero de 1943 y 6 de mayo de 1958. THEODOR KIPP, *Derecho de sucesiones*, t. V, 2.º, Barcelona, 1951. Comunidad hereditaria, parágrafo 82, VII, págs. 10 y ss. MARC LAURIOL, *La subrogation réelle*, París, 1954, t. I, págs. 118 y ss., y t. II, págs. 264 y ss. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit civil*, Recueil Sirey, t. III, París, 1927, páginas 690 y ss. MARCEL PLANIOL, *Traité élémentaire Droit civil*, París, 1927, t. III, número 2.315 y ss. ANTONIO CICU, *La divisione hereditaria*, Milán, 1958, págs. 343 y siguientes.

(2) LACRUZ BERDEJO, ob. cit., págs. 544 y ss.

VILELLA (3), después de un estudio de la crisis del concepto de herencia como *universitas iuris*, dice que el principio de la subrogación real es característico de la *universitas*. GARCÍA VALDECASAS (4) la considera como patrimonio separado, y ROBERT GARY (5) considera que la sustitución de unos bienes por otros no tiene su origen en esa pretendida subrogación, sino en el carácter fungible de todos los elementos de una universalidad de derecho. Lo que se tiene en cuenta, dice este último, no es la individualidad material de cada objeto, sino su valor pecuniario; el carácter abstracto que hace de las universalidades un todo jurídico se debe a la noción de fungibilidad.

Este concepto de la subrogación real como fundamentada en la fungibilidad absoluta de los elementos que componen las llamadas *universitas iuris* y *facti*, y más tarde la noción de patrimonio, ya establecimos que fue la fase y explicación de la subrogación real en una etapa de su evolución histórica (Derecho romano justiniano, Derecho común hasta principios del siglo XIX); pero en la actualidad está unánimemente rechazada por la doctrina y jurisprudencia, ya que la subrogación real supone una fungibilidad relativa y la consideración de los bienes por su individualidad material y por su valor pecuniario conjuntamente.

Además de lo ya dicho en mi primer trabajo, podemos citar, como contrarios a la idea de *universitas* y *patrimonio* como unidad orgánica, a CHAMORRO (6), para quien ya no sirve la doctrina de la *res* universal, ya que no hay razón para considerar el patrimonio como objeto independiente y autónomo de derecho, pues no hay un derecho único sobre el patrimonio ni existe la unidad patrimonial. Lo universal para el Código Civil no es la masa ni el derecho, sino el título: el derecho hereditario *in abstracto* no existe. FEDERICO DE CASTRO (7) no niega la unidad patrimonial; lo que niega es que el patrimonio funcione como objeto de derecho subjetivo. La unidad patrimonial abstracta debe, no obstante, defenderse para mantener su función de unidad de garantía en favor de los acreedores y para simplificar las relaciones internas cuando concurren varios titulares. COSSÍO, SANZ FERNÁNDEZ y NÚÑEZ LAGOS (8) desconocen la posibilidad de un derecho sobre la masa hereditaria en conjunto y sólo admiten derechos sobre los bienes particulares que la integran. Por último,

(3) FERRANDIS VILELLA, ob. cit., pág. 77. Crisis del concepto de la herencia como *universitas iuris*, como también la defensa de la teoría tradicional, *vid.* páginas 15 y ss.

(4) GARCÍA VALDECASAS, ob. cit., págs. 407 y ss.

(5) ROBERT GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, París, 1934, págs. 304 y ss.

(6) CHAMORRO, ob. cit., págs. 312 y ss.

(7) FEDERICO DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I y II, Madrid, 1949.

(8) FERRANDIS VILELLA, ob. cit., págs. 16 y ss.

podemos citar a CICU, que niega exista en el complejo hereditario un nexo que lo reduzca a unidad orgánica. La herencia—dice—no es sino el conjunto de bienes que corresponden al difunto y que le sobreviven. Su característica viene dada por el modo de pasar al patrimonio del heredero: «Subentrando éste en todas las relaciones jurídicas transmisibles, viene a adquirir un conjunto indeterminado de bienes y a subentrar en un conjunto indeterminado de obligaciones».

La subrogación real, tal como la consideramos, supone una fungibilidad relativa de los bienes y la consideración de éstos en su cualidad material, fundamental para la subrogación real y para que se produzca su condición primordial, que es la relación de procedencia u origen. Para que un bien proceda de otro ha de considerarse la materia de este bien; la sustitución de valores simplemente es contraria a la subrogación real.

Pero volviendo al estudio de la subrogación real en la comunidad hereditaria, es imprescindible recordar lo establecido, en el Derecho romano clásico, en la acción de petición de herencia (S. C. Juvenciano. Dig. 5. 3, 18-5 y 20), por la cual se comprendían en la herencia no sólo las cosas que fueron compradas por causa de la herencia o por necesidad para la herencia, sino también las compradas con dinero de la herencia o sin el dinero de la herencia, pero que la compra fuera de gran utilidad para la herencia. Este antecedente de la subrogación real ha sido aceptado por el BGB alemán para establecer la subrogación real en la comunidad hereditaria, y en especial en los patrimonios separados. Pertenece a la comunidad hereditaria por subrogación real (9), «lo adquirido en virtud de un derecho perteneciente al caudal relicto o como resarcimiento por la destrucción, perjuicio o sustracción de un objeto de dicho patrimonio hereditario perteneciente al mismo» (parágrafo 2.021, regl. I, BGB). En contraposición con el parágrafo 2.019 del BGB y para que no se crea que pertenece a los coherederos en el sentido de simple copropiedad, el parágrafo dice expresamente que pertenece al caudal relicto como objeto del patrimonio en manó común.

También pertenece a la comunidad por subrogación real lo adquirido mediante un negocio jurídico que se refiera al caudal relicto. Claro está que se sobreentiende que siempre que la contraprestación sea del caudal, pues en caso contrario no se daría ésta. El parágrafo 2.041 presupone tan sólo que el negocio jurídico se haya concluido subjetivamente con relación al caudal relicto y pueda ser puesto objetivamente en relación con él. Por ejemplo, si un coheredero proporciona un accesorio para una finca hereditaria, se convierte en objeto del caudal relicto y, por tanto, forma parte

(9) ANDREAS VON TUHR, *Teoría general del Derecho civil alemán*, Buenos Aires, 1946, vol. I, págs. 145 y ss., Edit. Delpasa. THEODOR KIPP, ob. cit., págs. 10 y siguientes.

del patrimonio común, aunque el adquirente lo haya pagado con sus propios medios, salvo el correspondiente resarcimiento (10). Hay que considerar siempre—dice KIPP (11)—que se considera que está dada la relación del negocio jurídico con el caudal relicto cuando la contrapartida de la adquisición ha sido tomada de éste, y ello tanto si los coherederos disponen conjuntamente como si lo hace uno solo en nombre de todos, o cuando se pierde algo para el caudal mediante enajenación efectuada por uno solo.

Para nosotros solamente en el caso de que estas mejoras se paguen con dinero del caudal relicto será aplicable el principio de subrogación real, pues, como ya hemos dicho, una subrogación real por la simple voluntad de los particulares, sin respetar el principio de procedencia, no es subrogación real en nuestro Derecho. En cuanto a que por subrogación real pertenece a la comunidad todo lo adquirido en virtud de un derecho perteneciente al caudal relicto, creemos que para saber si se da o no la subrogación real hay que examinar antes el derecho de que se trate, y si del derecho ha de entrar en el caudal relicto un bien que proceda de otro antiguo perteneciente a la herencia indivisa. La regla general establecida por el Derecho alemán, para nosotros no siempre es aceptable en todos los supuestos, sino que se trata de una verdadera situación de hecho.

LACRUZ BERDEJO establece esta distinción cuando dice que, como es natural y constante en la comunidad, quedan integrados en el patrimonio hereditario todos los aumentos que experimente *ab intra* (accesión continua y discreta) y por subrogación real; en este caso, los bienes adquiridos a consecuencia del ejercicio de un derecho perteneciente a la misma y los recibidos por indemnización por pérdida, deterioro de objetos hereditarios o por permuta con ellos o los comprados con dinero relicto; el dinero procedente de la venta de bienes de la herencia o las acciones para hacer efectivo el precio, etc.

GARCÍA VALDECASAS (12), por el contrario, admite que en virtud del principio de subrogación real, pertenece al caudal relicto lo que se adquiere en virtud de negocio jurídico referente a la herencia, bien sea porque el adquirente manifiesta su voluntad de adquirir para la comunidad, bien sea porque la adquisición se efectúa a costa del caudal hereditario, en cuyo caso se presume que es para la herencia. Como ya hemos dicho anteriormente, no estamos de acuerdo en considerar un caso de subrogación real el primer supuesto que apunta GARCÍA VALDECASAS. ROCA SAS-

(10) Nota de TH. KIPP: También así DRESDE SACHS RPFLA, 516 y ss., párrafo 2.041, admite que el bien sea afecto subjetivamente por el adquirente.

(11) Nota de TH. KIPP: De otra opinión, PLANCK-STROBAL, par. 2.041; FRANZ LEONHARD, par. 2.041, 1; BGB, par. 2.041, 1.

(12) GARCÍA VALDECASAS, ob. cit., págs. 413 y ss.

TRE (13) también se muestra de acuerdo con el texto alemán, sin distinciones, y para FERRANDIS VILELLAS (14), el principio de subrogación real no es privativo del patrimonio separado, sino característico de la *universitas*, y en virtud del cual entran en la mesa hereditaria los bienes que los coherederos adquieran por compra con dinero de la herencia o, en el caso inverso, el dinero que reciban por vender bienes hereditarios. Aunque no dice más, presumimos que admite la subrogación real en caso de indemnizaciones por bienes hereditarios.

La jurisprudencia española siempre se ha mostrado favorable a la aplicación de la subrogación real en la comunidad considerándola como muy beneficiosa. En una sentencia de 12 de diciembre de 1958 se dice «que no existe prohibición de que vengan a integrar la masa de la herencia, junto con los primitivos bienes, aquellos otros que con origen en ellos hayan sido adquiridos en fecha posterior por los que han tenido la dirección y administración de ella». Esta sentencia viene a reforzar nuestra opinión de que no hay subrogación real por la simple voluntad de los particulares sin respetar el principio de procedencia u origen. Lo mismo las sentencias de 21 de febrero de 1923 y 8 de abril de 1930, que dicen textualmente: «Habiendo en la herencia un derecho de retro-venta, y ejercitándolo un coheredero, los bienes objeto de este derecho se adquieren para el caudal y deben incluirse con el inventario», si se pagó con dinero no hereditario, dice LACRUZ BERDEJO, y con él todos los autores, el que tal hizo tendrá un derecho de reembolso contra la masa, y añadimos nosotros, que actuando de esta forma el bien pertenece a la herencia indivisa por acuerdo o voluntad del adquirente, pero no por subrogación real.

Al contrario de España, Alemania, Suiza, Francia e Italia siguen el sistema romano de cuotas, es decir, que cada heredero tiene derecho a una cuota sobre cada uno de los bienes singulares que componen la comunidad, creándose así tantas comunidades como bienes haya. Según el artículo 1.220 del Código Civil francés, la indivisión es un simple estado de hecho que el Derecho tolera en la medida en que es un efecto ineludible de las circunstancias. La indivisión no comprende lo que puede dividirse natural y automáticamente, como ocurre en los casos de los créditos (art. 1.220 del Código Civil francés). Según el sistema de comunidad romana, inmediatamente de abrirse la sucesión, las deudas y los créditos se dividen entre los coherederos, por lo que el principio de la subrogación real se limita en gran manera con respecto a nuestro sistema.

Pero una célebre sentencia de las Cámaras Reunidas de 5 de diciembre de 1907, estableció, en contra del Derecho positivo, que cae en la indivisión el crédito del precio de venta de un inmueble subastado. La

(13) R. M.^a ROCA SASTRE, ob. cit., págs. 10 y ss. Comentario a TH. KIPP.

(14) FERNÁNDEZ VILELLAS, ob. cit., págs. 77 y 119 y ss.

doctrina y la jurisprudencia francesas desde entonces establecen este principio como regla general, que ha llegado a ser clásica. Según MARC LAURIOL (15), el bien nuevo se somete al régimen de indivisión en la medida en que, según los principios generales, es susceptible de verse aplicar estas reglas; por ello distingue LAURIOL según se trate de una subrogación real en el primero o segundo grados.

Según el sistema de la comunidad germánica, los coherederos no pueden vender bienes singulares de la comunidad sino conjuntamente o uno en nombre de todos, si bien una sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1958 establece que el coheredero podrá, incluso en estado de indivisión, enajenar por sí mismo no sólo la porción o cuota ideal que le corresponde en el as hereditario, sino igualmente las cosas determinadas en el caudal relicto, si bien con eficacia puramente condicional, o sea, subordinada en todo caso al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones divisorias. En tesis general —dice la sentencia—, la venta otorgada en situación de indivisión sólo ha de reputarse condicional, pero no nula.

Pues bien, como dice LAURIOL, en el caso del crédito del precio, si prevalece el artículo 1.220 del Código Civil francés, el crédito del precio se divide inmediatamente y la subrogación real queda excluida; pero como la decisión jurisprudencial ha prevalecido por encima del Código Civil, el artículo 1.220 no rige más que en las relaciones de los herederos con el deudor, pero entre los herederos el crédito cae en la indivisión. La decisión jurisprudencial ha llegado a ser regla general y es aplicable por analogía a todos los créditos hereditarios.

La subrogación real en primer grado no presenta problema, pero en caso de reemplazo—dice LAURIOL—es otra cosa, en primer lugar, porque no se ha dado ninguna solución positiva y porque muchos autores la han negado basándose en el efecto declarativo de la partición. En efecto, el efecto declarativo de la partición en caso de reemplazo no sólo fija la calificación jurídica de los bienes, sino que considera que los actos celebrados durante la indivisión lo han sido por el heredero atributario. Con este carácter, el llamamiento a la subrogación real no viene solamente a declarar que el bien nuevo procede del antiguo, sino también a considerar el efecto declarativo sobre el bien indiviso primitivo, a fin de proteger al heredero atributario de los actos celebrados por los no atributarios sobre el bien.

Si la solución del efecto retroactivo de la partición no presenta problemas en la subrogación en primer grado y se admite dificultad, no ocurre lo mismo con el reemplazo. No obstante estos problemas, opina

(15) MARC LAURIOL, ob. cit., t. I, pág. 118, y t. II, págs. 264 y ss.

LAURIOL que no hay duda de que la aceptación del principio de subrogación real también en su fase de reemplazo es la solución más lógica y satisfactoria, además de que al estar la subrogación real subordinada a la prueba de la procedencia lleva en sí su seguridad.

Entre nosotros no se ha planteado este problema, pero no hay razón para que no se acepte la subrogación real en la comunidad hereditaria por reemplazo, por acuerdo conjunto de los coherederos o de uno en nombre de todos. La subrogación real en la comunidad hereditaria es automática, presumiéndose que pertenece a la herencia, salvo prueba en contrario, la cual correspondería a quien alegara lo contrario.

B) LA SUBROGACIÓN REAL EN LA HERENCIA ACEPTADA A BENEFICIO DE INVENTARIO Y EN EL LLAMADO BENEFICIO DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

El principio de subrogación real no plantea problemas en estas dos modalidades de aceptación de la herencia por el heredero. En estos campos, la subrogación real se aplicará de pleno derecho y automáticamente, y en ambos casos se producirá la separación de patrimonios pertenecientes a un mismo titular, ya que una masa de bienes está afecta a una responsabilidad especial y sometida a una administración que la configura como patrimonio autónomo (16).

Mientras el beneficio de inventario protege el interés del heredero y de los acreedores, el de separación de patrimonios va a proteger a los acreedores del caudal relicto preferentemente.

Dice el artículo 1.010 del Código Civil: «Todo heredero puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido».

También podrá pedir la formación de inventario, antes de aceptar o repudiar la herencia para deliberar sobre este punto.

Conforme al artículo 1.023 del Código Civil, el beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes:

- a) El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcanzan los bienes de la misma.
- b) Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

(16) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho de sucesiones*. La sucesión en general. Beneficio del heredero, págs. 127 y ss. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, ob. cit., páginas 380 y ss. ROCA SASTRE, *La subrogación real*, ob. cit. MEZQUITA DEL CACHO, «Principales aplicaciones de la subrogación real en nuestro Derecho», en *Rev. de Derecho Español y Americano*, año IV, núm. 17, enero-marzo 1959.

c) No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia.

El beneficio de inventario supone, por tanto, dos masas de bienes individualizados, tanto jurídicamente, por estar sujetos a una responsabilidad y administración, como materialmente, puesto que los bienes constan en un inventario. Aunque el heredero es el verdadero dueño de los bienes relictos, hasta tanto que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración (art. 1.026 del Código Civil).

Al heredero, como administrador nato de la herencia del causante, se le exige en la administración primero, y en la liquidación después, una diligencia normal (art. 1.031 del Código Civil), la cual incluye, según el artículo 1.030 del Código Civil, que «cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios, se realizará ésta en la forma establecida por la LEC (arts. 1.020 y 1.030 y sigs.; autorización judicial pública y el Juez acordará el destino que deba darse al precio, art. 1.024-2 del Código Civil) respecto a los abintestatos y testamentarias, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa».

El sistema seguido es el mismo que ya vimos en la venta de los bienes del menor. El Código Civil italiano (arts. 973 y 974) requiere la oportuna autorización judicial bajo pena de perder el beneficio, y el Código Civil francés hace la distinción según que los bienes sean muebles o inmuebles. Para los primeros (art. 805, 1.º) se requiere la autorización judicial, y para los inmuebles, el artículo 806 exige además la entrega del precio a los acreedores hipotecarios. El artículo 796 del Código Civil francés reconoce al heredero la facultad de vender los objetos susceptibles de desaparecer o que sean costosos de conservar mediante autorización judicial y por el procedimiento de subasta pública (17).

Nuestro Código Civil establece en su artículo 1.024, 2.º: «El heredero perderá el beneficio de inventario: 2.º Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización». El heredero en este caso señalado perderá el beneficio, pero la venta realizada no será nula.

Dadas las facultades de administración del heredero o de cualquier otra persona (art. 1.026 del Código Civil) sobre la herencia del causante,

(17) ROBERTO RUGGIERO, *Instituciones de Dr. civil*, trad. 4.ª italiana, v. 1 y 2, Madrid, 1924 y 1951, págs. 1030 y ss. PLANIOL, t. III, *Droit civil. Traité Élémentaire*, París, 1927, núms. 2.011 y 2.102 y ss. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit civil*, ob. cit., t. III, núms. 654 y ss. *Beneficio d'inventaire*, París, 1927.

se produce la subrogación real del precio, que sustituirá a los bienes vendidos, y las indemnizaciones recibidas por la pérdida, destrucción o deterioro de los bienes que componen el caudal relicto. La subrogación real se produce tanto por el crédito del precio todavía no pagado, como por el dinero recibido ya por el heredero, sin que tenga interés para nosotros ni hagamos distinción entre el crédito debido o pagado, a diferencia de la doctrina francesa. Aunque, en principio, no parece conforme con la finalidad liquidadora que se lleva a cabo por el heredero o por cualquier otra persona de la herencia, nada se opone a que se produzca la subrogación real por reemplazo del dinero procedente de la venta anterior de bienes hereditarios. También el Juez puede establecer el empleo del precio en la compra de efectos públicos, valores mobiliarios, etc.

El beneficio de separación de patrimonios, procedente del Derecho romano, es un derecho reconocido a los acreedores del causante por el cual se persigue que los bienes hereditarios no puedan destinarse al pago de las deudas particulares del heredero, que acepta la herencia pura y simplemente, hasta que hayan sido pagados los acreedores de la herencia. Nuestro Código Civil no lo regula como institución independiente, aunque sí lo recogió el proyecto de 1851, siguiendo la moda francesa, en sus artículos 871 y 872 (sección 6.^a, cap. I, tít. III, ley III), por medio de los cuales se producía una separación de bienes, no de patrimonios, distinguiendo según se tratara de muebles o inmuebles. El único texto que la regula es el artículo 264 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña.

La mayor parte de la doctrina establece que al aceptar el heredero la herencia pura y simplemente, se produce una confusión de los patrimonios, y que los acreedores de la herencia, legatarios y acreedores personales del heredero concurren con igual derecho (18). GARCÍA-BERNARDO LANDETA dice que no hay conservación de la herencia como patrimonio separado al fin de mantener íntegro el patrimonio del causante; que la herencia no queda bloqueada, como patrimonio del deudor, en beneficio de sus acreedores, sino que es el patrimonio del heredero, que acepta pura y simplemente el que queda sujeto al pago, y que el heredero, como tal, responderá de las deudas, de acuerdo con el artículo 1.911 del Código Civil.

Sin embargo, varios autores, cada vez más numerosos, reconocen a los acreedores de la herencia un derecho preferente frente a los legatarios y acreedores personales del heredero. VALLET DE GOYTISOLO (19) considera que el beneficio de separación de patrimonios es un principio general

(18) ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Crítica de un privilegio: el beneficio de separación», en *Rev. Dr. Not.*, 1966, núm. 51, págs. 99 y ss.; y *Rev. Dr. Not.*, 1966, núm. 53-54, págs. 109 y ss.

(19) VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, J. E. J., Madrid, 1955. A. D. C., t. V, págs. 908 y ss.

tradicional e implícito en nuestro sistema positivo. LACRUZ BERDEJO (20) dice que existe este derecho de preferencia, pero no fundamentado en la LEC, si bien este cuerpo legal refleja un principio general, regulado en el Proyecto de Código Civil de 1851, y que sin estar expresado en ningún lugar en el Código vigente, se halla implícito en él, como en la LH. Para ROCA SASTRE (21), este beneficio se halla establecido por el Código Civil porque tales juicios universales sucesorios quedan resueltos en la LEC. GARCÍA BAÑÓN (22) hace la distinción de que este privilegio o beneficio se encuentra regulado en la LEC mediante una separación de patrimonios, y en la LH mediante una separación de bienes.

En el Código Civil francés, como en el italiano, el beneficio de separación no evita la confusión de los patrimonios en manos del heredero, recayendo el derecho preferente de los acreedores no sobre el patrimonio (herencia) en general, sino sobre bienes concretos, haciéndose la distinción de muebles e inmuebles. Por el contrario, el Código Civil alemán y la mayoría de los autores españoles consideran el beneficio de separación de patrimonios como el caso típico de patrimonio autónomo sometido a una responsabilidad y régimen de administración especial, con los mismos resultados y efectos que el beneficio de inventario.

Observando, por tanto, que se produce una separación de patrimonios, y que el del causante es considerado como un patrimonio de administración, la subrogación real se produce en el precio de los bienes hereditarios vendidos, en el crédito del precio si no se ha pagado todavía y en caso de indemnización por destrucción, deterioro o pérdida de dichos bienes o por expropiación forzosa. El que en cierta forma enumeremos los casos más frecuentes en los que se suele producir la subrogación real, no quiere decir en forma alguna que esta enumeración sea exhaustiva, sino todo lo contrario, pues siempre que se den las condiciones para que se produzca la subrogación real debe funcionar. Como en el caso anterior, la subrogación real será de pleno derecho y automática. En el Derecho alemán, y según su doctrina de la subrogación real, se produce ésta en: 1.º, lo adquirido en virtud de un derecho perteneciente al patrimonio relicto; 2.º, lo adquirido por indemnizaciones recibidas por la destrucción, pérdida y deterioro de los bienes hereditarios, y 3.º, lo adquirido en virtud de negocio jurídico que se refiera al caudal relicto (23).

(20) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, ob. cit., págs. 372 y ss.

(21) ROCA SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», en *A. D. C.*, t. XIII, oct.-dic., págs. 1157 y ss.

(22) GARCÍA BAÑÓN, *El beneficio de separación*, Rialp, S. A., Madrid, 1962, páginas 58 y ss. y 67 y ss. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho de sucesiones*, ob. cit. páginas 132 y ss.

(23) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. I, *Parte general*, Bosch, Barcelona, 1934, páginas 614 y ss.

En Francia y en Italia, por el contrario (24), el beneficio de separación de patrimonios se presenta como una verdadera seguridad real y confiere al acreedor hereditario o al legatario de una suma de dinero, un derecho de preferencia o privilegiado en contra de los acreedores personales del heredero, sobre los bienes que componen la sucesión. El artículo 2.111 del Código Civil francés prevé la inscripción del privilegio sobre los inmuebles, y con relación al artículo 2.113, la separación es en realidad una verdadera hipoteca. Según PLANIOL (25), el derecho de preferencia que el acreedor tiene sobre una cosa, se traslada sobre el precio y no puede ejercitarse más que sobre él. El precio subroga al inmueble (o mueble) y el beneficio de los acreedores debe subsistir en las mismas condiciones. Si los bienes muebles se han confundido con los del heredero—observa—, la ley nada dice, pero la extinción es inevitable. BOUDY-LACANTINERIE (26) opina que la separación de patrimonios supone: 2.º, la subrogación real del crédito del precio de los bienes hereditarios vendidos por el heredero, según la máxima *in iudiciis universalibus...*, y dice el crédito del precio, porque si el precio ha sido pagado al heredero, y se confunde con los otros bienes, la separación de patrimonios no se puede conseguir.

Para LAURIOL (27), la acción del acreedor separatista es favorable al juego de la subrogación real, que se aplica de pleno derecho: *a)* sobre el crédito del precio de venta después del embargo del acreedor; *b)* sobre el crédito del precio de los bienes hereditarios vendidos voluntariamente por el heredero, y *c)* sobre los bienes adquiridos a cambio o en reemplazo de este precio. La jurisprudencia francesa la reconoce en varias sentencias (28).

Sin embargo—dice LAURIOL—, la subrogación real presenta serias dificultades en su aplicación. El primer problema surge de la publicidad sobre el inmueble nuevo adquirido por cambio o reemplazo de un bien hereditario. El artículo 2.111 del Código Civil francés prevé una inscripción especial, que parece lógico que fuera hecha sobre el nuevo bien. ¿Se debe admitir esta conservación a condición de que la inscripción se haga sobre el nuevo bien en los seis meses de la adquisición de este bien?

(24) MARC LAURIOL, ob. cit., t. II, págs. 270 y ss. PLANIOL, ob. cit., 10.ª edic., París, 1927, pág. 531, núms. 2.170 y ss. BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., págs. 431 y ss., núms. 797 y ss, 13.ª edic. PAULMIER, ob. cit., págs. 297 y ss. HENRY, ob. cit., páginas 173 y ss.

(25) PLANIOL, ob. cit., núms. 2.196 y ss.

(26) BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 803, pág. 434.

(27) MARC LAURIOL, ob. cit., núm. 602, págs. 270 y ss.

(28) Sentencia de la Cámara de Apelaciones de 25 de junio de 1828 (S. 1828, 1.120) y sentencia de 7 de agosto de 1860 (D. 1860, 1.506); sentencia de la Corte de Nimes de 21 de julio de 1852 (S. 1853, 2.701); sentencia de la Corte de Caen de 9 de febrero de 1860 (D. 1860, 2.193).

El artículo en cuestión prevé que la inscripción debe ser hecha en los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión.

Como la subrogación real tiene por misión conservar el privilegio originario y su rango tal como se tenía sobre el antiguo bien, parece lógico que si se hace dentro del plazo establecido por el artículo 2.111 del Código Civil, la publicidad sobre el inmueble subrogado aparecerá como una simple *publicité de rappel*. Pero en realidad—dice LAURIOL—, el problema se presenta cuando se hace la inscripción tardíamente; en este caso desaparece un efecto importante de la subrogación real en las seguridades reales, pues aunque le niega al acreedor separatista el rango que le confería el artículo 2.111 del Código Civil, se le reconoce, al menos, el previsto en el artículo 2.113 del Código Civil; el privilegio de separación de patrimonios, degenerando en simple hipoteca, toma su rango desde la fecha de su inscripción.

La otra dificultad a que alude LAURIOL se refiere a la prescripción extintiva de los derechos. El artículo 880 del Código Civil francés exige respecto a los muebles, que la separación sea pedida en el plazo de tres años, mientras que con relación a los inmuebles basta que permanezcan en manos del heredero. Pero se pregunta LAURIOL: ¿qué ocurre cuando el crédito del precio de un inmueble vendido por el heredero subroga al inmueble mismo? ¿Se puede decir que este crédito está sometido a la prescripción de tres años o conviene continuar aplicando el régimen previsto para los inmuebles?

Este problema—dice LAURIOL—ha llamado la atención de la doctrina y jurisprudencia. La Corte de Casación ha admitido la reservabilidad de la demanda de separación de patrimonios sobre el precio de venta, mientras que el precio de venta esté en manos del adquirente. Los autores que siguen este criterio se basan fundamentalmente en el principio de subrogación real, que tiende a aplicar al nuevo inmueble el mismo régimen que existía sobre el inmueble antiguo, según el principio *subrogatum sapit naturam subrogati* (29). Para LAURIOL esta postura es insuficiente, puesto que, según él, la subrogación real no puede jamás transportar el derecho antiguo sobre el bien nuevo más que en la medida en que éste sea susceptible, según las reglas que le son propias, conforme a la teoría general.

HENRY (30), basándose en la naturaleza mueble del crédito, del precio, se muestra partidario de la aplicación a éste del plazo de tres años, que se contarán no desde la apertura de la sucesión, sino desde su venta. Hay una tercera consideración, teniendo en cuenta que el artículo 880 del Código Civil prevé la conservación del beneficio por su demanda en tiempo

(29) AUBRY Y RAU, ob. cit. Ripert et Boulanger, III, núm. 2.661.

(30) HENRY, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*. Thèse pour le doctoral, París, 1913, págs. 175 y 176.

útil; pero esta conservación—dicen—no se concibe más que respecto a los bienes, cualquiera que sean, que se encuentren en la sucesión. Desde el momento que uno de estos bienes es vendido, el privilegio trasladado sobre el precio entra, por su misma naturaleza, en su fase de realización. Por efecto de la subrogación real, el privilegio no puede ejercerse más que sobre el crédito del precio. Además, puesto que se trata de una seguridad real, el crédito previsto es el precio obtenido por el embargo y no por la venta voluntaria del deudor.

Según LAURIOL, de estas tres posturas, la primera jurisprudencial parece la más justa, por la que la separación se conserva sobre el bien nuevo, cualquiera que sea, en la medida en que ha sido demandado en tiempo útil sobre el antiguo bien. La solución—termina LAURIOL—debe buscarse en los principios generales que rigen la separación de patrimonios y que no pueden ser modificados por la técnica de la subrogación real.

En España este problema no se plantea, pues al someter el patrimonio hereditario a una administración especial, se comprenden dentro de él, por subrogación real, tanto el crédito del precio de bienes vendidos como el precio ya pagado, puesto que no se va a producir una confusión de este dinero con el patrimonio personal del heredero.

C) LA SUBROGACIÓN REAL EN LA HERENCIA YACENTE

Se dice que la herencia está yacente *hereditas iacet* cuando a la muerte del causante, la herencia está diferida, pero no aceptada por el heredero. En este espacio de tiempo, que puede ser más o menos largo, la herencia se halla en una situación especial, que requiere una administración para proteger al caudal relicto contra el abandono en que se halla o ante el peligro de que desaparezca todo o parte. A veces, el hecho de que la herencia se halle en administración se prolonga incluso más allá de la fecha de aceptación del heredero, cuando éste acepta la herencia a beneficio de inventario.

Nuestro Código Civil no la regula directa y sistemáticamente, pero alude a ella en los artículos 1.934 y 1.020, que dicen: «En todo caso, el Juez podrá proveer, a instancia de parte interesada, durante la formación de inventario y hasta la aceptación de la herencia, a la administración y custodia de los bienes hereditarios, con arreglo a lo que se prescribe para el juicio de testamentaría en la Ley de Enjuiciamiento Civil». El artículo 99 de la Compilación de Cataluña establece que «yacente la herencia, el heredero llamado podrá realizar actos posesorios de conservación, vigilancia y administración de la herencia, así como promover interdictos en defensa de bienes. Estos actos por sí solos no implican acepta-

ción, a menos que con ellos se hubiere tomado el título o cualidad de heredero».

Se ha discutido mucho la naturaleza jurídica de la herencia yacente. La más antigua jurisprudencia romana—dice CASTÁN (31)—la consideraba como una herencia carente de dueño; otra más posterior consideró que en la herencia yacente se seguía la personalidad jurídica del causante. Los pandectistas alemanes consideraron la herencia yacente como una persona jurídica por medio de una ficción; pero la doctrina reciente y también el Tribunal Supremo y la Dirección General, además de admitirla en nuestro Derecho, la consideran como un patrimonio sin sujeto, mantenido por el Derecho objetivo como un complejo unitario en interés del titular futuro. Según LACRUZ BERDEJO (32), hay una situación de la herencia en la que no habiendo aceptado ningún llamado, tampoco hay una administración preordenada. La herencia se halla yacente en espera de un titular que todavía no tiene, pero además se halla carente de un órgano de administración, porque no se ha dado ninguno de los supuestos en los cuales la ley establece su ordenada gestión. Lo mismo opinan MANRESA, SÁNCHEZ ROMÁN, ROCA SASTRE y GITRAMA (33).

En los Derechos germánicos, por el contrario, al considerar que la herencia pasa automáticamente, *ipso iure*, al heredero desde la muerte del causante, no consideran esta situación de herencia yacente (34). Francia sigue este sistema.

Las causas que pueden motivar que la herencia se halle yacente pueden ser las siguientes: que fuese constituido heredero un *nasciturus* ya concebido e incluso no concebido (arts. 965, 966 y 967 del Código Civil); cuando ha sido instituido un heredero bajo condición; cuando el heredero sea una persona desconocida o cuando el heredero no exprese su voluntad de aceptar o repudiar la herencia todavía, y cuando se difiera la herencia a una fundación que ha de constituirse.

SÁNCHEZ ROMÁN (35), y después otros autores, distinguió entre una administración testamentaria, una legal y otra judicial. GITRAMA (36)

(31) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho de sucesiones. La sucesión en general*, páginas 95 y ss. y 157 y ss. Resolución de la D. G. de 17 de marzo de 1919, entidad jurídica especial. Sentencia del T. S. de 21 de junio de 1943: se otorga transitoriamente y para fines limitados una consideración unitaria.

(32) LACRUZ BERDEJO y M. ALBALADEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, págs. 419 y ss.

(33) MANRESA, *Comentarios*, t. VII, 6.ª edic., págs. 481 y ss. SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil*, vol. VI, 3.ª y 3.ª edic., Madrid, 1910, págs. 1798 y ss. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, t. II, Barcelona, 1954, pág. 239. GITRAMA, *La administración de la herencia en el Derecho español*, págs. 456 y ss.

(34) BINDER, *Derecho de sucesiones*, traducido por LACRUZ BERDEJO, Barcelona, 1953, pág. 35, 2.ª edic. alemana.

(35) SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., págs. 1799 y ss.

(36) GITRAMA, ob. cit.

considera una administración convencional, y LACRUZ BERDEJO (37) distingue cuatro clases de administración: 1.^a Una administración legal de la herencia bajo condición. 2.^a Una legal del propio heredero aceptante: beneficio de inventario. 3.^a Una administración establecida y regulada por el causante en virtud del principio de autonomía de la voluntad. 4.^a Una administración regulada por la ley a instancia de parte o de oficio, que es luego judicialmente intervenida, sometida o no, en cuanto al nombramiento del administrador y reglas de la administración, a la disposición del testador o a lo convenido entre las partes.

El administrador, cualquiera que sea, desempeña un oficio público de defensa de los bienes hereditarios, subordinando su actividad al Código Civil y a la LEC. Dentro de las facultades que a nosotros nos interesan, que tiene el administrador con relación a la subrogación real, hay que distinguir entre actos de administración ordinarios o de conservación, y actos de administración extraordinarios. Dentro de estos últimos establece el artículo 1.030 de la LEC: «Durante la sustanciación del juicio de abintestado no se podrán enajenar los bienes inventariados. Exceptuándose de esta regla:

- 1.º Los que puedan deteriorarse.
- 2.º Los que sean de difícil y costosa conservación.
- 3.º Los frutos para cuya enajenación se presenten circunstancias que se estimen ventajosas.
- 4.º Los demás bienes cuya enajenación sea necesaria para el pago de deudas o para cubrir otras atenciones del abintestado».

Para estas ventas (art. 1.031 del Código Civil) se requiere autorización judicial, subasta pública y previa evaluación por los peritos, y si se tratara de efectos públicos, se hará al precio de cotización por medio de Agente de Bolsa o Corredor que nombrará el Juez.

La subrogación real en la herencia yacente se da de pleno derecho y automáticamente. En el caso de venta de estos bienes, el precio sustituirá a la cosa, y en el número 4 se dará la subrogación real por el excedente después de pagadas las deudas. También se dará la subrogación real en la adquisición de indemnizaciones por destrucción, deterioro o pérdida de un bien perteneciente a la herencia yacente. De todas formas para ver si se da o no la subrogación real, se estará al caso concreto y a las facultades del administrador, sin perjuicio de considerar que estos casos son propicios para que se aplique de pleno derecho el procedimiento de conservación en valor de los derechos, que es la subrogación real.

(37) LACRUZ BERDEJO, ob. cit., pág. 428.

Cuando la administración de la herencia yacente ha sido establecida y regulada por el causante o por las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, se tendrá que considerar la facultad concedida por el testador al administrador o albacea; si las facultades son amplias, el principio de subrogación real será aplicado más veces, siempre, claro está, que no sea contrario a las leyes, buenas costumbres, etc. En este caso de facultades amplias, el administrador puede permutar unos bienes por otros, disponer no solamente en los casos establecidos anteriormente en el artículo 1.030 de la LEC, sino vender bienes y emplear el dinero en otros más productivos aprovechando un momento favorable en el comercio, etc.

La subrogación real dependerá, por tanto, de cada caso concreto y de las facultades concedidas al administrador. A mayor facultad dispositiva, mayor campo de aplicación de la subrogación real. Todo bien que entre en la herencia procedente de otro que antiguamente perteneció a ella, a través de un vínculo directo de procedencia, entrará a formar parte de la herencia y se le aplicará el mismo régimen que el antiguo y quedará afecto a la misma finalidad.

D) LA SUBROGACIÓN REAL EN LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

Ya hemos visto cómo en el Derecho romano, y concretamente en la *petitio hereditatis*, no se conocía el principio de subrogación real, si bien regulaba una extensión de la pretensión del heredero verdadero no sólo sobre los objetos o bienes hereditarios, sino también sobre lo adquirido con bienes de la herencia o sin ellos, pero cuando la adquisición, en este segundo caso, fuera hecha por el heredero aparente para la herencia o que fuera de gran utilidad para ella. En la glosa de BARTOLO, y precisamente comentando esta acción, hemos visto cómo tomó carta de naturaleza y se estableció este célebre principio de subrogación real.

En la actualidad, en Francia, Italia, Alemania y España, excepto raras excepciones doctrinales, admiten el juego amplio de la subrogación real en la acción de petición de herencia, aunque—como en España y Francia—se carece de una adecuada reglamentación legislativa. Concretamente en España carecemos de un estudio general de la acción de petición de herencia, pero hacen alusión a ella los artículos 192, 1.016 y 1.021 del Código Civil y artículo 323 de la Compilación de Navarra.

A pesar de la carencia de legislación sobre el tema, el juego de la subrogación real se aplica en la práctica y en la teoría basándose, entre otras razones, en los principios generales de la institución. Así, LACRUZ

BERDEJO (38) dice que cabe una suerte de subrogación de los valores que han ingresado en el patrimonio en lugar de los relictos que de ella salieron, aun cuando el Código Civil no lo ordenara, y ello por identidad de razón de otros preceptos que la establecen, y porque el heredero aparente no puede resultar, en relación al real, de mejor condición que el propietario frente al usufructuario, y el señorío directo frente al útil, etc. En particular, hay que tener en cuenta también los artículos 197, 177 y 1.778, 1.897, 812 y 978, 1.337 y 1.396, del dicho Código, los cuales admiten la subrogación real, algunos en supuestos muy semejantes con la acción de petición de herencia, como es el caso del artículo 197—retorno del ausente declarado fallecido—. Para CASTÁN TOBEÑAS (39), el heredero aparente o mero poseedor debe restituir al heredero real los bienes hereditarios que posea o el equivalente obtenido por la najenación, cobro, etc., de lo que originariamente existía en el caudal relicto detentado por él. GULLÓN BALLESTEROS (40) considera erróneo que para que se produzca la subrogación real sea necesario que una norma así lo establezca. En la acción de petición de herencia no hay necesidad de tal declaración; una vez obtenida por el heredero verdadero la sentencia favorable, se declara—dice—el ingreso automático en su patrimonio de toda contraprestación obtenida por la enajenación de un bien relicto. ROCA SASTRE (41) cree que en esta materia debe jugar la subrogación real principalmente por tratarse de un patrimonio o universalidad de bienes, además de constituir una realidad institucional, aplicándose también por analogía con los artículos dichos anteriormente y por razones de equidad y de tráfico jurídico que imponen proteger la confianza en las apariencias. Para MEZQUITA DEL CACHO (42) estamos ante un patrimonio destinado, es decir, en función de conservación de la integridad del patrimonio o masas patrimoniales, cuya titularidad es dudosa. De la misma opinión son otros autores españoles (43).

En Francia, y a pesar de la ausencia de todo texto que prevea la subrogación real en la acción de petición de herencia, opina LAURIOL (44) que aquélla debe ser plenamente admitida. Si el bien que se reclama tiene un origen sucesorial, si está unido por un vínculo de procedencia al patrimonio

(38) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*. Parte general, págs. 446 y 589 y siguientes.

(39) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil*, ob. cit., págs. 344 y ss.

(40) ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, «La acción de petición de herencia», *A. D. C.*, t. XII, año 1959, págs. 223 y ss.

(41) ROCA SASTRE, *Subrogación real*, ob. cit., y *Tratado de Kipp*, t. V, 1.ª edic., Barcelona, 1951, págs. 285 y ss. y 383 y ss.

(42) MEZQUITA DEL CACHO, ob. cit.

(43) DE DIEGO, ob. cit., pág. 467. FONCILLAS, «El heredero aparente», *Rev. Crít. Dr. Inm.*, 1931, pág. 164.

(44) MARC LAURIOL, ob. cit., t. II, núms. 597 y 469, y t. I, núm. 198.

del difunto, del cual presenta una fracción, es automáticamente englobado en la reclamación, puesto que ésta recae sobre todo lo que se encuentra en la parte sucesorial del demandante considerada en su valor global. Un destino en valor hace lógica, económica y moralmente deseable el juego de la subrogación real. Toda decisión especial de subrogación real supone un destino en valor, pero éste es más amplio que la decisión especial, que llama a una subrogación real sin límites. Se puede decir: 1.º, que en la acción de petición de herencia, la subrogación real está efectivamente prevista como tal por la decisión de destino en valor, y 2.º, que entra en la lógica objetiva de este destino. Es decir, que aquí existe una decisión general de subrogación real, una decisión que crea un régimen general en el que la subrogación real es llamada a jugar su papel. Casi todos los autores franceses admiten la subrogación real, a pesar de la carencia de texto (45).

En Italia, lo mismo que en España y Francia, la doctrina predominante aplica el célebre principio de subrogación real en la acción de petición de herencia (46), a pesar de su escasa regulación. Unos autores, como COVIELLO (47), no la mencionan al estudiar la acción de petición de herencia, y PIERO SCHLESINGER (48) se muestra por completo contrario a la aplicación de la subrogación real en esta institución, a pesar de ser admitida—como el autor reconoce—por la mayoría de la doctrina. La subrogación real—dice—supone dos fenómenos distintos: «En el primero se expresa la sustitución de una relación antigua por una nueva, que se somete a la misma disciplina de los bienes hereditarios según la máxima *subrogatum sapit...*, y en un segundo sentido se habla de subrogación para indicar el fenómeno por el cual la contraprestación de una venta ingresa automáticamente en el patrimonio del titular del bien vendido. Según SCHLESINGER, una subrogación en el primer caso no supone necesariamente otra en el segundo; por ejemplo, el legislador podría establecer la primera, pero no la segunda. En el caso de venta por el heredero aparente de bienes cuyo precio no ha sido aún pagado, se da—dice el autor—

(45) JULIEN BONNECASE, ob. cit., pág. 408. BAUDRY LACANTINERIE, *Precis de Droit civil*, t. III, págs. 640 y ss. Recueil e Sirey, 1927, 14.ª edic. MARCEL PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. III, París, 1927, con la colaboración de GEORGES RIPERT, *Théorie générale*, 2045. Héritier apparent, 2054. AUBRY Y RAU, ob. cit., tomo X, pág. 6. HENRY, ob. cit., págs. 344 y ss.

(46) GIANNETTO LONGO, *Studi di diritto privato. L'hereditatis petitio*, vol. XI, Padova, 1933, págs. 139 y ss. ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, trad. 4.ª edic. italiana, vols. I y II, Madrid, 1924 y 1931. SANTORO PASSARELLI, «La subrogazione reale», *Riv. Italiana per la Science Giuridiche*, 1926, pág. 71.

(47) NICOLA COVIELLO, *Delle successioni. Parte generale*, 4.ª edic., Nápoles, 1935, págs. 203 y ss. FRANCESCO SAVERTO AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1959. *Petizione di eredità*, págs. 143 y ss. y 150 y ss.

(48) PIERO SCHLESINGER, *La petizione di credità*, Torino, serie II, memoria XCIV, págs. 102 y ss. y 155.

más bien una subrogación personal, o mejor dicho, representa, sobre todo, una aplicación del principio, ampliamente seguido por el nuevo legislador de *cessio actionum*. Comúnmente, el principio comentado se propone evitar que el heredero corra el riesgo de una eventual insolvencia del heredero aparente y no intenta, de hecho, introducir un fenómeno de subrogación con la eficacia más plena. SCHLESINGER nombra en su apoyo a FEDELE y a ANDREOLI (49). ¿Dónde está la norma—se pregunta el autor—por la cual se establece que lo adquirido con bienes de la herencia forma parte de ésta por subrogación real? Al no hallarla dice que se puede concluir que, ni en modo directo ni en modo indirecto, se encuentra sancionado en este ordenamiento el principio de subrogación real en el campo de la herencia. En definitiva—dice—, queda demostrado que la venta por parte del heredero aparente de un bien hereditario, se limita a determinar el surgimiento de un derecho de crédito a favor del heredero verdadero, lo cual representa la normal consecuencia de la venta de parte de un *non dominus*. No hay por qué hablar de subrogación real ni en el sentido de que la contraprestación de la venta sea adquirida directamente por el heredero verdadero, ni en el sentido de que a tal contraprestación se le atribuya la calificación de hereditaria.

No creemos, con el apoyo mayoritario de la doctrina, que la falta de regulación legislativa sea un obstáculo para la aplicación de la subrogación real, ni tampoco el hecho de dividir la subrogación real en dos fenómenos distintos, en el que la subrogación real pueda darse en uno y no en otro. Estos dos fenómenos no son sino las dos condiciones de la subrogación real: una fluctuación (venta) y una entrada automáticamente en el patrimonio hereditario de la contraprestación que procede del bien vendido.

En Alemania está regulada la subrogación real en el parágrafo 2.019 del BGB ampliamente, y la doctrina la aplica con unanimidad (50). El heredero aparente deberá devolver todo lo obtenido de la herencia, como también lo que el poseedor ha obtenido por negocio jurídico con medios de la misma (art. 2.018); así como también, por el artículo 2.020, debe entregar al heredero los provechos obtenidos y los frutos sobre los cuales el poseedor haya adquirido la propiedad.

(49) FEDELE, *La responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milán, 1954, pág. 254, nota 270. ANDREOLI, «Note critiche in tema di subingresso ex art. 1.259 Cod. civ.», en *Rev. Trim. Dir. o Proc. Civ.*, 1953, pág. 423. Ver nota 41, página 116, de SCHELESINGER.

(50) BINDER, *Derecho de sucesiones*, trad. epl. y notas de LACRUZ BERDEJO, Barcelona, 1953, págs. 273 y ss. BEYER, *Die Surrogation bed Vermögen in Bürgerlichen Gesetzbuch*, Narburg, 1905, págs. 121 y ss. ENNECCERUS KIPP-WOLFF, *Derecho de sucesiones*, t. V, 1.^a edic., Barcelona, 1951, págs. 383 y ss., cap. IV, tít. IV.

Pero el que no tenga que devolver todo lo adquirido por la herencia, no quiere decir que lo sea por el principio de subrogación real en todos los casos dichos anteriormente. En primer lugar, tenemos que decir que la subrogación real es automática y de pleno derecho en la petición de herencia, presumiéndose que lo que posee el heredero aparente ha sido comprado con bienes de la herencia, salvo prueba en contrario, que corresponderá al demandado. Para que se dé la subrogación real es necesario que el bien nuevo proceda del antiguo, es decir, que haya un vínculo de relación directa entre el bien antiguo y el nuevo.

Se puede dar la subrogación real en los siguientes casos:

1) Cuando el poseedor hereditario haya hecho una adquisición mediante un negocio jurídico, pero con medios de la herencia. Si la adquisición es de gran utilidad para la herencia y está destinada a ella, el poseedor hereditario deberá incluirla en la restitución de la herencia, sin perjuicio del crédito que tiene por el precio de la cosa comprada frente al heredero verdadero, pero no ha habido subrogación real. No es suficiente, por tanto, que el negocio jurídico se refiera a la herencia, sino que la contraprestación ha de ser tomada de la herencia. Por tanto, si el poseedor hereditario adquiere algo para la herencia, pero lo paga con sus propios bienes, no se da la subrogación (51). También, para que se dé la subrogación real, es necesario que el acto jurídico realizado por el heredero aparente sea a título oneroso, pues de lo contrario, lo adquirido por donación formaría parte de la herencia, pero sería una adquisición originaria y no derivativa.

2) Cuando el heredero aparente adquiere un crédito dando a préstamo dinero de la misma herencia, compraventa con precio aplazado, etc. Este derecho de crédito, aunque formalmente lo reciba el heredero aparente, lo obtiene inmediatamente el heredero verdadero. En este caso, un bien material es sustituido por un crédito.

3) No hay duda de que se da la subrogación real cuando, con motivo de la pérdida, destrucción o deterioro de un bien hereditario, una indemnización viene a sustituirlo o reemplazarlo, y también respecto de aquellas cosas adquiridas por razón de un derecho perteneciente a la herencia. Nosotros opinamos, sin embargo, que no puede admitirse la expresión *en virtud de un derecho perteneciente a la herencia*, de manera general. Por el contrario, el que se dé la subrogación real depende del derecho de que se trate; por ejemplo, se da la subrogación real en el ejercicio de un derecho de retroventa ejercitado con dinero de la herencia.

(51) ENNECCERUS KIPP-WOLFF, ob. cit. ROCA SASTRE, comentario y traducción de la obra anterior. MARC LAURIOL, ob. cit., t. I, págs. 248-282, y t. II, núms. 469 y 597.

4) Por último, en cuanto a los frutos de la herencia, se obtienen por razón de ella, pero están excluidos del juego de la subrogación real. En Alemania se ha discutido si no juega aquí la subrogación real, siendo la opinión de la mayoría contraria a ella (52).

Es necesario poner de manifiesto que la subrogación real se rige por principios puramente objetivos y no por consideraciones subjetivas, por lo que no interesa a ésta la buena o mala fe del heredero aparente.

E) LA SUBROGACIÓN REAL EN LAS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS

Ya hemos visto, en «La formación del concepto de subrogación real», cómo en el Derecho romano justiniano, la acción de petición de herencia se extendió a los fideicomisos, y cómo fue esta acción de petición de herencia fundamentalmente la que sirvió, en su día, a BARTOLO para establecer las tres máximas que vinieron a definir el célebre principio de subrogación real. Hemos expuesto, además, cómo fue muy corriente en la práctica el que se vendieran bienes sujetos a fideicomiso mediante la autorización del Juez, Príncipe, Pontífice o por disposición expresa del disponente, con la obligación de invertir el precio en otros bienes rentables. Ya el Cardenal DE LUCA cita varias sentencias del Tribunal de la Rota, y respecto a una de ellas dice que era éste un método muy usado en España. Por las mismas razones que en los bienes fideicomitidos, también en la práctica se vendieron bienes feudales con autorización del Príncipe o Papa, según la autoridad que los hubiera concedido.

La aplicación del principio de la subrogación real en los fideicomisos está en función de las facultades concedidas al fiduciario, bien por ley, bien por expresa voluntad del disponente. A diferencia de Francia, Italia y Alemania, nuestro Código Civil, en el artículo 783, apartado 2.º, solamente dice que: «el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa». El Código Civil niega al fiduciario facultades de disponer de los bienes fideicomitidos, excepto en los casos *ex-necesitate*, por lo que la subrogación real no se producirá sino en caso de expropiación forzosa

(52) Ver nota de ENNECCERUS KIPP-WOLFF, págs. 383 y ss., núm. 4, «Así lo quería la II Comisión» (Acta V, 714 ss.). De otra manera, PLACHCK-STROHAL, parágrafo 2.020, 3, b), porque falta la exclusión positiva del principio de la subrogación, determinado en el par. 2.019. Como aquí, ahora, PLACHCK-FLAD, par. 2.020, 2, c). Igualmente, HERZFHIDER, par. 2.020, 2. BEYER quiere también la aplicación del principio de la subrogación en relación a los frutos civiles, *Subrogation*, 128 ss. Simplemente en pro de la subrogación en relación a los frutos: FRANZ-LEONHARDO, parágrafo 2.020, II.

e indemnizaciones recibidas por pérdida, destrucción de los bienes, etc., o bien cuando expresamente lo haya dispuesto el testador.

Las legislaciones forales, por el contrario, regulan con más detalle las facultades del fiduciario, sobre todo las de Cataluña, Navarra y Baleares. Así, en el Derecho civil de Navarra, la Ley 232 dice: «Sin otras limitaciones que las establecidas en las leyes siguientes, el fiduciario tendrá todos los derechos que corresponden al propietario, pero habrá de restituir al fideicomisario todos los bienes recibidos, los subrogados y los incrementos que constituyan accesiones naturales y mejoras inseparables»... «El fiduciario podrá enajenar (Ley 233) y gravar los bienes como libres en los casos y modos siguientes: 1.º Cuando el disponente le hubiere autorizado para hacerlo por sí solo, en cuyo caso, los bienes adquiridos se subrogarán en lugar de los enajenados. 2.º Cuando el disponente no lo hubiera autorizado, sin prohibirlo expresamente, el fiduciario podrá hacerlo con el consentimiento de todos los fideicomisarios. En defecto del consentimiento de todos los fideicomisarios o cuando algunos de éstos sea persona incierta, futura o actualmente indeterminada, con autorización del Juez competente, que la concederá sólo en casos de necesidad o utilidad pública evidente, en acto de jurisdicción voluntaria y adoptando las medidas oportunas para asegurar la subrogación...».

Otras facultades reconocidas al fiduciario por la Ley 234 son: «2.º Cancelar por cobro créditos hipotecarios o pignoratícios y retrovender bienes comprados a carta de gracia o con pacto de retro. 3.º Otorgar las enajenaciones a que se hubiera obligado el fideicomitente y realizar cualesquiera otros actos de cumplimiento de deberes inherentes a la propiedad y anteriores a la adquisición por el fiduciario. 4.º sustituir sin detrimento del fideicomiso los bienes consumibles y los que se deterioren o desgasten con el uso.

En la Ley 235 se refiere expresamente a la subrogación real, que se produce como consecuencia de las facultades anteriores. Dice así la ley: «En todo supuesto en que, conforme a las leyes anteriores, el fiduciario enajenare como libres o sustituyere bienes objeto del fideicomiso, quedarán afectos a éste el dinero o los bienes que los sustituyeron por subrogación real».

En la Compilación de Baleares, el artículo 30 establece que el fiduciario tendrá el uso y disfrute de los bienes fideicomitados y de sus subrogados, y el artículo 33, que por ministerio de la ley, el fiduciario podrá vender en concepto de libres los bienes fideicomitados, con el consentimiento de los fideicomisarios y para satisfacerse de su cuota legítima y de la llamada Cuarta Trebeliana, además de para pagar deudas y cargas de la herencia, legados en metálico y gastos extraordinarios de conservación o refracción de bienes fideicomitados.

También podrá, previa autorización judicial, siempre que el testador no lo hubiera prohibido expresamente, enajenar y gravar como libres los bienes fideicomitidos o invertir su parte en otros de mayor rentabilidad o utilidad en sustitución de los enajenados.

La Compilación de Cataluña, en su artículo 182, establece que el fiduciario tiene el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y de sus subrogados, y en el artículo 186, que el fiduciario puede enajenarlos en los casos establecidos por el testador o los fideicomisarios o lo permita la ley. Y dice textualmente, en su artículo 189: «El fiduciario podrá enajenar como libres bienes sujetos a fideicomiso de sustitución para reemplazarlos por otros, a fin de obtener mayor rentabilidad o utilidad, a juicio y previa autorización del Juez competente.

No procederá esta subrogación real si el fideicomitente la ha prohibido expresamente o ha dispuesto una especial prohibición de disponer incompatible con la subrogación. Si el fideicomitente hubiera permitido y regulado la subrogación, se estará a lo por él dispuesto». Si el Juez autoriza la subrogación, adoptará cuantas medidas crea procedentes para su normal efectividad y consiguiente liberación del gravamen fideicomisario de los bienes reemplazados y la sujeción al mismo de los bienes adquiridos.

El artículo 191, 3.º y 4.º, «faculta al fiduciario para concertar convenios en materia de expropiación forzosa y aceptar indemnizaciones por siniestros asegurados o por daños resarcidos por el responsable», y a «sustituir sin demora y sin detrimento del fideicomiso, las cosas que se desgasten con su uso, y entre ellas...»; «... los bienes fideicomitidos objeto de estos actos quedarán libres del gravamen fideicomisario y, en su lugar, estarán afectos al mismo el dinero u otros bienes obtenidos por el fiduciario».

La Compilación de Cataluña menciona también el principio de subrogación real al referirse al fideicomiso de residuo, según el cual—artículo 211, 2.º—, el gravamen fideicomisario subsistirá no sólo sobre los mismos bienes relictos, «sino también sobre el dinero o bienes que por subrogación real hayan reemplazado a los demás bienes fideicomitidos, sea o no por efecto de dicha facultad dispositiva del fiduciario, que se extenderá también a los subrogados».

En Francia, la doctrina, en general, admite el juego de la subrogación real (53). Según LAURIOL, la subrogación real y la indisponibilidad son dos medios complementarios que conducen a los mismos fines. Las ven-

(53) MARC LAURIOL, ob. cit., t. I, núms. 127 y ss., y t. II, núm. 699. BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núms. 1.294 y ss., t. III. PLANIOL, ob. cit., t. XII, números 3.299 y ss. y núm. 3.321, S. Poitiers, 22 de marzo de 1883 (D. 84-2-40), autorización judicial por necesidad o interés de los llamados, nunca por interés del gravado. HENRY, ob. cit., pág. 245. EDGARD PAULMIER, *De la subrogation réelle en Droit romain et en Droit français*. Thèse, Orléans, 1882.

tas permitidas limitan el campo de la subrogación real, distinguiéndose entre ventas obligatorias (art. 1.062 del Código Civil), venta de muebles corporales impuesta al gravado, excepto los que el disponente hubiera establecido que se mantuvieran en naturaleza (art. 1.063 del Código Civil francés) y los que son en realidad inmuebles por destino. Además, los artículos 1.065, 1.067 y 1.068 del Código Civil francés destacan una operación que no es en realidad una venta, en el sentido habitual de la palabra, pero que realiza una fluctuación importante con relación a la subrogación real: el empleo de los fondos comprendidos en la sustitución, en los plazos y condiciones establecidos en estos artículos.

Dentro de las ventas facultativas, están las ratificadas por los fideicomisarios y las establecidas por el disponente. La jurisprudencia francesa acepta la venta autorizada por el Juez competente en casos de necesidad y ventaja evidente para los llamados, y en este caso la venta se hace en la forma establecida en la venta de bienes de menores.

En el caso—dice LAURIOL—de que la subrogación real sea establecida en una cláusula de reemplazo por el testador, la venta está permitida precisamente por la subrogación, a diferencia de la venta permitida pura y simplemente. Este es el medio de que se han valido la doctrina y la práctica francesa para hacer más flexible la regla de inalienabilidad de la dote, mediante las citadas cláusulas de empleo o reemplazo establecidas en el contrato de matrimonio.

En Italia, de igual manera, el Juez competente puede autorizar la venta de bienes fideicomitidos en caso de utilidad evidente, disponiendo el reemplazo de la suma recibida (54).

En Alemania (55), el parágrafo 2.111 del BGB establece y aplica el principio de subrogación real: «1.º Pertenece a la herencia lo que el fiduciario adquiera a base de un derecho perteneciente a la misma o como sustitutivo por la destrucción, daño o sustracción de un objeto hereditario». Se exceptúan de la subrogación real los provechos, pues pasan a ser propiedad del fiduciario. «2.º Los que adquiere el fiduciario mediante negocio jurídico con medios de la misma.»

Es preciso, pues, que el contravalor proceda de la herencia para que se establezca la subrogación real, no bastando que el negocio jurídico se refiera al caudal relicto. Si solamente en parte se toma la contrapartida del caudal relicto, la subrogación real tiene lugar solamente en la parte que corresponde (56). En el caso de que el fiduciario adquiera un crédito

(54) F. S. AZZARITI, G. MARTÍNEZ, *Successioni per causa di morte o donazioni*, 3.ª edic., Padova, 1959, págs. 509 y ss.

(55) THEODOR KIPP, *Derecho de sucesiones*, t. V, 2.º, Barcelona, 1951, págs. 89 y ss., par. 93.

(56) T. KIPP, nota. R. G. SEUFF, A. 75, 288 y ss.; Stuttgart Wurttz, 1928, 317. Así se falló: K. G. OLG, 44, 96 ss.: aumento de capital de una sociedad de res-

con medios del caudal relicto, el derecho del heredero fideicomisario se extiende al crédito si la contraprestación procede del caudal relicto, dándose la subrogación real, y lo mismo en el caso de la contraprestación que recibe el fiduciario cuando enajena toda la herencia.

La subrogación real—dice BINDER (57)—trata de evitar el peligro de una disminución de la herencia, admitiendo en cierta medida la subrogación de los nuevos objetos en los antiguos. El preheredero por medio de la adquisición deviene principalmente propietario, pero su propiedad queda—dice BINDER—resuelta por la del postheredero. Los bienes subrogados, por tanto, están sometidos desde su adquisición no sólo a las prescripciones sobre administración o aseguramiento, etc., sino también y sobre todo a las limitaciones de disposición, y corresponden al postheredero automáticamente, sin ulteriores formalidades. También se da la subrogación real en caso de permuta y en el caso de empleo o reemplazo de fondos hereditarios, en los casos, claro está, en que el fiduciario pueda legítimamente realizar la adquisición.

El papel de la subrogación real, en estos casos concretos, es el de perpetuar la consistencia de los fideicomisos, prevaleciendo una indisponibilidad en valor, en provecho de los fideicomisarios, en vez de una indisponibilidad en naturaleza, que a la larga, y la mayoría de las veces, podría resultar perjudicial para los fideicomisos, sobre todo cuando la entrega no sea inmediata, sino retardada.

Según ROCA SASTRE y MARC LAURIOL (58), estamos ante una subrogación real institucional, ante una pieza clave dentro de la institución fideicomisaria. Se produce no sólo en los casos establecidos por el testador y en casos de venta autorizada, sino también en todos los casos donde las condiciones de la subrogación real se han producido: indemnizaciones por pérdida, destrucción y deterioro de un bien fideicomitado asegurado; en el caso de dinero procedente de redención de censos; bienes obtenidos por el ejercicio de un derecho de retracto convencional, etc.

A pesar del silencio de nuestro Código Civil, al respecto, la doctrina (59) y la jurisprudencia se muestran partidarias de la facultad conce-

ponsabilidad limitada. El fiduciario adquirió nuevas participaciones y conservó efectivamente las antiguas, pero éstas fueron reducidas de valor mediante la elevación del capital. Considerado desde el punto de vista económico, las nuevas participaciones fueron pagadas con las antiguas. El K. R. admitió, con razón, dice KIPP, que esto bastaba para aplicar el principio de subrogación real del par. 2.111. K. G. OLGE, 44, 96 ss.

(57) JULIUS BINDER, *Derecho de sucesiones*, trad. de la 2.^a edic. alemana por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, Barcelona, 1953, págs. 243-244.

(58) ROCA SASTRE, ob. cit. T. KIPP, págs. 89 y ss. MARC LAURIOL, ob. cit., tomo II, núm. 699.

(59) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte General*, t. V, vol. I, Barcelona, 1961, pág. 241. ROCA SASTRE, obs. cit. KIPP, págs. 89 y ss, y *La subrogación real*, ob. cit. MEZQUITA DEL CACHO, ob. cit. *Principales aplicaciones de la sub-*

dida al fiduciario para la venta de los bienes afectados de restitución con las correspondientes garantías. En una resolución de la D. G. R. N. de 7 de mayo de 1960 (*B. O. E.* de 28 de mayo), se trató de la enajenación de una finca por un heredero instituido bajo condición resolutoria, con la obligación de invertir el precio de la venta en bienes que quedarían afectados por la misma condición que pesaba sobre la finca hereditaria. Al comentar dicha resolución, CÁNOVAS COUTIÑO dice que al ser la venta sólo anulable, la doctrina moderna, analizando los perjuicios que se pueden derivar, tanto para el propietario individual como para la economía nacional, propugna la conveniencia de que los bienes así afectados puedan ser enajenados, recibiendo en su día los interesados, en vez de tales bienes, los que ocuparen su lugar.

La doctrina, por tanto, mediante la subrogación real, tiende a hacer más flexible la inamovilidad de los bienes gravados con sustitución o resolutoriamente condicionados, haciendo también posible la subrogación real *ex-voluntate*, medida ya bastante utilizada en Francia, como hemos dicho en relación a los bienes dotales. Tales ventas, sin embargo, requieren autorización judicial y cumplimiento de determinadas garantías, tales como inversión del precio de venta en otros bienes de mayor rentabilidad, haciendo la venta siempre por razones de utilidad o interés particular para los llamados.

Esta forma de actuar, además de estar de acuerdo con las legislaciones extranjeras y con las necesidades de la vida moderna, no hace sino establecer la subrogación real, tal como se utilizó, desde el siglo XIII en adelante, en toda Europa.

En otra sentencia de 25 de octubre de 1954, que puso de manifiesto lo defectuoso de nuestra reglamentación en esta materia, se autorizó al fiduciario para la venta de bienes consumibles y fungibles con la correspondiente subrogación real, y en otra de 20 de diciembre de 1959, se plantea la cuestión de si podía el fideicomisario o si tenía derecho a pedir al fiduciario una finca adquirida con dinero de la herencia fideicomitida, alegándose en su favor el artículo 389 de la Compilación de Cataluña, el de la acción de petición de herencia que se extendió en el Derecho romano a los fideicomisarios y los números 70-3, 71 y 72 D, L. 31, que establecen que entre las cosas que debe restituir el fiduciario, se encuentra lo adquirido con dinero de la herencia. La sentencia resolvió afirmativamente. En otra de 7 de enero de 1959, la subrogación real fue expresamente

rogación real. GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO, Rs. 2 marzo 1956, *Rev. Crí. Dr. Inm.*, tomo XXIX, año 1956, págs. 843-848. JOSÉ LATOUR BROTONS, «Del usufructo a la sustitución fideicomisaria», *Rev. Crí. Dr. Inm.*, año 1960, t. XXXIII, págs. 310-398. GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO, «Jurisprudencia de la D. G. de Registros y del Notariado», *Rev. Crí. Dr. Inm.*, año 1960, págs. 541-551.

establecida por el testador mediante una cláusula. El testador, de acuerdo con las exigencias del tráfico, establece una vinculación fideicomisaria «de valor». Los bienes fideicomitidos no se tienen en cuenta *in natura*, sino su valor y rentabilidad, por lo cual el testador concede al fiduciario facultad para enajenar, si bien con la intervención fiscalizadora de los albaceas y obligación de invertir el precio en bienes igualmente seguros y notables, con la misma intervención de los albaceas.

Una sentencia de 25 de noviembre de 1954, por el contrario, niega la subrogación real, en este caso por permuta de bienes, al declarar ineficaz la autorización para transmitir un derecho que no existía en los patrimonios de los transmitentes y nula, por tanto, la permuta consignada en la escritura de 26 de junio de 1930. La autorización judicial—se dice—no puede establecer otro efecto que el de suplir la falta de capacidad para enajenar o transmitir, pero no atribuir al transferente poder dispositivo sobre la cosa objeto de transmisión, de cuyo poder carecían en este caso las hijas de X.

Hemos visto cómo las legislaciones forales, en especial las de Cataluña y Navarra, regulan detalladamente las facultades de disposición del fiduciario, estableciendo como correlativo de estas facultades de disponer la subrogación real. Sin embargo, una resolución de 2 de mayo de 1956 (*B. O. E.* de 14 de abril) la rechaza en la venta de bienes sujetos a fideicomiso en Cataluña: «No estando comprendida dicha enajenación en los supuestos excepcionales que las fuentes romanas admitieron para que los bienes que formaban parte de un fideicomiso pudieran enajenarse, el empleo de la subrogación real, *procedimiento técnico* merced al cual lo que se recibe por enajenación queda sujeto al régimen jurídico que afecta a la finca transmitida, no tiene virtualidad suficiente para crear un poder de disposición, ya que tal subrogación, más que premisa que sirva para autorizar el acto dispositivo, funciona como resultado, al que se llega a través del cambio o fluctuación operada».

Es decir, la subrogación real no puede sino aplicarse cuando se ha producido una fluctuación permitida por la ley en el caso de Cataluña, que es a la que se refiere esta sentencia. La subrogación real, como *muy bien* dice, no crea un poder de disposición al que no lo tiene por ley, sino que es el resultado, el procedimiento técnico que se aplica en las ventas autorizadas por la ley o, como admite la doctrina y la jurisprudencia, en ventas autorizadas por el Juez en caso de necesidad o utilidad de los fideicomisarios.

GONZÁLEZ PALOMINO (60), por el contrario, dice que no ve el juego ni la aplicación lógica que pueda tener el concepto de subrogación real en

(60) GONZÁLEZ PALOMINO, «Enajenación de bienes seudousufructuados», *An. Ac. Mtr. Not.*, 1949.

temas de derechos reales, ya que de tener algún sentido, ha de quedar restringido al campo de los derechos de crédito en el capítulo de las restituciones y liquidaciones de patrimonios. Mientras se siga considerando esencial—dice—para la existencia de un derecho real la existencia y la subsistencia de un objeto concreto, ¿cómo es posible pensar que perdure el mismo dominio si se ha cambiado su objeto o si, más todavía, en vez de la cosa se ha puesto su valor? Precisamente es en el campo de los derechos reales donde la subrogación real se aplica más ampliamente y, por otro lado, la misma es el principio que más pone de manifiesto la capacidad del hombre de no supeditar su inteligencia ante las circunstancias del momento o la naturaleza. Cuando se tiene un derecho real sobre una cosa y ésta, por alguna circunstancia, es destruida y en su lugar se recibe una indemnización, ha supuesto un progreso considerable el que no se considere que el derecho se extingue junto con su objeto, sino que por medio de la subrogación real precisamente se extiende, se traslada este derecho sobre el nuevo objeto, que viene a sustituir al antiguo. La inteligencia del hombre, de acuerdo con el progreso, no se ha supeditado a la naturaleza, sino que, por el contrario, la domina, según decíamos antes.

Al comentar esta resolución, CÁNOVAS COUTIÑO (61) dice que se confunde la consecuencia con la premisa. La subrogación real es una consecuencia y no un principio. Si admitida ésta se da la sustitución de una cosa por otra o por su valor, para ello es preciso que sea posible sustituir una cosa por otra. Por tanto, el problema es saber si es posible que se realice este acto previo del que la subrogación real es efecto y consecuencia.

Verdaderamente, si el fiduciario no tenía facultad para hacer una venta, ésta es nula y el fideicomisario puede perseguir la cosa allá donde se encuentre. Si la cosa ha sido comprada por un tercero de buena fe y no puede recuperarse, nacerá un derecho en el patrimonio del fideicomisario a indemnización de daños y perjuicios que no tiene nada que ver con la subrogación real. Esta se produce cuando se ha realizado una venta válida y la contraprestación recibida entra automáticamente en el patrimonio fideicomitido, aplicándosele el mismo régimen del derecho que se tenía sobre el antiguo bien.

Una sentencia de 20 de octubre de 1954 niega la subrogación real en el caso de permuta en virtud de una falta de capacidad o más bien de inexistencia de derecho de los llamados fideicomisos condicionales.

Admite la subrogación real la sentencia de 17 de abril de 1953, que se refiere a un legado de cantidad, y no la admiten la sentencia de 17 de

(61) CÁNOVAS COUTIÑO, Rs. 2 marzo 1956, *Rev. Crít. Dr. Inm.*, t. XXIX, año 1956, págs. 843-849.

marzo de 1934 y la resolución de 22 de diciembre de 1950, cuyos resultados ratifica la sentencia, que ya hemos visto, de 20 de octubre de 1954.

En la resolución de 22 de diciembre de 1950, doña Concepción Boronet, por razones de utilidad, obtiene una autorización para sustituir una casa con inversión de su total precio en otro inmueble o valores del Estado, sujetos a las mismas condiciones. El Registrador deniega la inscripción y el Notario autorizante recurre a la Dirección General, que ratifica el proceder del Registrador, alegando «que no está comprendida la enajenación discutida en ninguno de los excepcionales supuestos contemplados y que la subrogación real no tiene virtualidad suficiente para crear un poder de disposición, puesto que tal subrogación real, más que premisa que sirve para autorizar el acto dispositivo, funciona como resultado a que se llega a través del cambio o fluctuación»; «que el procedimiento establecido en la LEC, título XI, libro III, relativo a la enajenación de bienes de menores e incapacitados, no es aplicable, porque encaminada a suplir una incapacidad frente a necesidades que pueden ser perentorias, con él se puede modificar la voluntad claramente manifiesta por el testador».

A pesar de esta sentencia, consideramos que es de un interés manifiesto para los mismos fideicomisarios que, en casos de utilidad evidente y previa autorización judicial, puedan venderse bienes fideicomitidos con la garantía de la aplicación de la subrogación real. El hecho de que nuestro Código Civil no regule la capacidad del fiduciario, no es motivo suficiente—dada la facultad reconocida al testador para establecer la subrogación real y vistas las legislaciones forales—para no admitir por nuestra parte la subrogación real en casos concretos a juicio del Juez correspondiente. ROCA SASTRE es de la misma opinión.

F) LA SUBROGACIÓN REAL EN LA VENTA DE HERENCIA

Bajo la denominación de venta de herencia se encuentra, tanto el caso de venta de toda la herencia por el heredero único, como la venta de una cuota por parte de un heredero. La regulación de la venta de herencia en España, como en el Derecho comparado, es muy escasa: tres artículos (1.531, 1.533 y 1.534) del Código Civil español, tres artículos en el Código Civil francés, seis en el italiano y 15 en el alemán es todo lo que tenemos.

Se ha discutido sobre la naturaleza de la compraventa de herencia, diciendo ROCA SASTRE (62) que es un contrato híbrido sucesorio y con-

(62) R. M.^a ROCA SASTRE, «Problemas de la venta de herencia». Conferencia, *An. Ac. Mtr. Not.*, 1953, t. VII, pág. 668.

tractual; CRISTÓBAL MONTES (63), que es un contrato de compraventa con un objeto especial, y las legislaciones francesas e italianas lo estudian dentro de la materia contractual. Pero dejando este problema, diremos que el objeto de esta compraventa es una herencia considerada como *universitas iuris*, que se vende un todo (art. 1.531 del Código Civil). «El que vende una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado a responder de su cualidad de heredero.»

La mayoría de los autores se muestran de acuerdo en considerar a la herencia como una *universitas* (64.) Para ROCA SASTRE, la venta de herencia es el acto en que un heredero único o un coheredero se desprende por completo a favor de otra persona como un todo, o sea, como una *universitas* o complejo de activo y pasivo, y mediante precio, del contenido económico, positivo y negativo, de una herencia ya abierta y diferida o de una cuota de ella. Tenemos que hacer constar que frente a esta opinión mayoritaria, una sentencia de 5 de febrero de 1909 estableció que la venta de una herencia entraña o implica, se resuelve o reduce a ser una suma de venta de los bienes singulares.

¿El vendedor de una herencia, qué debe vender: la herencia tal como la tiene en el momento de la venta o, por el contrario, ha de reconstruir la herencia, a pesar de la confusión operada con su patrimonio particular, al tiempo en que la adquirió del causante? El criterio que ha prevalecido entre nosotros y en la doctrina francesa, italiana y alemana es favorable a la reconstrucción total, en la medida que sea posible, y a pesar de la confusión producida antes. Y es precisamente en esta reconstrucción donde la subrogación real se aplica ampliamente. Este proceso de reconstrucción que se lleva a cabo resucitando relaciones jurídicas muertas por la confusión de la herencia aceptada pura y simplemente por el heredero con su patrimonio propio, constituye un fenómeno jurídico extremadamente curioso que se relaciona en gran medida con el principio de subrogación real.

LACRUZ BERDEJO (65) dice que el vendedor en este contrato transfiere lo que tiene, es decir, el patrimonio hereditario tal como se encuentra en sus manos, pero su obligación hace referencia a la herencia tal como se causó; la herencia no es lo que se transmite, pero sí es el punto de referencia de las obligaciones de transmisión e indemnización del heredero

(63) ANGEL CRISTÓBAL MONTES, *La venta de herencia*, Caracas, 1968, páginas 46 y ss. y 85 y ss.

(64) ROCA SASTRE, ob. cit., pág. 668, y *Derecho de sucesiones de Theodor Kipp*, t. V, 2.ª, Barcelona, 1951, par. 98, 1; págs. 129 y ss. RUBINO, *La compraventa*, Milán, 1952, pág. 119. BIONDO BIONDI, *I Beni*, Torino, 1953, pág. 88. ANGEL CRISTÓBAL MONTES, ob. cit., págs. 12 y ss. BARBERO, *Le università patrimoniali*, ob. cit., págs. 120 y ss.

(65) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte General*, págs. 435 y ss.

y de reintegro del adquirente. Todo se remonta—dice ROCA SASTRE (66)—al tiempo en que el heredero adquirió la herencia vendida, procurando en lo posible colocar al vendedor y comprador en la misma situación que se encontrarían si a la adquisición de la herencia hubiera seguido inmediatamente la venta. Esta retroacción impone el tener que reconstituirse o hacer revivir la *universitas* como complejo autónomo. Para KIPP (67), el vendedor de una herencia está obligado a entregar al comprador los bienes integrantes del patrimonio hereditario, no sólo en el estado en que se encuentran en el momento de la venta, sino también, en lo posible, en el estado en el que se encontraban al tiempo en que el heredero la adquirió. En favor de la reconstrucción de la *universitas* podemos citar las resoluciones de 29 de agosto de 1925 y 29 de diciembre de 1930, así como nuestro artículo 1.533 del Código Civil, que dice: «Si el vendedor se hubiese aprovechado de algunos frutos o hubiese percibido alguna cosa de la herencia que vendiere, deberá abonarlos al comprador si no se hubiese pactado lo contrario».

En contra de lo anterior se pronuncia FEDELE (68), si bien reconoce que la mayoría de los autores italianos están de acuerdo en lo dicho anteriormente. Según FEDELE, lo que transmite el vendedor es lo que posee en el momento de la conclusión del contrato. Según el artículo 1.544 del Código Civil italiano: *Se il venditore... ha venduto qualche bene della eredità, è tenuto a rimborsare il compratore, salvo patte contrario*. Se aplica el principio de la subrogación real porque el precio de las cosas hereditarias vendidas, por la fuerza misma de la herencia como *universitas*, ha venido a ser un bien hereditario. Ya hemos visto cómo en la acción de petición de herencia (D. 5-3-22) se dice: *quia potest existimari in locus hereditariae rei venditae, pretium eius successisse et quedammodo ipsum hereditarium factum*.

Sin embargo, dice FEDELE que no puede aceptar este modo de pensar. No pretendo tomar posición—dice—entre si la subrogación real es un elemento natural en las *universitas*, sobre todo *iuris*, en el sentido de que se produce siempre, aunque no exista, una disposición legislativa que la establezca, o más bien es un elemento accidental que requiere una disposición especial. Pero aun admitiendo el primer caso, en la compraventa de herencia es siempre necesaria una disposición especial de la ley que establezca la subrogación real. Pero esto no se produce en la venta de herencia, y la otra pretendida consideración *sub specie universitates* de la compraventa de herencia no es en realidad tal.

(66) ROCA SASTRE, ob. cit., pág. 668.

(67) THEODOR KIPP, ob. cit., págs. 129 y ss.

(68) ALFREDO FEDELE, *La compravendita dell'eredità*, Torino, 1957, págs. 63 y ss. y 68 y ss.

Pero aun admitiendo lo anterior—prosigue—, la tal *universitas* se disuelve con la confusión de los patrimonios a la aceptación pura y simple, y si se reconstituye nuevamente por efecto de la compraventa, no se puede considerar que se da una nueva consideración unitaria del complejo. La sujeción al principio de la subrogación real no sería, por tanto, un tratamiento unitario más que si se sujetaba a otro tratamiento unitario por el que el complejo sea una *universitas*, pero sería propio del mismo tratamiento que vuelve *universitas* el complejo.

Opinan FEDELE y SCHELETSINGER (69) que la acción que se le concede al comprador en relación a la venta de bienes hereditarios anteriores a la compraventa, no es una acción real, sino simplemente una acción personal, por lo que puede considerarse excluido todo fenómeno de subrogación real. En apoyo de su tesis cita FEDELE a FABRO (70), que, como ya vimos, era la única voz que se levantaba en el Derecho común, contra una aplicación desorbitada de la subrogación real fuera del caso de la petición de herencia. Dice FABRO al referirse a la obligación del vendedor de entregar el precio en caso de venta anterior al contrato de compraventa: *non ergo ea pretia restituit quasi subrogata in loco et in vice rerum hereditarium: nec quasi conventus iudicio universali ob id, quod action ex empto propter venditam hereditatem conveniatur. Sed quia negare non potest, quia ea habeat, si non ex hereditate et rebus hereditariis eum pretium non tantem occasione hereditates quod sufficit ut ad eum pervenisse videantur ex hereditate, et ea proinde restituere debeat.*

Sin embargo, y a pesar de que las alegaciones de FEDELE tienen un fondo de verdad, la mayoría de la doctrina o incluso la jurisprudencia en su mayor parte están de acuerdo en que, a pesar de la confusión operada en el patrimonio del heredero, debe reconstituirse la herencia al momento en que la adquirió éste. LACRUZ BERDEJO (71), respondiendo en cierta forma a FEDELE, dice que el vendedor transfiere el patrimonio hereditario que tiene en el momento del contrato, pero que esta obligación está referida a la herencia tal como se causó.

Para esta reconstrucción de la herencia, ya hemos dicho que se acude al principio de la subrogación real, pero aquí se presenta con un efecto nuevo, y es que la subrogación real tiene en la compraventa de herencia un carácter retroactivo. En la venta de herencia se pueden distinguir dos períodos: el que va desde la adquisición de la herencia por el heredero pura y simplemente hasta el contrato, y desde éste hasta que se entrega

(69) SCHELETSINGER, «La petizione di credità», *Memoria dell Istitute Giuridico*, Serie II, Memoria XCIV, págs. 116 y ss.

(70) FABRO, *Rationalia*..., ob. cit. ad L. 2, par. 3 D, 18-4.

(71) LACRUZ BERDEJO, ob. cit., págs. 437 y ss.

la herencia. En el primer período, la herencia recibida se confunde con el patrimonio del heredero, teniendo éste la plena facultad de disponer de él según le parezca. Pues bien, en este período, la subrogación real es inútil e innecesaria; el patrimonio del heredero es un patrimonio abierto a todas las nuevas adquisiciones siguiendo el proceso normal de todo patrimonio. Es desde el momento del contrato y hasta la entrega cuando la subrogación real encuentra su verdadero campo de acción. Si el heredero vende bienes hereditarios en este período, el comprador podrá exigir o indemnización de daños o simplemente que se produzca la subrogación real en el precio de la venta. Ni que decir tiene que si durante este período el heredero recibe alguna indemnización por la pérdida de un bien o el precio de una expropiación forzosa, la subrogación real se produce automáticamente.

En el momento de la reconstrucción de la herencia se produce la subrogación real, que se considera que se produjo *ex tum*, pero que en realidad en aquel período, como hemos dicho, la subrogación real no tenía razón de ser. Tiene, por tanto, carácter retroactivo. Por esta misma razón de que—como dice LACRUZ BERDEJO—, la herencia no es lo que se transmite, pero sí es el punto de referencia de la obligación, opina que sólo en este sentido puede hablarse de subrogación real y que, por tanto, ésta no debe ir más allá, es decir, que se dé la subrogación real en fase de reemplazo. Nosotros consideramos que es ésta una situación de hecho, en la que existiendo pruebas bastantes para probar la procedencia de los bienes, la subrogación real se puede dar.

A pesar de los obstáculos que verdaderamente se presentan a la subrogación real, entre ellos el de la confusión de patrimonios, ésta se ha admitido por ser el sistema más lógico y justo; pero no estamos de acuerdo con CRISTÓBAL MONTES (72) en que no haya obstáculo alguno para que, a pesar de la confusión, la herencia reviva o resurja precisamente por su carácter de unidad abstracta o ideal y su condición—dice—de categoría meramente lógica. La unidad abstracta, como muy bien apunta FEDELE, también ha desaparecido con la confusión.

La subrogación real se produce por la reconstrucción de la herencia en los siguientes casos (73): venta de bienes hereditarios, en cuyo caso el precio o el crédito del precio sustituirán al bien vendido; las indemnizaciones de seguros de responsabilidad; expropiación forzosa; en caso de permuta; dación en pago, etc. En el caso de que los bienes hereditarios se hayan perdido, incluso por culpa o negligencia del heredero, éste

(72) ANGEL CRISTÓBAL MONTES, ob. cit., págs. 40 y ss.

(73) ROCA SASTRE, ob. cit., pág. 683, y *Comentarios y traducción de Kipp*, páginas 129 y ss., par. 98 I. LACRUZ BERDEJO, ob. cit., págs. 440 y ss. A. CRISTÓBAL MONTES, ob. cit., págs. 51 y ss. THEODOR KIPP, ob. cit., págs. 129 y ss., III, 1.º

no estará obligado a indemnizar, pues era propietario de sus bienes y podía actuar libremente. De esta opinión son LACRUZ BERDEJO, ROCA SASTRE, MANRESA, GULLÓN, KIPP, CRISTÓBAL MONTES, etc.

Según THEODOR KIPP (74), el comprador de la herencia se sitúa con eficacia inmediata en la posición jurídica del vendedor *per universitatem* y, por tanto, los objetos hereditarios subrogados que son adquiridos antes o después de la venta pasan, sin más, a formar parte con la transmisión de la porción hereditaria del comprador del derecho compartido o del heredero único. La subrogación real establecida en el parágrafo 2.041, 1, del BGB, es la misma que la establecida en el parágrafo 2.374: «El vendedor está obligado a entregar al comprador los objetos de la herencia existentes al tiempo de la venta, con inclusión de lo que haya obtenido antes de la venta en base a un derecho perteneciente a la herencia o como indemnización por la destrucción, menoscabo o privación de un objeto de la herencia o mediante un negocio jurídico que se refería a la herencia».

Como ya hemos dicho anteriormente en varias ocasiones, no estamos de acuerdo con lo que dice a continuación KIPP: «la subrogación real afecta no sólo a lo que se obtuvo con medios de la herencia, sino que es suficiente que el negocio jurídico estuviera en relación con la misma». La subrogación real—dice en contra de nuestra opinión—no tiene el significado de que lo subrogado recaiga en forma real en el comprador de la herencia, ya que este comprador sólo tiene, incluso en relación a los objetos hereditarios originarios, un derecho de crédito para su transferencia. Para nosotros, en este caso, lo comprado sin medios de la herencia, pero referida a ella, debe devolverse de acuerdo con la voluntad del heredero, que ha querido que pertenezca a la herencia lo comprado, sin perjuicio del reembolso correspondiente; pero la subrogación real no se ha producido, pues el admitir esto es dejar una puerta abierta al engaño y al fraude, que, como hemos visto concretamente en el régimen de gananciales, estudiados anteriormente, sería como tender al arbitraje y al abuso de unos contra otros. Además, la subrogación real quedaría completamente desnaturalizada si admitiéramos esta consideración de no respetar el principio *sine qua non* de la procedencia material de los bienes y su origen.

Si después de la venta—dice KIPP refiriéndose a la venta de cuota hereditaria—, el vendedor obtiene una cosa subrogada en lugar de un objeto hereditario, lo debe devolver por el parágrafo 281 del BGB: «Si a consecuencia de la circunstancia que hace imposible la prestación obtiene el deudor una indemnización o una pretensión de indemnización

(74) THEODOR KIPP, ob. y pág. cit.

por el objeto debido, el acreedor puede exigir la entrega de lo recibido como indemnización o la cesión de la pretensión de indemnización».

La reconstrucción de la herencia se hace por el mismo procedimiento que hemos visto en la acción de petición de herencia, acción que puede ejercitarse en cualquier momento por el comprador de ella (sentencia de 24 de febrero de 1909).

G) LA SUBROGACIÓN REAL EN LAS RESERVAS

La subrogación real en las reservas, tanto ordinaria como lineal, así como en el artículo 812 del Código Civil español, en caso de reversión de donaciones, juega de una manera especialísima. La subrogación real en estos casos tiene efecto retroactivo; las fluctuaciones propias de la subrogación real, los cambios de objetos, se van a producir antes que se dé o nazca la obligación de reservar del reservista y el derecho a la reserva para los reservatarios. Estamos, en el momento en que se producen las fluctuaciones objetivas, ante un patrimonio de ninguna manera sujeto a afección de ninguna clase, ni ante un patrimonio separado dentro del patrimonio general del descendiente, viudo y descendiente donatario. Tanto el donatario descendiente (art. 812), como el cónyuge viudo antes de celebrar segundo matrimonio (arts. 968 y 980), como el descendiente (art. 811), no están obligados, respecto a los bienes que en su día darán lugar al derecho de reserva, a ninguna obligación ni restricción; los bienes están libres de toda afección especial, y no están especificados dentro del patrimonio del descendiente donatario, viudo o descendiente.

No obstante, la ley, en el caso de los artículos 812 y 968 del Código Civil, y la jurisprudencia y doctrina, en el artículo 811, aplican con carácter retroactivo la subrogación real; hacen como si el derecho de los reservatarios naciera no en el momento en que nace la obligación de reservar (segundo matrimonio en la reserva ordinaria, y muerte del descendiente sin posteridad y sucesión por ministerio de la ley del ascendiente en la reserva troncal), sino antes—dice LACRUZ BERDEJO—, como si la reserva estuviese pendiente.

La razón de esta aplicación retroactiva de la subrogación real es a todas luces el deseo que tiene el legislador de que los reservatarios reciban, si no los mismos bienes o los que por sustituciones sucesivas los han reemplazado, el equivalente en valor de los primeros u originarios bienes. Sin la subrogación real anterior al nacimiento de la obligación, los derechos de los reservatarios quedarían burlados sólo con que el donatario, descendiente o viudo se desprendieran de los bienes específicos, vendiéndolos, permutándolos, donándolos, etc.

El legislador, dadas las circunstancias especiales que se dan en las reservas, y por su deseo de que los reservatarios reciban siempre, si no los bienes originarios o los que los han sustituido por medio de una relación de origen o procedencia, sí un equivalente en valor, ha establecido dos remedios diferentes y subsidiarios para alcanzar este fin. En primer lugar, la ley y la jurisprudencia, en el artículo 811, han establecido el principio de la subrogación real admitiendo toda clase de pruebas que demuestren que unos bienes proceden de los originarios. Pero dada la dificultad de la prueba y que son pocas las sentencias donde verdaderamente pudo probarse la procedencia, el legislador, agotado ya este remedio y para alcanzar su deseo de proteger el derecho de los reservatarios, acude, en segundo lugar y subsidiariamente, a conceder a éstos un derecho de crédito por el equivalente en valor del bien. Insistimos en que el legislador ha previsto dos remedios, subsidiario uno del otro y distintos; lo que la doctrina llama subrogación en valor no es tal, a nuestro parecer; los mismos resultados no indican iguales remedios.

Una vez aclarado este nuevo efecto de la subrogación real con carácter retroactivo establecido por primera vez y sólo conocido en España, vamos a pasar a estudiarla ya concretamente, primero en la reserva ordinaria, y después en la troncal o lineal.

a) *La subrogación real en la reserva tradicional u ordinaria*
(arts. 968 a 980 del Código Civil)

La reserva ordinaria o común, regulada en los artículos 968 a 980 del Código Civil, es la institución por la que se impone al viudo que contrae segundas o ulteriores nupcias o que ha tenido en estado de viudez un hijo natural, reconocido voluntariamente o declarado judicialmente, la obligación legal de conservar en valor, a los hijos y descendientes del matrimonio anterior, los bienes adquiridos a título lucrativo de cualquiera de los hijos de dicho matrimonio, del difunto consorte o de los parientes de éste en consideración a él.

Distingue la ley en la reserva ordinaria las disposiciones de los bienes por el cónyuge viudo antes y después de contraer segundo matrimonio, y según que se trate de bienes muebles o inmuebles.

Antes de celebrar segundas nupcias, la ley reconoce al viudo la facultad de disponer y enajenar los bienes, tanto muebles como inmuebles. No hay que olvidar que el derecho y la obligación de reservar nace en el momento de contraer segundo matrimonio o ulterior, y desde este momento es cuando los bienes están afectos y determinados dentro del patrimonio del reservista, y éste no podrá disponer de ellos, excepto cuando se cumplan ciertas garantías.

Dice el artículo 974: «serán válidas las enajenaciones de bienes inmuebles *reservables* hechas por el cónyuge sobreviviente antes de celebrar segundas bodas, con la obligación, desde que las celebre, de asegurar el valor de aquéllos a los hijos y descendientes del primer matrimonio», y especifica el artículo 978, número 4: «estará, además, obligado el viudo o viuda, al repetir matrimonio, a asegurar con hipoteca: 4.º, el valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados...».

Por el contrario, y una vez contraído segundo matrimonio, la viuda o viudo no podrán enajenar los bienes inmuebles, y si lo hiciera, la enajenación sólo subsistirá si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del anterior matrimonio (art. 975), y sin perjuicio de lo dispuesto en la ley hipotecaria, según la cual, si quedan reservatarios y no constare en el Registro la cualidad de reservables de los bienes enajenados por el reservista, en tal caso las enajenaciones no pueden invalidarse si el adquirente ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad (arts. 34 y 37 de la Ley Hipotecaria). En este caso, el precio substituyó a la cosa vendida en una sentencia de 8 de octubre de 1910.

En cuanto a los bienes muebles, las enajenaciones hechas por el cónyuge viudo antes o después de contraer segundas nupcias son válidas (artículo 976), estando obligado el cónyuge viudo, además de inventariar los bienes, a tasar los muebles (art. 977) y a anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles. Lo mismo que en el caso de inmuebles, el viudo garantizará por medio de hipoteca (art. 978, núm. 1.º): «la restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieran al tiempo de su muerte si fuesen parafinales o procedieran de dote inestimada, o su valor si procediesen de dote estimada», y subsidiariamente y por subrogación real (núm. 3.º): «la devolución *del precio* que hubiere recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho a título gratuito».

Aquí se ve claramente la diferencia entre la subrogación real propiamente dicha y la llamada subrogación real de valor que no es tal. La ley quiere que se garantice con hipoteca la devolución de los bienes, pero esta garantía no quiere decir que antes no quiera que se establezca el principio de subrogación real, mediante la devolución del precio que se hubiese recibido por los bienes, tanto muebles como inmuebles enajenados. Agotado ya este remedio, el legislador acude a la acción de enriquecimiento injusto (art. 976) para el caso incluso de que la venta se hubiere hecho a título gratuito, en cuyo caso nada viene a sustituir en el patrimonio del viudo al bien vendido ni se puede hablar de que el precio recibido se haya confundido con el resto de su patrimonio. Nada tiene que ver la subrogación real en los casos en que el reservatario

adquiere un equivalente en valor, incluso cuando el bien ha sido donado por el viudo, lo mismo que ya dijimos respecto al artículo 812, si el donatario descendiente disponía por donación de los bienes donados por su ascendiente. No discutimos entonces si esto se podría dar, puesto que la ley, a diferencia del artículo 976, nada decía al respecto; lo que sí señalábamos es que si se daba esta medida, este remedio, no era precisamente por el principio de la subrogación real. La ley no hace más que prever mediante la devolución en valor por la hipoteca legal, la no posible aplicación de la subrogación real, siempre más conveniente que el simple equivalente.

VALLET DE GOYTISOLO (75), de quien procede esta distinción entre subrogación real propiamente dicha y subrogación de valor, se basa para hacerla en que se haya o no producido la confusión en el patrimonio del enajenante. Dice VALLET: «Hay que distinguir cuidadosamente, de una parte, la *estricta subrogación real*, bien sea de cosa por cosa (*res succedit in loco rei*) o bien de la cosa por el crédito pendiente o por el importe de la indemnización, seguro o expropiación *a recibir* (*pretium succedit in loco rei*), y de otra, la *subrogación de su valor*, en virtud de la cual la reserva queda referida a una suma de valor, bien sea el importe del precio de los bienes vendidos o el valor de éstos».

Dado que el hecho de la confusión, tratándose de dinero, hace ya tiempo que para la jurisprudencia y doctrina no constituye obstáculo para la aplicación de la subrogación real, y que ésta puede darse con el simple hecho de que se demuestre que poco tiempo después de la venta de un bien propio de un cónyuge, se compró otro, pues no es necesario, para que se produzca la subrogación real, que las monedas sean las mismas recibidas como precio, consideramos que tan estricta subrogación real es una como otra, no siendo hoy día el hecho de la confusión del dinero con el existente ya en el patrimonio motivo suficiente para estas dos clases de subrogación real. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Dirección General así lo han establecido con frecuencia en el régimen matrimonial de comunidad de gananciales.

Por otro lado, la palabra subrogación lleva implícita siempre la idea de valor; éste es consustancial a aquélla, por lo que consideramos que hablar de subrogación de valor es una redundancia, además de que en

(75) VALLET DE GOYTISOLO, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 C. C.», A. D. C., t. XII, año 1959, págs. 782 y ss., núm. julio-septiembre. MEZQUITA DEL CACHO, ob. cit. *Principales aplicaciones...*, pág. 649, y *Recobro mortis causa...*, ob. cit., letras C y D. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho de sucesiones*, ob. cit., t. VI, vol. I, págs. 172 y ss. y 187. ROCA SASTRE, *La subrogación real*, ob. cit. ANTONIO MARÍN MONROY, «La reserva llamada tradicional u ordinaria», *Rev. Crít. de Dr. Im.*, enero 1931, págs. 11 y ss.

los casos que estamos tratando la tal subrogación de valor no es tal subrogación.

No hay duda de que la ley tiene en cuenta en la reserva ordinaria, en gran medida, el destino en valor de los bienes, lo que constituye de por sí un campo propicio para la subrogación real no sólo con relación al precio de los bienes vendidos, sino en caso de expropiación forzosa, indemnización de seguros, de responsabilidad, permuta, etc. La consideración de los bienes no sólo en su individualidad material, sino subsidiariamente por el valor que representan, hace la aplicación de ella no sólo posible, sino altamente deseable y beneficiosa.

Veamos ahora la subrogación real en la reserva troncal o lineal del artículo 811 del mismo Código Civil.

b) *La subrogación real en la reserva lineal o troncal del artículo 811 del Código Civil*

Es de gran importancia el papel jugado por la jurisprudencia y la doctrina española en la aplicación de la subrogación real en la reserva lineal o troncal del artículo 811. Como dice CASTÁN (76), «en todo nuestro Derecho civil no hay acaso ninguna norma que, como la del 811, enseñe y demuestre mejor la misión insustituible que la labor del juriconsulto—en las diversas manifestaciones teóricas y prácticas, privadas u oficiales, doctrinales o jurisprudenciales—representa en la elaboración del Derecho positivo». La ley no especifica nada, por lo que la reserva lineal fue la atracción de los juristas, y de pocos artículos se ha escrito tanto como del 811 del Código Civil español.

Dice así el artículo 811: «El ascendiente que heredare de su descendiente *bienes* que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden».

Como en la reserva ordinaria, el artículo 811 establece dos períodos: uno de perspectiva de reserva, y otro de reserva efectiva. La primera, en la que no existía todavía el derecho del reservatario, constituiría un obstáculo absoluto para la aplicación de la subrogación real; no obstante y teniéndolo en cuenta, la jurisprudencia lo mismo que la ley en el mismo período en la reserva clásica, aplicó la subrogación real. El segundo obstáculo procedía de su mismo nombre—troncal—, que daba idea de consideración de los bienes en su individualidad material y no

(76) CASTÁN TOBEÑAS, «El derecho de representación en la sucesión lineal del artículo 811 del C. C.», *Rev. Dr. Priv.*, t. XXIV (septiembre 1940), pág. 201.

en su valor, según opinaban algunos autores. A la jurisprudencia y doctrina española se le plantearon los siguientes problemas: 1.º ¿Obedece el artículo 811 a un verdadero principio de troncalidad (individualización material) o, por el contrario, considera a los bienes, además, por su valor? 2.º ¿Se le aplican al artículo 811 las reglas dedicadas por el legislador a desarrollar la reserva clásica o no? 3.º ¿Cómo debe interpretarse el artículo 811: en su sentido amplio o restrictivo? Y, por último, y en lo que a nosotros nos interesa, ¿qué pruebas eran necesarias para la admisión de la subrogación real?

Con relación al primer problema, la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina considera que el artículo 811 no obedece a una idea de troncalidad. Son tantas las sentencias que se han pronunciado en este sentido, que nos limitaremos a enumerar unas pocas: S. T. S. de 8 de octubre, publicada el 27 de abril de 1910: «que repetidas veces ha fijado y explicado el Tribunal Supremo la verdadera inteligencia y recto sentido de los preceptos contenidos en el artículo 811 del Código Civil..., por consideraciones de orden familiar exclusivamente, sin los fundamentos que informaron la reserva de nuestra antigua legislación derivada de principios de verdadera troncalidad». S. de 12 de diciembre de 1945: «que la reserva del artículo 811 no arranca de principio alguno de verdadera troncalidad y constituye tan sólo un beneficio otorgado por consideraciones familiares». S. de 8 de julio de 1942: «que la reserva del artículo 811 recae sobre bienes específicos, y en caso de haber desaparecido esos bienes subsiste el derecho sobre el valor que haya sustituido a aquéllos». S. de 24 de mayo de 1945: «aunque inspirado en un principio de troncalidad, el artículo 811 no persigue el fin de perpetuar en una familia bienes concretos, y de ahí que la reserva lineal comprenda tanto los específicamente heredados como los que los hayan sustituido, como ya declararon las Ss. de 7 de noviembre de 1912 y 20 de abril de 1917». Ss. de 21 de noviembre de 1902 y 30 de abril de 1907: «que se satisficiera al reservatario en otros bienes de valor equivalente al crédito dotal que ya se había extinguido por confusión en el patrimonio del descendiente». S. de 7 de noviembre de 1912: «que el artículo 811 no limita la reserva a aquellos bienes que sean los mismos específicamente heredados», y aceptó el carácter de reservables al importe de unos valores que habían sido enajenados por el descendiente, admitiendo que se depurase «hasta llegar a la determinación y cuantía de la que sea la porción reservable en el expresado período de ejecución de sentencia». S. de 20 de abril de 1917: En un caso en que el descendiente vendió los bienes adquiridos de su padre originariamente y adquirió otros, la S. estableció: «la reserva respecto del haber efectivo y originario (en el sentido de valor) que el descendiente había heredado de su ascen-

diente, pero *no al mayor producto que utilizándolo obedezca a negociaciones ulteriores o a actos propios de la vida contractual*» (77).

Este caso constituye para nosotros la confirmación de la teoría que tratamos de defender, de que el legislador establece dos remedios distintos, pero de resultados semejantes en cierto modo. En esta S., como verdaderamente no se demostró con pruebas suficientes que el dinero empleado fuera el mismo, el Tribunal no tuvo más remedio que establecer el remedio de la equivalencia en valor, pues de haberse demostrado que el dinero empleado era el mismo, al reservatario, mediante una clara aplicación de la subrogación real, le hubiera correspondido además el mayor producto que utilizándolo obedezca a negociaciones ulteriores o a actos propio de la vida contractual. Demostrada la subrogación real, corresponde al reservatario todo lo que proceda por sucesivas transformaciones del bien originario. En otra S. de 7 de febrero de 1952, se permutó por el descendiente un inmueble por otro. La Audiencia de Madrid concedió al reservatario la opción entre la subrogación real y el valor, lo cual rechazó el TS. No tiene el reservatario la opción entre los dos remedios establecidos por la ley, sino que teniendo en cuenta también que estamos ante bienes familiares, se le aplica la subrogación real, y a falta de la cual, por no haberse probado suficientemente, se acudirá al remedio de la equivalencia. En primer lugar, la ley tiene en cuenta los bienes originarios y específicos, su individualidad material y los bienes que procediendo de éstos los han sustituido, y luego, subsidiariamente, la compensación puramente cuantitativa en valor o equivalencia.

Son muchas las sentencias que, como las anteriores, admiten la no troncalidad del artículo 811, lo cual no quiere decir que no se tenga en cuenta su cualidad de troncales o familiares, aunque susceptibles también de ser considerados en valor. Hoy día son reservables cualquier clase de bienes, que se puedan traducir en dinero o que tengan un valor económico. Es interesante señalar un dictamen solicitado a ALCUBILLA sobre si un seguro de vida podría ser o debería ser reservado en favor de los parientes. ALCUBILLA respondió en sentido negativo, a lo que contesta SCAEVOLA en sentido contrario, alegando «que lo establecido por el artículo 811 del Código Civil—adquirido a título lucrativo—se da aquí; que se debe al pago de las primas pagadas por el padre; que cuando la circunstancia de ser el título lucrativo u oneroso origina una relación de derecho, dicha naturaleza se extiende a los bienes adquiridos en virtud de venta o permuta de los originarios, y esto se ve con notoriedad en la sociedad conyugal, en los que son bienes propios de cada cónyuge; que de no aceptar este criterio, había que suponer que sólo

(77) *Rev. Dr. Priv.*, 1918, pág. 257. Sentencias de 7 de noviembre de 1912 y 20 de abril de 1917.

estarían sujetos a reserva los mismos bienes que adquiriese el descendiente de su ascendiente o hermano de éstos, afirmación inadmisibles a todas luces». Lo dicho para el seguro de vida, lo aplica también SCAEVOLA al seguro real o incluso para el premio de lotería regulado por el ascendiente. En este caso dice: «el seguro sustituye al bien extinguido; es el mismo y ha de hallarse, por tanto, sujeto a los efectos jurídicos que hubieran también regido respecto a aquél. El seguro es la continuación, la prolongación del bien desaparecido, y como bien, tiene igual concepto jurídico que aquel del cual procede» (78).

Pero no toda la doctrina está de acuerdo en que el artículo 811 admita el principio de subrogación real. Así, SOTO HERNÁNDEZ y CHARRÍN dice que «si el legislador hubiera querido la subrogación real, seguramente la hubiera previsto, como lo hizo en el artículo 812 y en los artículos 976 y 978, en los que lo enajenado se le sustituyó por su valor». MATEO RIAZA dice: «que los antecedentes históricos y los precedentes de la elaboración legislativa son contrarios a la extensión de la reserva por subrogación real de los bienes enajenados por el descendiente por aquellos que los hayan sustituido, su precio o su valor». NOVOA SEOANE opina que «la reserva ordinaria es una reserva de capital, mientras que la lineal es una reserva de bienes, de cosas ciertas y determinadas», y, por tanto, concluye negando que pueda aplicarse a ésta el principio de subrogación real. CALDERÓN NEIRA: «que comparados los artículos 811 y 812 del Código Civil, se observa la diferencia que media entre ambos preceptos. En éste, la ley da al ascendiente no sólo las cosas en que se concede la sucesión, sino también las acciones para recobrar aquellos bienes que han sido enajenados, el precio si se vendieron o los bienes que los sustituyeron si fueron permutados. Nada de esto dice el artículo anterior, y es que los principios que informan son diferentes. Que admitiendo la subrogación real nos salimos de la ley con esa extensión que pugna con las reglas del Derecho y con la interpretación restrictiva que debe merecer la reserva». MANRESA: «que antes de la muerte del descendiente no existe reserva, por consiguiente, no cabe hablar de sustitución. Si este descendiente consume los bienes que por título lucrativo adquirió de un ascendiente o de un hermano, si los vende, si los cambia o en cualquier forma los enajena, no se sustituyen por el metálico o por los objetos que pueda adquirir en equivalencia, por lo que dio y ya no existe en su patrimonio al nacer la reserva, y los que adquiere ya no son procedentes del ascendiente o hermano». Y, por último, SÁNCHEZ ROMÁN dice: «que no se trata de derechos cuantitativos, sino cualitativos; a cosas o bienes específicos, como han de ser los reservables, individualmente determinados; que han de concurrir las circunstancias es-

(78) SCAEVOLA, ob. cit., t. XIV, págs. 261 y ss.

pecíficas exigidas por el artículo 811, lo que indica que la reserva recae sobre los mismos bienes, que reúnan todas estas circunstancias que los distinguen e individualicen, sin que sea posible sustituirlos por otros equivalentes ni por cantidades o valores que los representen» (79).

La opinión contraria se ha impuesto en la doctrina con el apoyo de la jurisprudencia, que han considerado aplicables, por analogía al artículo 811, los artículos que regulan la reserva ordinaria y, como consecuencia de ella, el principio de la subrogación real.

Las *Ss. de 30 de diciembre de 1897* y *8 de diciembre de 1894* declararon la aplicación extensiva de lo establecido por la reserva clásica al artículo 811 del Código Civil, por «existir perfecta analogía, semejantes derechos y obligaciones», «la teoría contraria consagraría una ilegalidad dejando una puerta abierta para toda clase de abusos, porque los que heredasen bienes que tuviesen que reservar, podrían librarse de cumplir este compromiso vendiendo en bloque los derechos hereditarios..., dando así margen a considerar como inexistentes y sin efecto alguno legal en la práctica los artículos 811, 977 y 978 del Código Civil», y la *S. de 1894* añade: «si bien las disposiciones de los artículos 977 y 978 del Código Civil se refieren a la reserva clásica..., no por ello dejan de ser aplicables a la reserva establecida en el artículo 811 del Código Civil, porque aparte la razón legal, que es idéntica en ambos casos, obliga a entenderlos así la importante y decisiva circunstancia de que dichas disposiciones se hallan consignadas en el capítulo que trata de los comunes a las herencias por testamento o sin él y porque en el artículo 968 se hace referencia a la impuesta por el artículo 811, y sería consiguientemente contradictoria de la razón de la ley y del carácter común de las referidas disposiciones no estimarlas aplicables a la expresada reserva». Las *Ss. de 20 de abril de 1917* y *7 de noviembre de 1912* declaran: «comparando ambas reservas se aprecian dos fases iguales y paralelas... En el primer estadio no existe todavía reserva, lo cual no impide que los bienes enajenados en dicho período por el viudo se sustituyan por su valor, y en virtud de la común aplicación de las normas, si en el primer período enajena el descendiente—quien no es reservista—, los bienes deben reemplazarlos por su valor»; «no es la identidad de los bienes ni su atractivo lo enfocado principalmente, sino la fortuna que representan. Al interés protegido jurídica-

(79) SOTO HERNÁNDEZ, *Rv. de los Tribunales*, t. II, pág. 275, en un dictamen incluido en «testamentos y abintestatos». CHARRIN, *Boletín*, t. CXXXVIII, páginas 9 y ss. MATEO RIAZA, *Contribución al estudio de la reserva troncal en el C. C.*, Santiago, 1925, págs. 57 y ss. NOVOA SEOANE, *Rv. Dr. Priv.*, núm. 75, pág. 371. CALDERÓN NEIRA, «Jurisprudencia sobre...», *Rv. Gral. Leg. y Juris.*, t. CVII, págs. 487 y ss. MANRESA, ob. cit., III c, págs., 290 y ss. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. II (2.ª edic.), Madrid, 1910, núm. 131, *in fine*, y 132, páginas 988 y ss.

mente con la reserva lo solapa la subrogación real, salvando a quienes han de ser privilegiados de verse despojados y perdidos». La *S. de 10 de noviembre de 1953* dice: «es cierto que las dos modalidades de la reserva ofrecen marcadas analogías, en punto a finalidad, naturaleza, contenido y efectos, puesto que no son, en definitiva, sino especies de una misma institución...». Además de otra *S. de 14 de junio de 1945*, una Resolución de la Dirección General de 25 de julio de 1892 dice: «que no es aventurado aplicarlos a la solución de una cuestión nacida del artículo 811 y que éste no resuelve». La siguen las Rs. Dr. Gral. de 5 de junio de 1892, 23 de junio de 1910, 30 de marzo de 1925 y 20 de marzo de 1905.

Por su parte, la doctrina, en su mayoría, secunda lo ya establecido por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado; así podemos señalar lo que dice DÍAZ COBEÑA (80): «juega entre personas diferentes y no se refieren a los mismos bienes, pero actúan igual». Y RAFAEL DE UREÑA (81): «cierto es que el legislador, después de establecer el artículo 811 del Código Civil, nada añade acerca de los desenvolvimientos, naturaleza de la institución que crea. Es, pues, necesario suplir el silencio del legislador, ya con el criterio doctrinal del jurisconsulto, ya con las decisiones de los Tribunales, pero aquél y éstas han de estar fundamentadas en la naturaleza jurídica de la institución misma». OSORIO Y GALLARDO (82): «la reserva sin subrogación real caería por tierra, pues el reservista la burlaría sólo por cambiar por otros los bienes reservables». FERNÁNDEZ SERRANO (83): «la subrogación real no pugna contra la naturaleza de la reserva del artículo 811 del Código Civil. Si no se admite la subrogación real, se quebraría sensiblemente el beneficio de la reserva». MAURA (84): «la fluidez y movilidad de los patrimonios, en oposición a la permanencia estática que solían tener los antiguos, como mudanza social, ha de tenerse en cuenta para interpretar la palabra—bienes—del artículo 811, que no distingue por la clase de bienes ni por las especificaciones reales que caben dentro de la clase misma; que la diferencia entre los artículos 811 y 812 sólo puede obedecer a que éste, por regular materia incomparablemente más sencilla, ha podido alcanzar en su contenido literal, sin caer en la pro-

(80) LUIS DÍAZ COBEÑA, *Dictamen*, Madrid, 1919, t. XV, págs. 247 y 248.

(81) RAFAEL DE UREÑA, «Bienes reservables», *Rev. Gral. de Leg. y Juris.*, tomo LXXXIX (2.ª, septiembre 1896), pág. 101.

(82) OSORIO Y GALLARDO, *Vallet de Goytisolo: La jurisprudencia del T. S. y el art. 811 C. C.*

(83) FERNÁNDEZ SERRANO, «Un supuesto interesante del art. 811 del C. c.», *Rv. Gral. de Dr.*, t. II, junio 1953, pág. 292.

(84) ANTONIO MAURA, «Perspectivas del art. 811», *Rv. Gral. de Leg. y Juris.*, tomo CXLIV (2.º semestre 1924), pág. 20, y *Dictámenes*, t. IV, Madrid, 1930. *Dictamen* núm. 5, II, pág. 77.

digalidad embarazosa, la regulación de la subrogación real, cosa que no hubiera sido posible en el complicado artículo 811 del Código Civil. Lo que no cabe es achacar al legislador, gratuita o infundadamente, dos inspiraciones doctrinales contradictorias al tiempo de estatuir dos preceptos que no sólo integran el mismo cuerpo, sino que están inmediatos entre sí y ligados por conexiones innegables, no obstante la diversidad de sus respectivos asuntos». Reconoce MAURA que quizá no emplearía este lenguaje si no estuviera respaldado por las dos sentencias del 1912 y 1917, respectivamente. DE LA CUEVA (85): «que la reserva recae frecuentemente sobre universalidades, que sufren movimientos comerciales o industriales y comprenden bienes de todas clases, respecto de los cuales la ley no ha podido pensar en su afectación particular, sino en su valor, cantidad, riqueza, aun estando los bienes en el dominio sin límites del descendiente; si la subrogación no cupiera, el legislador hubiera hecho una cosa completamente inútil y muy limitada.

A todos estos autores podemos añadir los siguientes: CASTÁN TOBEÑAS, MORELL, BARRACHINA y CLEMENTE DE DIEGO (86). Otros autores, como MOLINA RAVELLO, ROCA SASTRE, MEZQUITA DEL CACHO y LACRUZ BERDEJO (87), a pesar de considerar, como otros, que en el primer estadio, es decir, en el patrimonio del descendiente, no se puede hablar de verdadera subrogación real, consideran que no es un obstáculo para su aplicación en las mismas condiciones que en la reserva clásicas antes que el viudo contraiga nuevo matrimonio. Incluso una S. de 16 de junio de 1862 concedió derechos a los reservatarios antes de nacer la reserva. Según LACRUZ BERDEJO, sería como si, a partir de la viudez o el ingreso de los bienes, hubieran sido reservables los entonces adquiridos, pasando esa condición, cuando se enajenan, sea a los *bienes* determinados que han sustituido a los primeros, sea al *valor* de los enajenados insito en el pa-

(85) DE LA CUEVA, *La verdad sobre el art. 811*, Sevilla, 1934, pág. 35, y «Bienes que el reservista está obligado a reservar. ¿A quién se refieren las palabras del art. 811 'los que hubiere adquirido por ministerio de la ley'?», *Rv. Crí. Dr. Im.*, 1935, núm. 131, pág. 808.

(86) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho de sucesiones*, Madrid, 1960, t. VI, vol. I, páginas 169 y ss., y «El derecho de representación en la sucesión lineal del art. 811 del C. c.», *Rv. Dr. Priv.*, t. XXIV (septiembre 1940), págs. 201 y ss. JOSÉ MORELL, «Jurisprudencia sobre el art. 811 del C. c.», *Rv. Gral. Leg. y Juris.*, t. CVII (2.º semestre 1905), pág. 146. FEDERICO BARRACHINA, *Derecho foral español*, t. III, Castellón, 1912, pág. 640. FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Dr. civil español*, t. III, Madrid, 1932, pág. 198.

(87) MOLINA RAVELLO, «La subrogación real en la reserva lineal, art. 811», *Rv. Gral. de Dr.*, Valencia, 1945, págs. 255 y ss. R. M.ª ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado y II, Sucesiones* (Madrid, 1948), IX, pág. 333, y *Notas al Derecho de sucesiones de Kipp*, vol. I (Barcelona, 1951), 4.ª, 2, pág. 43, y *Subrogación real*, ob. cit., págs. 281 y ss. MEZQUITA DEL CACHO, *Principales aplicaciones...*, ob. cit., págs. 649 y ss. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, tomo II, Barcelona, 1973, Bosch, págs. 306 y ss.

rimonio del reservista, pero sin localizar en objetos concretos. O sea: si bien no es exacto decir que se haya producido la subrogación real antes de nacer la obligación de reservar, se ha de entender que en el momento de producirse la situación de reserva pendiente es como si la subrogación se hubiera producido en aquel momento anterior».

VALLET DE GOYTISOLO (88) parece ser el único que no admite la subrogación real en este primer período, y dice que «a los bienes adquiridos por el descendiente por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, no parece que pueda someterse a este criterio aislante del resto de su patrimonio, precisamente porque no puede decirse que en el mismo formen una masa especial diferenciada, ya que la reserva no obliga al descendiente y sólo nace en el patrimonio del ascendiente reservista...».

Del patrimonio del marido—dice—se aíslan los parafernales entregados, los dotales y los gananciales, de tal modo que aunque disminuya aquél, no puedan reducirse estas masas separadas. Lo mismo ocurre en el patrimonio del reservista o del fiduciario respecto de los bienes reservados y fideicomitidos. En cambio, en el patrimonio del descendiente que adquirió bienes a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, no existe razón alguna positiva ni extralegal para que se coloque ese dique ideal que impida el juego de los vasos comunicantes en beneficio de una masa especial que ni siquiera existe».

Estas razones, dichas por VALLET y reconocidas por todos, son innegables, pero también es innegable que por razones poderosas de justicia y equidad y, sobre todo, para no dejar sin sentido el artículo 811, la jurisprudencia ha admitido, aunque sea con carácter retroactivo, la subrogación real en el patrimonio del descendiente antes de nacer la reserva. Una vez más, la subrogación real ha sido deseable, incluso hasta el punto de contribuir con ella al logro del fin de la reserva lineal. La reserva lineal sin la subrogación real, sobre todo en el primer momento, se convertiría la mayoría de las veces en un artículo sin aplicación en la práctica, además del perjuicio que supondría siempre para los derechos de los reservatarios que casi nunca podrían realizarse.

En cuanto a la interpretación del artículo 811, la jurisprudencia dominante es la restrictiva (89).

(88) VALLET DE GOYTISOLO, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del C. c.», *A. D. C.*, pág. 285, 1957; t. X, fasc. 2, 3 y 4; t. XI, 1958, fascículo 3, y t. XII, 1959, págs. 782 y ss. (julio-septiembre).

(89) Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1892, 16 de enero de 1901, 8 de diciembre de 1906, 27 de enero de 1909, 4 de mayo de 1910, 19 de noviembre de 1910, 7 de noviembre de 1912, 20 de abril de 1917, 7 de noviembre de 1927, 1 de julio de 1955, 1 de febrero de 1957. Explícitamente: 4 de enero de 1911, 6 de julio de 1916, 25 de marzo de 1933, 1 de febrero de 1957, 26

La prueba de la subrogación real puede llevarse a cabo con toda clase de medios, pero como la prueba corresponde hacerla al reservatario, las dificultades que éste encuentra la mayoría de las veces son extraordinarias, como lo demuestran la mayoría de las sentencias enumeradas, por lo que el legislador acude al segundo remedio. Esta dificultad se explica también por el hecho de producirse ésta en el primer período, en el cual los bienes reservables no constituyen una masa distinta y separada en cierta forma en el patrimonio del descendiente, y ¿cómo va a saber el día de mañana el reservatario y, sobre todo, cómo va a demostrar que en ese patrimonio se produjo una fluctuación y por ella un bien viene a sustituir al originario? La posibilidad de demostrar la subrogación real por todos los medios a su alcance está reconocida en una *S. de 7 de junio de 1948*, que por su importancia vamos a transcribir en parte:

«Considerando... que si en sentencias como la de 9 de julio de 1933 se exige para estimar la existencia de bienes reservables, la prueba de que previamente se han realizado las operaciones de liquidación y partición referidas, a través de las cuales quedarán bien individualizados los bienes sujetos a reserva, en las otras, como en la de 8 de junio de 1917, no se considera precisa tal exigencia probatoria, porque no hay disposición legal que la imponga como medio indispensable para que los Tribunales puedan hacer la correspondiente declaración, pues son admisibles y suficientes otras probanzas si por ellas se demuestra debidamente la identificación de los bienes, su procedencia del ascendiente lineal y la trayectoria de las sucesivas transmisiones por título lucrativo al descendiente que causa la reserva y por ministerio de la ley al ascendiente obligado a reservar.»

«Considerando... que en situaciones procesales como las contempladas en la *S. de 9 de julio de 1933*, en que los bienes reservables pasaron al patrimonio de la reservista en confusión material con los de ésta, no será posible diferenciar los unos de los otros sin la previa liquidación de la sociedad conyugal y consiguiente partición; *pero no debe pretenderse que este criterio sea elevado al rango de norma absoluta y única aplicable* a todas las situaciones procesales sobre identificación y calificación de bienes sujetos a reserva lineal pues en términos generales y a esta finalidad no hay limitación de medios probatorios, y los Tribunales pueden utilizar todos los que se les ofrezcan para adquirir la convicción de que se dan en el proceso los presupuestos objetivos del artículo 811 sobre identificación, procedencia y sucesivas transformaciones de los bienes reclamados en concepto de reservables, porque, como dice la aludida *S. de 8 de junio de 1917*, la ley no impone el taxativo o único medio

de noviembre de 1943: «que el artículo 811 por su excepcionalidad veda la interpretación extensiva».

de prueba, ni sería procedente tampoco, sin riesgo de burlar el designio del legislador, que el derecho del reservatario quedase supeditado en su efectividad a una previa partición de las herencias de las de quien proceden los bienes y del descendiente causante de la reserva, sólo sometidas a la voluntad de quienes tienen un interés económico en pugna con el del reservatario.»

«Considerando... que la Sala sentenciadora, no obstante la falta de operaciones particionales de la herencia del ascendiente de quien proceden los bienes y del que después causó la reserva, valoró distintos medios probatorios y estimó debidamente justificados los elementos de hecho subjetivos y objetivos que son precisos para calificar jurídicamente de reservables parte de los bienes en este concepto reclamados, desestimando la demanda en cuanto a los demás, sin que en el recurso sea impugnada por la vía procedente la apreciación hecha de la prueba...»

En otra S., la prueba de la subrogación real fue posible y así lo declaraba la S. de 14 de junio de 1945: «Que en lo que toca al objeto, patente es que los bienes reclamados son los procedentes de los causantes originarios, advenidos por títulos diversos a don P..., sin que el hecho de haber señalado y reclamado otros como de esa procedencia, no siéndolo, pueda vedar esta apreciación». También la S. de 6 de julio de 1916 establece que no es precisa la escritura pública en particular como medio de prueba y vuelve a repetir lo dicho en la sentencia anterior.

Como ya dijimos antes, la Dirección General de los Registros y del Notariado y la práctica hipotecaria aplican reiteradamente la subrogación real, considerando que basta la compra del inmueble por un cónyuge después de haber vendido otro bien propio para reemplazarlo.

A la subrogación real hace referencia la Compilación de Cataluña en sus artículos 269-2 y 271, ambos referentes a la reserva clásica. El primero establece que «al fallecer el cónyuge viudo, los bienes reservables o *sus subrogados* se deferirán a los referidos hijos o descendientes que existan al acaecer dicho fallecimiento...», y el segundo, que «la retroacción no afectará a los bienes enajenados o gravados constituidos por el cónyuge viudo antes de contraer nuevas nupcias, y que de otra suerte hubieren sido reservables, *sin perjuicio de que tal reserva afecte a los subrogados...*».

Se aplicará a las reservas (viudal, Ley 274, y troncal, Ley 275, de la Compilación de Navarra) las disposiciones del Código Civil y de la Ley Hipotecaria sobre inventario, enajenación de bienes reservables y garantías de los reservatarios. En caso de enajenación de los bienes reservables, *la reserva tendrá por objeto los bienes subrogados*.

A continuación vamos a estudiar la subrogación real en el supuesto del ausente, declarado fallecido, que vuelve (art. 197 del Código Civil).

H) LA SUBROGACIÓN EN LA AUSENCIA LEGAL (ART. 186 DEL CÓDIGO CIVIL) Y EN EL SUPUESTO DE LA REVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO DEL AUSENTE (ART. 197 DEL CÓDIGO CIVIL)

Desde el punto de vista del principio de subrogación real, los artículos 186 y 197 del Código Civil no presentan ningún problema ni dificultad. La subrogación real se presenta en dos momentos durante la ausencia de una persona: primero, en el período de ausencia legal, y segundo, en el período posterior a la declaración de fallecimiento. En el primer período, la subrogación real es de aplicación estricta, mientras que en el segundo, la subrogación real se aplica ampliamente, según opinión unánime de la doctrina española y extranjera (90).

Una vez declarada la ausencia legal, establece el artículo 186 del Código Civil, párrafo último, que «los poseedores temporales de los bienes del ausente no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente reconocida y declarada por el Juez, quien al autorizar dichos actos determinará el empleo de la cantidad obtenida».

Es este caso de subrogación real semejante al que se produce respecto de los bienes del menor sometido a tutela o patria potestad. La subrogación real sólo encuentra ocasión de actuar cuando por estas circunstancias de necesidad o utilidad evidente, el Juez consiente la venta. La subrogación real se dará, en primer lugar, en el precio, y posteriormente, en los bienes que el Juez estime debe emplearse el precio de la venta anterior. Si el precio obtenido es empleado en la necesidad que ha motivado la venta, la subrogación real sólo se dará en cuanto al excedente que sobre después de su aplicación a las utilidades señaladas. También pueden admitirse en este período la subrogación por la indemnización debida que sustituiría al bien originario.

La ley en este período pone bien de manifiesto el carácter precario de la posesión, y a pesar de que la ley no distingue entre bienes muebles o inmuebles, lo dicho es común para ambos. Muy semejante a nuestro artículo es el 125 del Código Civil francés.

(90) ROCA SASTRE, *La subrogación real*, ob. cit. MEZQUITA DEL CACHO, *Principales aplicaciones...*, ob. cit. ALFONSO DE COSSÍO, «El patrimonio del ausente», *Rv. Dr. Priv.*, 1942, págs. 372 y ss. y 382. IGNACIO SERRANO, «La reserva de los artículos 191 y 192 del C. C.», *Rv. Dr. Priv.*, 1943, págs. 37 a 53, y «La ausencia en el Derecho español», pág. 235. JULIEN BONNECASE, ob. cit., pág. 718. H. CAPITANT, ob. cit., págs. 385 y ss. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique-pratique de Droit civil*, París, 1907, núms. 1.237, 1.238, II, y núm. 1.240, Edit. Recueil Sirey. PLANIOL, ob. cit., t. III, núms. 2.463 y ss., y esp. núm. 2.495. LUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., t. III, Madrid, 1903, págs. 697, 707 y ss. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, t. I, volumen II, Madrid, 1963, págs. 288 y ss. y 318, Edit. Reus.

En el segundo período, la ley es más precisa y da suficientes razones para que pueda aplicarse la subrogación real más allá de los dos casos previstos por ella.

La redacción del artículo 197 del Código Civil ha permanecido inalterable desde los antiguos artículos 325 del Proyecto de 1851, 160 del Proyecto de 1882 y artículo 194 anterior a la reforma de 8 de septiembre de 1939. Dice así nuestro actual artículo 197 del Código Civil: «Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y *tendrá derecho al precio de los que se hubieren vendido o a los bienes que con este precio se hayan adquirido*; pero no podrán reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto». Con muy parecida redacción, el artículo 132 del Código Civil francés prevé también la subrogación por el precio o por los bienes adquiridos con él, y el artículo 39 del Código Civil italiano.

Lo mismo que el artículo 812 del Código Civil italiano, el artículo 197 solamente establece un remedio para recobrar sus bienes el declarado fallecido que vuelve por el principio de subrogación real, en el cual supone que los bienes se recobrarán por el ausente que se presentase en el estado que tengan, de manera que si, por la subrogación real, el bien adquirido por empleo del precio del bien originario es de mayor valor que aquel antiguo del ausente, será para éste esa mejora, como en el caso contrario, si, por la subrogación real, el bien adquirido a cambio es menor. La subrogación real supone la devolución de todo lo que proceda por cualquier título de los originarios, suponga éste para el ausente o para el poseedor definitivo una ventaja o un perjuicio (91).

Es necesario poner de manifiesto que la prueba de la subrogación real que en otras circunstancias constituye una dificultad de consideración que incluso impide que pueda ésta aplicarse, no parece que se dé aquí. La ley prevé, tanto en el período de ausencia legal como en la declaración de fallecimiento, que el poseedor provisional (art. 185) y los sucesores del ausente (art. 196) lleven a cabo un inventario detallado de los bienes muebles y descripción de los inmuebles, además de otras garantías establecidas en la ley. En estas circunstancias de individualización de los bienes en los dos períodos ya dichos, la prueba de la subrogación

(91) EDGARD PAULMIER, ob. cit., págs. 286 y ss. Según el artículo 132 C. C. francés, el ausente no puede pretender más que la suma que ha sido pagada, ya le favorezca o le perjudique, con respecto al valor real del bien vendido. HENRY, ob. cit., págs. 351 y ss. Si el precio es superior al valor de la cosa vendida, es el precio el que debe ser restituido, porque es precisamente este precio el que subroga a la cosa. Lo mismo si el precio es inferior al valor real del bien.

real no presentará, aunque sea aventurado decirlo, dificultad alguna para su aplicación.

Por otro lado, y en consonancia con lo dicho anteriormente, el ausente vuelto no tendrá opción entre reclamar el precio o el bien adquirido por su empleo, pues esta opción daría lugar a una situación injusta, ya que el ausente no reclamaría lo de menos valor, en perjuicio del poseedor, y lo mismo en caso contrario, si el derecho de opción lo tuviera el poseedor. La ley claramente manifiesta su deseo de proteger por igual al ausente vuelto y al poseedor. La subrogación real, una vez consumada, no da en ningún caso derecho de opción, y si ésta está prevista, se producirá con todas sus consecuencias.

La unanimidad de la doctrina está de acuerdo en extender la subrogación más allá de lo establecido por la ley, pues así se desprende del espíritu y la letra de nuestros artículos. Sin embargo, PLANIOL, dada la época en que escribió, considera que al decir el artículo 132 que el ausente tiene derecho a reclamar los bienes existentes en el estado en que se encuentren, opina que esto quiere decir que no tiene derecho a reclamar ninguna indemnización por razón de demoliciones, transformaciones o degradaciones; pero como ya hemos dicho, esto es propio de 1927, hoy superado por la ley ampliamente (92).

I) LA SUBROGACIÓN REAL EN EL DERECHO DE REVERSIÓN DE DONACIONES (ART. 812 DEL CÓDIGO CIVIL)

La subrogación real, establecida en nuestro artículo 812 del Código Civil, ha dado lugar a interesantísimas opiniones doctrinales sobre el alcance de este principio; es de destacar la labor de la jurisprudencia a este respecto.

Aunque parezca, a primera vista, que entre el artículo 812 del Código Civil español y 747 del Código Civil francés existe una diferencia en cuanto a la extensión del principio, no lo es tanto, como veremos a continuación, en la práctica. El llamado *droit de retour legal*, encuadrado dentro de las sucesiones anormales, se aplica también analógicamente a otros llamados derechos de retorno, que son los siguientes: artículo 766 del Código Civil francés, sobre el derecho concedido a los hermanos y hermanas legítimos del hijo natural muerto sin descendencia sobre los bienes que él había recibido de su padre o madre, y los artícu-

(92) FLACH, ob. cit., págs. 537 y ss. PAULMIER, ob. cit., págs. 388 y ss. Admite la subrogación real ampliamente por tratarse de una subrogación general que se produce naturalmente en una universalidad y no de una subrogación especial en las cualidades particulares de las cosas. HENRY, ob. cit., págs. 353 y ss.

los 351 y 352 del Código Civil francés sobre el derecho concedido al adoptante y sus descendientes sobre las cosas por él dadas al adoptado o reunidas por éste en la sucesión, ampliándose de esta manera considerablemente el campo de la subrogación real. Por ello, lo establecido aquí será de aplicación a estas otras sucesiones anormales.

Dice nuestro Código Civil (art. 812) que «los ascendientes suceden con exclusión de otras personas *en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando lo mismos objetos donados existan en la sucesión*. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el *precio, si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si les permutó o cambió*».

El artículo 747 del Código Civil francés, por el contrario, parece más restrictivo, y dice así: «Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los objetos donados se encuentren en naturaleza en la sucesión.

Si los objetos hubiesen sido enajenados, los ascendientes tendrán derecho *al precio que pudiera deberse*. Suceden también en la acción para recobrar los bienes que pudiese tener el donatario».

Ambos artículos establecen que el ascendiente sucede en los bienes donados «si todavía existen en la sucesión», dice el artículo 812, y si se hayan *en nature*, según el artículo 747 del Código Civil francés. Donde difieren ya es en la distinción que hacen en caso de enajenación por el donatario de los bienes donados, estableciendo el Código Civil francés la subrogación real si el precio es todavía debido, y el nuestro, sin especificar este extremo, habla de precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió. Como veremos, la diferencia está en que el legislador francés se ha mostrado más precavido y desconfiado que el español, aunque en la práctica creemos que el alcance de ambos artículos es el mismo.

En el Código Civil italiano este derecho de retorno legal fue abolido. Como dice COVIELLO (95), se mantuvo en el Proyecto del Senado, pero la Comisión coordinadora resolvió suprimirlo. La Comisión puso de manifiesto que esta institución había sido siempre origen de litigios, y que de todos modos cuando se está interesado en la reversión, las partes podrían pactarlo. Abolida, por tanto, la reversión legal (antiguos arts. 1.071 y 1.072 del Código Civil italiano), no tiene significado la disposición del artículo 722, que supone la existencia de la excepción al principio general

(95) LEONARDO COVIELLO, *Successione legittima o necessaria*, Milán, 1937, Edit. Dott, pág. 88, art. 1.071. FRANCESCO SAVERIO AZZARITI, *Successioni per causa di morte o donazioni*, 3.ª edic., Padova, 1959, Dott, núms. 420, 419, 421 y 422.

por el que no se considera el origen de los bienes. Impera, por tanto, en la reversión de donaciones el régimen contractual propio de las obligaciones condicionales.

La mayor parte de la doctrina francesa y española, así como varias sentencias, consideran que, tanto por razones de equidad, tráfico jurídico y económico, como por el verdadero espíritu que informa estos artículos, la subrogación real puede aplicarse siempre que se den y prueben los requisitos exigidos para ello, más allá de los casos establecidos en los artículos 812 del Código Civil español y 747 del Código Civil francés. Ahora bien, las dificultades prácticas que para la prueba de la subrogación real se presentan e incluso la falta de garantía de las presentadas, son tales en estos casos concretos, que tanto el Juez como el legislador las han tenido en cuenta: uno no aplicando la subrogación real, excepto en casos válidamente probados, y otro limitando su aplicación a la letra de los artículos. Prueba de esto último es la distinción establecida por el legislador francés entre el caso de que el precio de venta del bien donado haya sido o no pagado.

Por otro lado, no podemos dejar de notar que estamos ante un caso de donación en el que el donatario no está sometido, respecto a los bienes donados ni con relación al donante, a ninguna limitación, lo que hará que disponga de los bienes donados libremente sin hacer constancia, en la mayoría de los casos, de la procedencia del dinero o del bien objeto de la operación llevada a cabo, lo que facilitaría en su día la prueba primordial para la aplicación de la subrogación real. Además, los requisitos para que se produzca la revocación o el derecho de retorno, premoriencia sin posteridad del donatario respecto al donante, no se produciría, según la naturaleza, muy frecuentemente.

Luego lo que verdaderamente va a limitar el juego de la subrogación real va a ser no el espíritu ni la letra del artículo 812, sino la dificultad extraordinaria en la práctica de la prueba de la subrogación. En ambos artículos, en los párrafos primeros, está prevista una individualización material de los bienes, pero en los párrafos segundos y como medida subsidiaria, el legislador ha previsto una destinación en valor suficiente para hacer que funcione la subrogación real.

La razón—según LAURIOL (96)—de que el artículo 747 establezca la acción de restitución del precio de venta del bien donado y no pagado todavía, es porque la ley ve en la sucesión anormal no sólo tal o cual bien, sino también el valor pecuniario que representa. MALLEVILLE dice que el Anteproyecto proponía una concepción extensiva del retorno, entretanto que el valor reclamado no se confundiera con el resto de la sucesión.

(96) MARC LAURIOL, ob. cit., t. II, núms. 441 y ss., págs. 48 y ss.

La evolución social y económica después del Código Civil no puede más que afirmar el papel jugado por la idea del valor en este campo. La historia, como el espíritu y letra de los textos, militan en favor de la única conclusión permitida por el sentido común: es evidente que el legislador ha visto en la sucesión anormal un valor pecuniario individualizado, así como ciertos bienes considerados en su individualidad material. Y la subrogación real, en general, entra en la lógica de una tal concepción. En este sentido—dice—, es deseable y responde a un fin.

La subrogación real—dice LAURIOL—completa el derecho de retorno tal como lo ha entendido el legislador. La doctrina así lo ha supuesto, ya que la ha extendido al derecho de retorno de los artículos dichos anteriormente. Esta extensión doctrinal, injustificable desde el punto de vista del texto, prueba que la doctrina ve en las distintas sucesiones anormales una destinación calcada del derecho del ascendiente y suficientemente general para llamar eventualmente a la subrogación real sin apoyo de un texto legal. ¿Qué es esta destinación, sino una destinación en valor? Pero entonces se pregunta LAURIOL, ¿por qué se limita la subrogación al precio de venta?, y responde: «La única justificación posible, y parece que la única válida, es el deseo del legislador de evitar las confusiones de valor entre la sucesión anormal y la ordinaria. Está claro que la subrogación real del crédito del precio a la cosa, no representa a este respecto ningún peligro. Este precio, una vez pagado, por el contrario, hace difícil seguir los sucesivos empleos que pueden haber sido hechos. El legislador ha podido temer perfectamente que no se esté seguro jamás del origen de los bienes así adquiridos y ha preferido cortar por lo sano estos peligros».

Añade LAURIOL otra razón: «admitir la subrogación real en segundo grado sería abrir las puertas a indagaciones acosadas e indiscretas en los papeles del difunto, a pesar del desagrado posible e incluso probable de los otros herederos». Las mismas razones alegan AUBRY y RAU, partidarios ambos de una interpretación extensiva (97).

LACRUZ BERDEJO (98) reconoce también las dificultades de una aplicación amplia de la subrogación real, al decir: «que la donación no sujeta los bienes en vida del donatario, y se reduce a cuantos de ellos resten *in natura* o por subrogación real»; lo contrario—dice—supondría un impedimento excesivo del tráfico. No obstante, no debe exagerarse el alcance del artículo 812: de ahí igualmente su concepto restringido de la subrogación real.

(97) AUBRY Y RAU, *Cours de Droit civil français*, Ed. Marchal-Billard, París, 4.^a edic., 1873, t. VI, págs. 354 a 358, texto y nota 35.

(98) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, ob. cit., *Sucesiones*, t. II, Barcelona, 1973, Edit. Bosch, págs. 71 y ss.

A continuación, LACRUZ reconoce la dificultad, pero al mismo tiempo no niega una posible subrogación sucesiva: «es discutible la extensión de la subrogación real del precio de los bienes reversibles vendidos. Está claro que no alcanza a la nueva compra de otro bien (*salvo que la subrogación real se prevenga expresamente en el acto de la compra*), pues el precepto distingue entre la subrogación en un nuevo objeto individualizado, operada mediante 'cambio o permuta', y la subrogación del precio de venta, cuya reinversión será siempre difícil de probar, y por ello se considera intrascendente».

También una vez cobrado el precio—opina LACRUZ—debe admitirse la subrogación como más acorde con la equidad. Pero del precepto parece desprenderse la originaria preocupación del legislador por la conservación de la individualidad de los bienes.

Admiten también la aplicación extensiva de la subrogación real, no obstante admitir su dificultad probatoria, ROCA SASTRE, MEZQUITA DEL CACHO, CASTRO LUCINI, MUCIO SCAEVOLA y LÓPEZ GARZÓN (99). Este último, junto con SCAEVOLA, opina que la palabra empleada en el texto, «cambio o permuta», no cree que indique reiteración de la idea de permuta, sino que abarca otros casos en que a través de sucesivos contratos de compraventa, se persigue y obtiene el resultado económico de cambiar o sustituir en el patrimonio propio la cosa que se vende por la que luego se compra. Si la cosa procede—termina—sólo en parte del precio de la donada, existe en tal caso un condominio.

Aunque la unanimidad doctrinal respecto a la aplicación de la subrogación real en el artículo 812 del Código Civil español y artículo 747 del Código Civil francés es una realidad hoy día, ésta no ha existido siempre en la doctrina francesa. La letra del artículo 747 del Código Civil—dice FLACH (100)—excluye toda idea de subrogación real. La ley establece que estos bienes deben conservar su individualidad, su existencia propia; estos bienes no constituyen una universalidad y, por tanto, el derecho de retorno no puede extenderse más que sobre los mismos bienes donados y no sobre los valores que han podido ocupar su lugar. DEMOLOMBE (101) no sólo rechaza toda idea de subrogación real en este artículo, sino que añade que ésta constituye la más flagrante violación del texto mismo del artículo 747 del Código Civil. Además, no puede menos de observarse—dice—las con-

(99) ROCA SASTRE, *La subrogación real*, ob. cit., pág. 281-304. MEZQUITA DEL CACHO, ob. cit., *Principales aplicaciones...*, págs. 649-664, y «Recobro *mortis causa* de donaciones a descendientes (art. 812 C. C.)», *A. D. C.*, 1938, XI, págs. 21-114, letras C y D. CASTRO LUCINI, *Temas de derecho sucesorio*, Madrid, 1965, Edit. Ortiz, págs. 147 y ss. SCAEVOLA, ob. cit., t. XIV, págs. 342 y ss. JOSÉ LÓPEZ GARZÓN, «La reversión legal de donaciones», *A. D. C.*, t. XII, 1959, págs. 931 y ss.

(100) FLACH, ob. cit., págs. 525 y ss.

(101) DEMOLOMBE, ob. cit., t. I, *Des successions*, págs. 653-658.

tradicciones que ésta levanta y arroja entre sus mismos partidarios; hay tanta disidencia y confusión entre ellos, que no hay nada más oscuro ni más incoherente que toda esta doctrina de la subrogación real. Pero aun siendo tan completa y perfecta como se la supone, no podría jamás satisfacer la condición del artículo 747, por el cual se rechaza toda idea de subrogación real e incluso de la subrogación de equidad, que MALPEL invoca para el ascendiente. Lo que en realidad se produce en este caso —dice DEMOLOMBE—es una subrogación personal. THÉOPHILE HUC, que se caracteriza por su gran desconocimiento de lo que es la subrogación real, a la que ni siquiera alude en casos como la vuelta del ausente declarado fallecido, dice que aplicando el principio de subrogación real al derecho de retorno del ascendiente donador se ha cometido una singular falta de lógica. En dos o tres casos, no más, se permite a una persona reclamar el precio en lugar de la cosa. Estos son casos limitados en su aplicación, en los que se habla de una subrogación real y se permite imaginar la fórmula abstracta: *res succedit...* (102).

El legislador de 1804—dice PAULMIER—ha querido evidentemente condenar el sistema de la subrogación real, y por ello exige, como condición esencial para el ejercicio de este derecho, la identidad perfecta de las cosas donadas. Tanto la primera línea de este artículo, como la segunda, excluyen toda idea de subrogación real (103).

Son partidarios no sólo de la aplicación de la subrogación real en los casos previstos por la ley, sino más allá: AUBRY y RAU, LAURIOL, BONNECASE, CAPITANT, HENRY, CHABOT, DELVINCOURT, TOULLIER, MALPEL, DURANTON, JOSSERAND, etc. (104). Contrarios a la extensión de la subrogación real, aunque reconociendo la doctrina contraria como predominante: BAUDRY-LACANTINERIE y PLANIOL (105).

El artículo 812 del Código Civil español y artículo 747 del Código Civil francés han planteado, respectivamente, una serie de problemas que ha llevado a algunos autores a conceder a este artículo una extensión desmedida y no acorde, a nuestro parecer, con el espíritu del texto. Nos referimos concretamente a la aplicación a este artículo de la llamada por VALLET DE GOYTISOLO subrogación en valor, *in abstracto* por MEZQUITA

(102) THEOPHILE HUC, *Traité théorique et pratique sur la cession et de la transmission des créanciers*, t. V, págs. 100 y ss.

(103) PAULMIER, ob. cit., págs. 259 y ss.

(104) AUBRY y RAU, ob. cit., t. VI, págs. 354-358. LAURIOL, ob. cit., págs. 48 y ss. CAPITANT, ob. cit., págs. 385 y ss. BONNECCASE, ob. cit., págs. 702 y ss. HENRY, ob. cit., págs. 352 y ss. CHABOT, DELVINCOURT, TOULLIER, MALPEL, DURANTON y JOSSERAND, citados por MEZQUITA DEL CACHO, *Recobro mortis causa*, ob. cit., letra C.

(105) BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, t. VII, números 718 a 724, Recueil Sirey. *Précis de Droit civil*, t. III, núm. 553 y ss., París, 1927, Recueil Sirey. PLANIOL, *Droit civil. Traité élémentaire*, París, 1927, tomo III, núms. 1.905 y ss., y págs. 437 y ss.

DEL CACHO (106). Además de no admitirla en el texto que exponemos, la llamada subrogación de valor, por sí sola, no sólo no tiene nada que ver con la subrogación real, sino que es la negación absoluta de la misma.

El problema es el siguiente: En el caso de que los bienes donados sean consumibles, y en especial dinero, o en el caso de que el donatario donara, a su vez, los bienes dados por el ascendiente, si el donatario los consumió, usó o donó, ¿tendrá derecho el ascendiente a otro tanto de igual especie o su equivalente en dinero en el caso de la donación?

La mayor parte, por no decir casi todos, de los autores no admiten que se pueda dar un caso de retorno, sino en los bienes que quedaran en naturaleza o por subrogación real en la sucesión del donatario, y así nos parece sin ningún género de dudas. El espíritu y la letra de los artículos citados no admitiría lo contrario. En nuestro apoyo citamos la Ley 279 de la reciente Compilación del Derecho civil de Navarra, que dice, refiriéndose a la reversión de las liberalidades de los ascendientes: «si los bienes hubieren sido enajenados, la reversión tendrá por objeto *exclusivamente* los bienes o derechos subrogados» (107).

Lo contrario ha sido defendido por VALLET DE GOYTISOLO y MEZQUITA DEL CACHO. Según MEZQUITA, la subrogación en valor está admitida en el artículo 812 del Código Civil, ya que éste, a diferencia del francés, no admite que el precio sea todavía debido. La subrogación en valor se efectúa con cargo a otro valor líquido o liquidable del patrimonio del descendiente, en los casos de nueva donación de éste, como con cargo al concreto bien o valor que ingresa en sustitución de los enajenados a título oneroso. No quiere decir esto que la subrogación se dé en el patrimonio general del donatario, sino en el derecho eventual de reversión precisamente.

Esta subrogación en valor se acomoda más, sigue diciendo: 1.º, al fundamento de la institución y a su naturaleza sucesoria convencional; 2.º, si se establece la subrogación en las enajenaciones onerosas, con más razón en las gratuitas, que no se basan en ninguna situación de necesidad del disponente; 3.º, lo contrario conduciría a resultados absurdos; 4.º, este valor sólo es agotable, consumible o invertible en provecho del propio donatario, dándose mientras subsista la subrogación en valor para efectos de reversión eventual, y 5.º, por analogía con el artículo 976 del Código Civil, que deja siempre a salvo, con la obligación de indemnizar (subrogación en valor), sin distinguir el título de enajenación.

(106) VALLET DE GOYTISOLO, «Pignus tabernae», *A. D. C.*, VI-IV (octubre-diciembre), 1953, págs. 483 y ss. MEZQUITA DEL CACHO, ob. cit., «Recobro...», letra A.

(107) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1910, t. VI, vol. II, páginas 1050 y 1061, Edit. Rivadeneyra. VALVERDE, ob. cit., t. V, págs. 241 y ss. MANRESA, ob. cit., págs. 401 y 410. HENRY, ob. cit., págs. 352 y ss.

En primer lugar, debemos contestar que la subrogación real es lo contrario de la llamada subrogación en valor; admitir ésta sería no sólo desconocer la subrogación real (destinación en valor: materialidad, origen y procedencia), sino anularla y quitarle su verdadera razón de ser. Además, MEZQUITA DEL CACHO confunde el principio general de enriquecimiento injusto con la subrogación real. Lo niegan específicamente MANRESA y LÓPEZ GARZÓN, el primero, porque en caso de donación no entra en el patrimonio del donatario nada en lugar del bien donado, y el segundo, además, entre otras razones obvias, porque de lo contrario lo hubiera así establecido el legislador: «los mismos objetos donados o, en su defecto, otros tantos de la misma especie o calidad», expresión, por otro lado, muy manejada por el legislador.

Acorde con lo dicho anteriormente, admite MEZQUITA la llamada subrogación en valor, en la dación en pago por el donatario del bien donado para el pago de deudas. No se puede hablar de subrogación real verdaderamente, sino sólo por el resto que quedaba después del pago de deudas. Con nosotros, la mayoría de los autores.

Rebuscadamente explica MEZQUITA: «la dación en pago es un convenio, sobre todo, accesorio del negocio fundamental del que nació la deuda, y si en virtud de este negocio ingresó parcialmente en el patrimonio del donatario un bien o valor, es perfectamente correcto entender que entre el mismo y el donado que se desplaza para ser dado en pago existe una relación de subrogación real». Es verdad—dice—que lo normal es que preceda el desplazamiento del bien o valor que sale, al ingreso del bien o valor que entre; pero que sea normal, no quiere decir que sea esencial. También es cierto que la subrogación no se produce desde el primer momento, pero tampoco constituye un obstáculo dogmático para la subrogación real». Por encima de todo concurre la circunstancia de relación causal entre el desprendimiento de un objeto y el ingreso de otro en el patrimonio del descendiente donatario.

Si el legislador español hubiera querido que el ascendiente donador recobrarla el equivalente en valor de los bienes consumibles o fungibles, lo hubiera así establecido, pero haciendo un llamamiento al principio de enriquecimiento injusto y no al de la subrogación real, el único que, por otro lado, aplica en el artículo 812 del Código Civil. Una vez más se confunde un principio con otro e incluso al de enriquecimiento injusto se le llama «subrogación de valor».

LAURENT, al que cita SCAEVOLA (108), niega que proceda en este caso el derecho de retorno, basándose en que el dinero es cosa fungible, en el sentido de que cuando se trata del pago de cantidad, la intención de las

(108) SCAEVOLA, ob. cit., t. XIV, págs. 319 y ss.

partes es que el pago se verifique mediante la devolución de otro tanto de la misma especie y calidad, pero que en el artículo 747 del Código Civil francés no se trata de pago, sino de reversión, o sea, de un derecho sucesorio sobre cosa determinada, porque debe encontrarse en naturaleza en la sucesión, y desde este punto de vista, el dinero es una cosa tan fungible como un inmueble, es decir, no es fungible.

Para SCAEVOLA, cuando el ascendiente dona dinero al descendiente no hay que estimar que presida a tal acto la idea de reversión, porque dado el uso peculiar de la moneda, el fin para el que fue creada (valor en cambio), no es lícito admitir *a priori*, y en general, la posibilidad de que se encuentre en la sucesión del donatario la misma cosa donada, deseo cardinal del artículo. Antes, por el contrario, hay que presumir la salida del dinero del dominio del descendiente, sin obligación de devolver un valor equivalente. Esta—dice—es la regla general, lo que no quita que si al morir existiesen las mismas monedas, probándose tal extremo (la prueba a quien afirme la identidad) procede la reversión.

También para LÓPEZ GARZÓN (109), el metálico donado por el ascendiente no está, en ningún caso, sujeto a reversión (excluyendo que sean monedas individualizadas determinadas, como objeto precioso, o para colecciones de numismática), si no el legislador la hubiera previsto. La postura por otra parte, de los que suponen que el ascendiente tiene derecho preferente sobre el metálico que quede en la sucesión, aun sabiendo que el dinero donado fue consumido y que el metálico que existe procede de otros bienes, nos parece que va contra el espíritu y la letra del 812. El distinto tratamiento del dinero—dice LÓPEZ GARZÓN—, según sea el objeto inmediato de la donación a la subrogación de un objeto, puede parecer absurda a la fría y deshumanizada lógica del jurista técnico, pero es normalmente sensata si se escarba en las raíces psicológicas de la misma.

Y si el dinero donado ha sido empleado por el donatario en la compra de una finca o acciones del Estado, por ejemplo, ¿procederá el derecho de retorno sobre estos bienes comprador por subrogación real?

La respuesta a esta pregunta depende de si se acepta una interpretación amplia o restrictiva de los artículos 812 y 747 de los Códigos Civiles español y francés. La niegan, por tanto, LAURENT, pues no lo dice expresamente el artículo 747, y BAUDRY y PLANIOL. En el Derecho español no parece que haya problemas en aceptar la subrogación en caso de empleo y previa prueba de ella, porque—como dice SCAEVOLA—la operación realizada es una compraventa, lo cual cae dentro de la permuta, y además—dice—, aunque el artículo sólo habla del precio de la cosa vendida y no de la comprada, ¿vence el espíritu del artículo 812 la resistencia que

(109) LÓPEZ GARZÓN, ob. cit., págs. 931 y ss.

ofrece la letra? Según él, lo que a simple vista parece una lucha entre el espíritu y la letra del artículo encierra una perfecta armonía.

Desde luego, es cierto—dice el mismo autor—que el artículo admite la sustitución de cosas. Pero la subrogación es un hecho supletorio, secundario; viene sólo en defecto de no existir en la sucesión los mismos objetos donados. Para que se verifique la sustitución es menester la posibilidad de que dichas cosas queden en poder del donatario. Si falta tal elemento, como es el antecedente, es inadmisibles la sustitución, que es el consiguiente, porque si el Código Civil adopta el segundo, es mirando siempre al primero. No habiendo lugar a la conservación del bien donado, no hay lugar tampoco a su sustitución por otro.

En el caso de la moneda, teniendo como tal sólo valor de cambio, no puede ser empleado sin salir precisamente por este empleo del poder del donatario. Sólo en el caso de que se den las circunstancias de que de la donación resultase que el dinero se dio para adquirir una cosa, es cuando cabría defender la reversión de ésta al donante, puesto que, en consideración a tal compra, se verificó el acto de liberalidad (110). Como veremos más tarde, esto mismo es lo que estableció una célebre sentencia francesa.

Nosotros consideramos que hoy día no hay dificultad, excepto la de la prueba, para admitir la subrogación real en estos casos de empleo del dinero donado.

Una S. francesa de la Corte de Lyon de 24 de agosto de 1871 (S. 72.2.121) aplicó la subrogación real en el derecho de retorno legal, en el bien adquirido a cambio (permuta) de un bien recibido por el donatario, del ascendiente, prevaleciendo sobre él por subrogación real el derecho de retorno, no obstante ser un caso no previsto en el artículo 747 del Código Civil francés. Dijo así la S.: «Considerando que la intención del legislador ha sido solamente que la cosa donada y la propia del donatario no puedan jamás ser confundidas en el patrimonio de este último, y que se puedan distinguir de una manera precisa los valores que representan el objeto de la donación; que es suficiente para volver a tomar la acción de retorno reservable, que se establezca que no se ha podido operar ninguna confusión entre los valores sujetos al retorno legal y los otros bienes del donatario, y que los valores encontrados en la sucesión tengan *por origen cierto, evidente, incontestable, el dinero y valores objetos de la donación*».

En otra S. (Casación, 7 febrero 1827, BAUDRY, núms. 722-723), los valores donados fueron entregados por la mujer donataria a la comunidad, y en pago de su acción—*on reprise*—toma la donataria un inmueble después de la separación de bienes; el retorno sucesorial se ejerció sobre

(110) SCAEVOLA, ob. cit., t. XIV, pág. 321.

el inmueble. También han aplicado la subrogación real, en casos no previstos en la letra del artículo 747 del Código Civil, las sentencias siguientes: Tribunal de Lyon, 22 de enero de 1895, y Tribunal Civil de Fontainebleau, 25 de marzo de 1896.

Pero la más interesante y que responde al problema planteado anteriormente del caso de donación de una cantidad de dinero, es la S. de la Corte Suprema de 30 de junio de 1817 (111), que por su interés expon-dremos detalladamente.

El 6 de agosto de 1811, Marchand hijo, mediante un documento privado, reconoce haber recibido de su padre para su *establecimiento*, 10.000 francos en septiembre de 1807, 10.000 francos a primeros de enero de 1810 y otra suma de 30.000 francos en junio del presente año. Los demás recibos que pudieran existir de donaciones de sumas de dinero son nulos de pleno derecho. Firmado: Bruno Le Marchand.

El 19 de abril de 1812 muere el hijo, y a continuación, el día 7 del mes siguiente, su hermano, ambos sin descendencia. Los herederos maternos y el padre se presentan para recibir la herencia. Este reclama los 50.000 francos que donó al hijo, y que se encuentran en la sucesión, tanto en dinero como en efecto de comercio, obligaciones y contratos por valor de una suma de 52.000 francos, al menos.

Los herederos maternos alegan que los 50.000 francos por él donados no se encuentran en naturaleza. El Juez de Primera Instancia de Rouen declara que por el artículo 747, los ascendientes no suceden, con exclusión de todos los demás, en las cosas por ellos donadas, más que cuando se encuentran en naturaleza en la sucesión, o cuando ellas han sido vendidas, si el precio es todavía debido, o, finalmente, en las acciones que pudiera tener el donatario: que fuera de los casos así previstos, el privilegio deja de tener lugar, y los ascendientes no pueden pretender el valor de las cosas donadas por ellos, si no han usado de la facultad concedida por el artículo 951 del Código.

S. de 11 de enero de 1816: Corte de Rouen

«Visto el artículo 747 del Código Civil: Considerando que Le Marchand padre donó 50.000 francos a su hijo para que se estableciera; que el hijo ha fallecido sin descendencia, y que el padre es llamado a suceder en las cosas donadas por él, cuando los objetos donados se encuentran en naturaleza en la sucesión; que la ley exige solamente que los objetos donados se encuentren en naturaleza, y no que sean idénticamente los mismos; que, de otra manera, sería hacer ilusorias las disposiciones del

(111) Sentencia de casación de 30 de junio de 1817. S. 17-1-313 Le Marchand. Ver JULIEN BONNECCASE, ob. cit., pág. 702.

artículo 747 del Código Civil cuando las cosas donadas consistieran en una suma de dinero, ya en especie metálica, ya en efectos comerciales, puesto que si un padre da dinero o efectos de comercio a su hijo que quiere establecerse es con la intención de que haga uso de los capitales donados y que, desde luego, si este hijo muere sin descendencia, es cierto que no se encontrarán en su sucesión las mismas especies metálicas ni los mismos efectos comerciales que le había donado; que la cosa donada por Le Marchand padre se encuentra en naturaleza en la sucesión de Guillermo Le Marchand, tanto en dinero como en efectos comerciales, obligaciones y contratos, y que, conforme al artículo 747 del Código Civil, tiene derecho a suceder con exclusión de cualquiera otros; que se considera que cuando el hijo haya prestado o vendido temporalmente la cosa donada, el donador, según los términos de este artículo, tiene el derecho de recibir lo que es debido, y lo mismo de suceder en la acción que su hijo pudiera tener; que es ventajoso, e incluso útil para la moral y el interés público, favorecer semejantes ventajas por parte de los padres en favor de sus hijos; que en el caso particular, se reconoce que existe en la sucesión de Bruno Le Marchand, tanto en numerario como en efectos de comercio, obligaciones y contratos, al menos, la suma de 52.000 francos, sin perjuicio de que el padre contribuya a las deudas (pro emolumento). La Corte ordena que Le Marchand padre sucederá exclusivamente en los 50.000 francos por él donados a su hijo y encontrados en la sucesión en dinero, efectos y obligaciones.

Los herederos maternos recurren en casación alegando, a su vez, que el derecho de retorno consagrado del artículo 747 del Código Civil es una excepción a la regla general de irrevocabilidad de donaciones; que este carácter excepcional debe restringirse a los límites por él señalados y que los términos del artículo 747 son inconciliables con la extensión que le da la sentencia atacada, el Derecho romano, la ley intermedia, la opinión de GRENIER; todo les parece demostrar que es imposible reconocer el privilegio del ascendiente fuera de los términos precisos de la ley y cuando los objetos se encuentran *idénticamente en naturaleza*.

Los defensores del padre, por su lado, invocan la naturaleza, en favor del derecho de retorno, la jurisprudencia antigua que la ley nueva ha querido hacer revivir; según éstos, la palabra en naturaleza aplicada, sobre todo, a las cosas fungibles, no exige de ningún modo la completa identidad de las cosas devueltas, sino el mismo género, y la ley ha marcado la diferencia con los artículos 1.892, 1.895 y 1.952.»

«Vistas las alegaciones de ambas partes, la Corte Suprema decide: Considerando que el Código Civil ha tenido por objeto restablecer a los ascendientes donadores los derechos naturales que los reconocía la antigua jurisprudencia, y de los cuales la Ley del 27 nueva los había privado por

su silencio. Considerando que el derecho de sucesión, consagrado por el artículo 747 del Código Civil, no es una simple excepción a la regla de la irrevocabilidad de las donaciones, sino un derecho especial fundado sobre la *equidad* y sobre una *estipulación tácita* presumida, de que los ascendientes que dan a sus descendientes, no teniendo en cuenta más que su posteridad, y no a los extraños, a los que no han dejado de querer despojar, tienen el dolor de sobrevivir a sus hijos. Considerando que según el *espíritu y el texto de este artículo*, los ascendientes donadores tienen el derecho exclusivo de suceder en las cosas por ellos donadas a sus descendientes muertos sin posteridad, cuando se encuentran en naturaleza en su sucesión. Considerando que en la especie dada, el hecho juzgado por la sentencia recurrida, que los 50.000 francos donados por Le Marchand padre a su hijo Bruno se han encontrado en la sucesión de este último, y que juzgando en derecho que esta misma suma, puesto que compuesta a la vez en dinero, efectos de comercio y obligaciones numerarias, se habían encontrado allí en naturaleza, y no poniendo distinción entre estos valores, que en el estado actual de la civilización no reciben ninguna en el uso, la Corte Real de Rouen no ha violado la ley, sino lo contrario, no ha hecho sino una justa aplicación del artículo 747 del Código Civil.»

Como es natural, esta sentencia, que se adelantó en mucho a su época y a lo que predominaba por entonces en la doctrina sobre la subrogación real, fue objeto de polémicas lógicas por dicha doctrina. Pero al mismo tiempo y con una visión fuera de lo normal del futuro, abrió la puerta a un nuevo y amplio campo de aplicación de la subrogación, que desde ese momento fue ganando adeptos en la figura del retorno legal y en sus aplicaciones y extensivas a otros derechos de retorno. Otras muchas sentencias citadas por los autores la niegan, pero ello no quita para ver en este derecho de retorno un campo apropiado a la aplicación de la subrogación y deseable en gran medida en el desarrollo económico y jurídico que siguió.

Dicho esto, no nos queda más que decir que la subrogación real es también deseable y posible en el caso de que la cosa donada haya sido sustituida por una indemnización por seguros, responsabilidad, expropiación, etc. Como hemos dicho ya repetidas veces, la palabra última la tiene el Juez en su apreciación de las pruebas presentadas en el caso del litigio. No podemos dejar de ver el papel preponderante que la jurisprudencia ha tenido adelantándose a la doctrina y aplicando la subrogación real en los nuevos casos que la vida, siempre cambiante, les iba presentando.

CONCLUSION.—Considerando que el legislador en este derecho de reversión de donaciones del artículo 812 del Código Civil ha querido, sólo y fundamentalmente, tener en cuenta el origen de los bienes, por ello

ha especificado que si no existen en la sucesión del descendiente los mismos bienes (identidad material), se deberá el precio (no valor) de los vendidos, y los bienes con que se hayan sustituido si los permutó o cambió.

Creemos también que la palabra *cambió* no se emplea en este artículo como sinónimo de permutar, sino que, según nosotros, estamos ante el hecho de que habiéndose donado una cantidad de dinero, el donatario la empleará comprando una finca o, como en el caso de la sentencia de Le Marchand, empleándola, como estaba previsto, para el establecimiento del hijo.

No estamos de acuerdo con MEZQUITA DEL CACHO en lo que él llama subrogación en valor y en la interpretación que da de la misma. El legislador no ha pensado, creemos, que si los bienes se han donado o consumido, se deba al donante su valor al tiempo de la donación. Esto va en contra del artículo 812, según nosotros, o incluso de la letra; pero en el caso, que no lo creemos, que ello pudiera ser, para nada tendría lugar la subrogación real. Subrogación y valor, en este sentido, son completamente opuestos, pues uno niega automáticamente al otro.

En el caso de venta de un inmueble, se deberá el precio, que la ley individualiza en cierta manera mediante el crédito que retroactivamente se establece en el patrimonio del donante. De ninguna manera—y varias sentencias lo han establecido—se requiere que sean las mismas monedas individualizadas las que se deban. En este sentido es en el que, creemos, es posible emplear el término de subrogación en valor, puesto que la identidad absoluta no se da y, por otro lado, sería absurdo pedirla.

Si damos a la expresión de subrogación real de valor la interpretación de MEZQUITA DEL CACHO, estamos condenados a desfigurar la figura de este principio, sus contornos y sus límites, además de no saber qué es en realidad la subrogación real y cuáles sus fines.

J) LA SUBROGACIÓN REAL EN LAS DISTINTAS CAUSAS DE REVOCACIÓN DE DONACIONES

Vamos a referirnos aquí solamente a las revocaciones de las donaciones establecidas por la ley que son revocación de donaciones por incumplimiento de cargas (art. 647 del Código Civil), por superviniencia o supervivencia de hijos (art. 644 del Código Civil) y por causa de ingratitud del donatario (art. 649 del Código Civil).

a) *Subrogación real en la revocación de donaciones por incumplimiento de cargas*

Según el artículo 647 del Código Civil nos encontramos ante bienes afectos en su individualidad material a una carga que grava de inalienabilidad a los bienes donados la mayoría de las veces; pero otras veces puede ocurrir que la venta de los bienes haya sido establecida o prevista por el mismo donante para conseguir su fin; en este caso podemos decir que el donante considera los bienes donados más por su valor que por su individualidad material. Por tanto, será siempre indagando la voluntad del donante donde encontraremos la respuesta de si se da o no la subrogación real.

En principio, la ley persigue los mismos bienes donados, al establecer en el párrafo 2.º, artículo 647: «En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria».

Mientras el donante tenga una acción reivindicatoria de los bienes, la subrogación real no podrá jugar; solamente en el caso de que haya un tercero de buena fe protegido por la fe pública registral, la subrogación real se dará sobre el precio de los bienes vendidos o sobre otros bienes si los permutó. La subrogación real, por tanto, depende en cierta forma de nuestro sistema de publicidad registral. Si se trata de bienes muebles, se aplicará con relación a terceros el artículo 464 del Código Civil, y si los bienes donados son inmuebles, si se hayan inscritos ellos, pero no las cargas a las que están sujetos, de acuerdo con los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, el tercer adquirente no podrá ser privado de su adquisición, en cuyo caso, y no pudiendo recuperar el donante la cosa específica donada, se aplicará la subrogación real sobre el precio obtenido o los bienes que hubieran sustituido a los enajenados. La letra del artículo restringe, excepto en los casos excepcionales, la aplicación de la subrogación real, pero ¿puede darse ésta por acuerdo de las partes?

Ante todo, hay que preguntarse qué es lo que verdaderamente ha querido el donante al hacer esa donación con carga, y si esa carga se puede llevar a cabo sin ninguna alteración sobre los nuevos bienes que sustituyen por subrogación real a los antiguos bienes donados. En una palabra, si la voluntad del donante ha previsto una individualidad material de los bienes o sólo su destinación en valor. Para HENRY, en estos casos se pueden dar tres hipótesis diferentes de subrogación real: 1.ª, cuando el disponente dona o lega una suma de dinero con la carga de emplearlo en la adquisición de un bien que servirá a un uso determinado. En este caso, el bien comprado subroga al dinero donado o legado y, por tanto, deberá devol-

verse en caso de incumplimiento; 2.^a, en la hipótesis contraria, donación de un bien para convertirlo en dinero y afectar éste a un uso determinado; la subrogación real también interviene aquí, y 3.^a, cuando un bien afecto a un uso determinado está por éste gravado de una indisponibilidad en valor, en cuyo caso todo bien adquirido a cambio o por reemplazo es subrogado (112).

Sin la subrogación real—dice SALEILLES (113)—, la fluctuación, alcanzando al objeto de la liberalidad, pone fin a la ejecución de la carga, y este resultado parece deplorable, señal de que la afección es en valor. Cuando los bienes han sido donados o legados con una afección especial, componen en el patrimonio del donatario un pequeño grupo aislado en donde la subrogación real es necesaria para asegurar la conservación de ese grupo e impedir que se confundan con otros elementos del patrimonio del donatario (114). Lo mismo pasará—dice CAPITANT—en las fundaciones, donde la aplicación de la subrogación real será más amplia, puesto que los bienes grandes de la fundación no están necesariamente gravados de inalienabilidad (115).

Con motivo de la separación entre Iglesia y Estado ocurrida en Francia, se dictaron varias leyes reconociendo a los donantes unas acciones de retorno que les permitían a ellos o a sus herederos recuperar los bienes donados o legados a un establecimiento o congregación religiosa disuelta: Ley de 23 de mayo de 1825, artículo 7; Ley de 1 de julio de 1901, artículo 18; Ley de 7 de julio de 1904, artículo 5, derogada más tarde por Ley de 3 de septiembre de 1940; Ley de 9 de diciembre de 1905, modificada por Ley de 13 de abril de 1908. La inspiración de todas estas leyes concediendo acciones revocatorias fue la idea de desconfianza hacia el Estado, sospechoso de querer enriquecerse en detrimento de los organismos disueltos y de los particulares. En estas circunstancias se hizo en Francia un uso muy frecuente del principio de subrogación real, contribuyendo la jurisprudencia en gran manera al mejor conocimiento de este principio general, llamando la atención de la doctrina sobre el principio, tan beneficioso en aquellos momentos como medio de burlar la codicia del Estado (116).

Al referirse estas leyes al derecho reconocido al donante, dicen *foraient retour*, por lo que la doctrina francesa señaló que ya estaba en la política de estas leyes el principio de la subrogación real. Pero tanto la doctrina

(112) HENRY, ob. cit., págs. 234 y ss.

(113) SALEILLES, ob. cit., Recueil Sirey, 94, 2, 185.

(114) CAPITANT, ob. cit., págs. 394 y ss.

(115) CAPITANT, ob. cit., págs. 396 y ss. HENRY, ob. cit., págs. 249 y ss.

(116) E. H. PERREAU, «Jurisprudence civile», *Rv. Crit. de Legis.*, 1912, páginas 65 y ss. La acción de restitución de los bienes eclesiásticos en caso de cláusula resolutoria expresa... por la separación entre Iglesia y Estado.

como la jurisprudencia se pronuncian por la necesidad de un acuerdo de voluntades (117). La solución más sólida—dice LAURIOL—consiste en considerar los derechos de retorno reconocidos en las distintas leyes como ligados a la individualidad material de su objeto, conforme a los principios técnicos corrientes. Por consiguiente, la subrogación real no debe ser admitida sin una decisión especial, en este caso emitida por acuerdo de los particulares, según se acordó en varias sentencias (118).

Son famosas dos Ss. dictadas como consecuencia de la disolución de congregaciones religiosas: una de 1.º de agosto de 1910 y otra del Tribunal de Albi de 10 de mayo de 1911 (119). La primera fue con ocasión de la liquidación de congregaciones autorizadas. Se trataba de una novicia que había donado a la comunidad la cantidad de 60.000 francos, estipulando que fueran empleados en la construcción de una iglesia o capilla. A la disolución de la congregación, ¿se deberán los 60.000 francos o el precio de venta de la capilla? La Corte de Burdeos, por interpretación soberana de la intención de las partes, admitió la reclamación de la suma donada, pero fue rechazada en casación, en la fecha antes dicha. DEMOGUE, en el comentario a esta sentencia, dice que en contra de la teoría tradicional, que considera la subrogación real como una ficción y, por tanto, establecida sólo por la ley, se considera a la subrogación real como el libre poder de la voluntad de las partes, expresada formalmente por ellas o supuesta en el silencio por la ley que la interpreta o la presume. De hecho, los contratantes no habían previsto una disolución; pero si la hubieran previsto, hubieran admitido la subrogación real; en efecto, la donante había querido beneficiar a la congregación con una capilla, edificada al gusto de esta última. ¿No hubiera querido la novicia tomar, en el caso de liquidación amigable, por ejemplo, no la suma donada, sino lo que ella representa?

Al Tribunal de Albi, S. de 10 de mayo de 1911, se le planteó idéntico problema. Un antiguo Magistrado, M. de Roquer-Varenne, hizo en 1816 donación de una suma de dinero al Seminario de Albi, con la carga de celebrar misas y de emplear la suma de dinero en *l'échat de biens fonds assurés pour garantir ce service*.

El Seminario adquirió en 1818, y posiblemente con este dinero, un dominio llamado «Domaine du Roc». Como después de la ley de separación (art. 9, Ley de 9 de diciembre de 1905), la ejecución de la carga

(117) JULIEN BONNECASE, ob. cit., pág. 784. LAURIOL, ob. cit. t. II, núms. 460 y ss. y 620 y ss. PLANIOL, ob. cit., t. III, núms. 2.630 y ss. y 2.636.

(118) LAURIOL, ob. cit., págs. 339 y ss., t. II, núm. 661. BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., t. III, núms. 1.051-1.053.

(119) DEMOGUE, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1912, pág. 183 (S. 10 mayo 1911, pág. 131, y S. 1 agosto 1910), y «Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle», *Revue Critique de Législation et Jurisprudence*, París, 1901.

impuesta por el donante no era posible, los herederos ejercitaron la acción de revocación de la donación, pretendiendo que se les devolviera el dominio y no la cantidad donada. Pero para que los herederos triunfaran en su acción tenían que probar que se había comprado con el dinero donado, encontrándose en este caso con que nada se había dicho en el acto de adquisición del «Dominio del Roc», además de que éste había sufrido desde entonces muchas transformaciones: ventas y cambios. En consecuencia, era casi imposible seguir a través de estas transformaciones el empleo de la suma de dinero originariamente donada. La subrogación real admitida en Derecho era en este caso imposible de establecer de hecho, por lo que el Tribunal no tuvo otro remedio que rechazarla, más por esta razón que por la que alegó de que la subrogación real era una ficción y, por tanto, de Derecho estricto.

Para que la subrogación real pueda invocarse—dice DEMOGUE comentando esta sentencia—es necesario que se pueda seguir exactamente un valor en sus transformaciones sucesivas. Este no es el caso si los bienes donados han servido con otros a la adquisición de un dominio que se ha transformado después gracias a las adquisiciones, ventas o cambios. Aquí, el Tribunal debe apreciar de hecho si el valor donado puede encontrarse bajo una nueva forma, y le corresponde al demandante hacer la prueba de las circunstancias que establezcan que tal valor ha sufrido tal transformación. Sin embargo, nos asombra—dice—que este punto no haya sido aludido.

Pero las mejores y más interesantes sentencias dictadas en Francia en materia de revocación de donaciones fueron por incumplimiento de cargas, las cuales sirvieron a autores como PLANIOL de fundamento a su doctrina de la subrogación real, y para caracterizar en cierta forma el principio de subrogación real en la llamada teoría moderna.

La primera S. procede de la Corte de Dijon y es del 30 de junio de 1893 (120). El Abad Daubrive, capellán de la comunidad de Vicq, legó en testamento ológrafo a la obra de la iglesia de Vicq todos sus bienes inmuebles, estableciendo en su testamento que el legado lo hacía con el fin exclusivo de fundar a perpetuidad en la parroquia de Vicq un establecimiento de instrucción para jóvenes, dirigido por institutrices congregacionistas, y que los inmuebles legados fueran destinados a *fournir au logement et à l'entretien desdites institutrices congréganistes*. La comunidad de Vicq aceptó el legado y ejecutó las condiciones exigidas por el testador. Pero más tarde, y puesto que las rentas de los inmuebles eran insuficientes para cumplir las cargas impuestas por el testador, la comunidad, previa autorización del prefecto, vendió algunos inmuebles con la

(120) *Jurisprudence générale*, Dalloz, Recueil, 1902, pág. 34. Nota de PLANIOL.

obligación de emplear el precio en rentas del Estado, con la afección especial al establecimiento de instrucción.

Habiéndose secularizado el establecimiento por una decisión de la Prefectura de 28 de agosto de 1890, los esposos Boudard, herederos del Abad Daubrive, pidieron la revocación del legado por incumplimiento de cargas. El Tribunal decidió que la comunidad debería restituir a los esposos Boudard no sólo los bienes inmuebles legados, sino también los títulos de rentas del Estado, provenientes ya del reemplazo del precio de los inmuebles legados vendidos, ya de la capitalización del décimo de los atrasos de los títulos de renta así adquiridos.

La segunda S., de la Cámara de Apelaciones, de 29 de abril de 1901, ratificó lo establecido ya en la S. recurrida del Tribunal de Montpellier de 20 de junio de 1898. La S. recurrida estimó, en primer lugar, que cuando un inmueble ha sido donado y afecto a perpetuidad a una escuela congregacionista, y más tarde esta misma comunidad, con el consentimiento del donador o de sus representantes, afecta otro inmueble al mismo uso, el nuevo inmueble puede ser considerado como subrogado realmente al antiguo y éste es precisamente el que debe ser restituido si la donación es más tarde revocada por inejecución de las cargas.

En segundo lugar, estableció el Tribunal de Montpellier que la prueba del acuerdo de todas las partes para la sustitución del nuevo inmueble por el antiguo resultaba suficientemente de una declaración del alcalde de la comunidad, contenida en el acta de adquisición de este inmueble, que hace fe contra terceros.

Y en tercer lugar, que la subrogación del inmueble nuevo por el antiguo es total, aunque la comunidad se hubiera reservado el gozo de una parte del inmueble donado si, de hecho, esta reserva no ha sido utilizada por ella, de manera que el nuevo inmueble se encuentra afecto completamente a la ejecución de las cargas de la donación. No se ha de tener en cuenta—termina el Tribunal—por la comunidad la diferencia de valor que podía existir entre los dos inmuebles, si se reconoce por los jueces del hecho que las partes no han entendido de ninguna manera hacer estado cuando han consentido la subrogación real y si la comunidad no estableció que ha hecho gastos sobre el nuevo inmueble (121).

Otras Ss. de la jurisprudencia francesa insisten en la necesidad del acuerdo de las partes para la aplicación de la subrogación real: S., ya dicha, de 1.º de agosto de 1910; 23 de diciembre de 1907; 10 de marzo de 1920 (S. 1923, 1.305): sobre la acción de restitución concedida por los artículos 7 de la Ley de 9 de diciembre de 1905 y 2 y 3 de la Ley de 13 de abril de 1908, y, por último, la S. de la Corte Suprema de 23 de marzo de

(121) *Jurisprudence générale*, Dalloz, Recueil, 1902, pág. 33. Nota de PLANIOL.

1925 (122), en la que un Seminario había sido autorizado a aceptar el legado de un inmueble. Un tercero, por donación manual, suministró los fondos para levantar una capilla en el inmueble legado. El Tribunal sentenció que no se producía la subrogación real en este caso por falta de voluntad de las partes sobre este punto. La afección—dijo—de una suma de dinero donada para un objeto determinado, no entra en ningún caso de subrogación real establecida por la ley y, desde luego, no entraña por sí mismo sustitución del objeto por la suma de dinero.

Sobre el derecho de retorno establecido por el artículo 7 de la Ley de 24 de mayo de 1825 y artículo 5 de la Ley de 7 de julio de 1904, la Corte Suprema, en S. de 8 de junio de 1912, estableció que los beneficiarios del derecho de retorno estaban autorizados para volver a tomar ya los bienes donados a las congregaciones, ya el valor de los que han sido vendidos y de los que las congregaciones han recibido el precio.

Se sale un poco de esta uniformidad la S. de la Cámara de Apelaciones de 10 de enero de 1923 (S. 24.1.337). En esta sentencia no se menciona el consentimiento del gratificante o sus herederos. No se ha tenido en cuenta más que la voluntad del donatario, que en este caso era una congregación.

LAURIOL (123), al comentar esta sentencia, dice que unos autores consideran que se ha producido una decisión especial unilateral, y otros, que hay consentimiento del donador de su silencio. Y él, por su parte, alega que un examen atento no permite admitir que la Corte de Casación haya podido no tener en cuenta la voluntad, si no del donador mismo, al menos, de sus herederos.

La congregación donataria emitió su voluntad, después de la venta de las rentas donadas y autorizadas por el Gobierno, de subrogar las dichas ventas por el inmueble adquirido en reemplazo. La S. admite la subrogación real, alegando que «por la voluntad de las partes los inmuebles, construcciones y refectorios habían subrogado realmente a los títulos de renta».

Se pregunta LAURIOL: ¿De qué parte se trata fuera de la congregación donataria? La autorización del Gobierno a la venta bajo condición de reemplazo es sólo una simple condición de eficacia de la voluntad de la congregación. DEMOGUE, BEUDANT y P. VODRÍN—dice LAURIOL—declaran que esta sentencia «ha admitido la subrogación real en un asunto en el que las circunstancias de hecho no revelan de ningún modo que la intención de las partes había sido preverla» (124). SALEILLES (125) opina

(122) *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1925, págs. 614 y ss.

(123) LAURIOL, ob. cit., t. II, núm. 620, págs. 209 y ss.

(124) LAURIOL, ob. cit., t. II, núm. 306, nota 137.

(125) LAURIOL, ob. cit., t. II, pág. 307, nota 138.

que en esta sentencia la voluntad del donador no se requería. La ley —dice—establece este ejemplo en los artículos 1.434 y 1.435 del Código Civil, que no requiere, para que el reemplazo se cumpla en los bienes propios en el régimen de comunidad, más que la voluntad de los esposos. Esto—contesta LAURIOL—es desconocer el mecanismo de la subrogación real, y termina: «es necesario admitir, bajo pena de negar todo sentido a los motivos de la sentencia, que la Corte Suprema ha hecho jugar a la subrogación real como consecuencia de la voluntad común de la donataria y los herederos de la donante. Resta solamente decir que esta voluntad no ha sido realizada ni en la donación ni en el momento de la fluctuación; ha sido simplemente *deducida de la reivindicación misma dirigida por los herederos de la donante sobre el bien de reemplazo*». Son competentes para tomar la decisión especial, las partes en la relación principal de la subrogación real.

No hay nada que se oponga a la admisión de la subrogación real por acuerdo de voluntades de las partes interesadas en esta materia. Por no darse las circunstancias extraordinarias de las citadas leyes especiales, la subrogación real no ha sido tratada aquí por la doctrina española (126). No obstante, nos adherimos a lo establecido por la jurisprudencia francesa a este respecto.

- b) *¿Ha querido verdaderamente el legislador español establecer la subrogación real en caso de revocación de donaciones por causa de ingratitud (art. 649) y en caso de supervivencia de hijos?*

No cabe duda que en el Derecho romano se estableció la subrogación real en la revocación de donaciones por causa de ingratitud (Código 856-1 y 7), al establecer en la ley «que el donante podrá revocar de los libertos donatarios toda donación y las cosas que se compraron a nombre de los libertos, pero con dinero de los patronos y por su liberalidad. Por su parte, la Ley 7 da derecho a la madre donante para revocar «todo lo que por título de donación tiene el hijo el día en que se da por disposición del Juez principio a la controversia». Pero antes de este día, la ley establece que lo que fue vendido, donado, permutado, dado en dote y legítimamente enajenado por otras causas de ninguna manera se revocará. Por lo que, según nuestro parecer, estos cambios eran válidos y el hijo debería *devolver todo lo que por título de donación tuviera*.

No podemos olvidar, por otro lado, y es necesario hacerlo resaltar especialmente aquí, que la subrogación real es un remedio subsidiario,

(126) SCAEVOLA, ob. cit., art. 647, t. XI, págs. 655 y ss. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho de obligaciones*, t. IV, Madrid, 1962, Reus, págs. 225 y ss. ROCA SASTRE, ob. cit., núm. VI.

pero que no se aplica cuando se obtiene el mismo resultado por otro procedimiento cualquiera, pues la subrogación real es un remedio excepcional.

También la subrogación real se ha aplicado especialmente en esta materia en Cataluña (127).

Pero teniendo en cuenta los artículos 645 y 650 del Código Civil no podemos menos que preguntarnos: ¿Es la subrogación real lo que el legislador ha establecido? El artículo 645 establece en caso de revocación por supervivencia de hijos, que «se restituirán al donante *los bienes donados o su valor* si el donatario los hubiese vendido», y más adelante, en el párrafo 3, especifica: «cuando los bienes no pudieran ser restituidos, *se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación*».

Por su parte, el artículo 650 (renovación por ingratitud) señala: «tendrá derecho el *demandante para exigir del donatario el valor de los bienes enajenados* que no pueda reclamar de los terceros o la *cantidad en que hubiesen sido hipotecados*».

Se atenderá al tiempo de la donación para regular el valor de dichos bienes».

Aunque por razón de otro título, no podemos por menos de comparar estos artículos con el 812 del Código Civil, estudiado anteriormente. En este artículo sobre todo, como también en el 647 del Código Civil, el legislador quiere, por encima de todo, que se restituyan los mismos bienes, en cuyo defecto detalla los bienes que podrán ser devueltos, pensando especialmente en que estos otros bienes procedan, tengan su origen en los originariamente donados. De tal manera quiere que se establezca la procedencia de los bienes, que expresamente emplea la palabra *precio* de los bienes donados enajenados. No le interesa al legislador que le sea devuelto al donante el valor de los bienes consumidos o donados, a su vez, por el donatario. Sólo por el principio de subrogación real le serán devueltos al donante bienes distintos, pero procedentes de los originarios donados.

Pero al observar los artículos comentados, no podemos menos de ver que el legislador pone dos soluciones sucesivas: o los bienes mismos o su valor al tiempo de la donación. Creemos que es muy significativo que aquí la expresión sea valor y no precio. El legislador no investiga si el bien donado ha sido enajenado por el donatario y el precio empleado en la compra de otro bien; él sólo quiere que, en este caso, se le indemnice, podríamos decir, con un equivalente. Entre una y otra solución, la relación de causalidad u origen ha quedado destruida, el legislador ha excluido precisamente el principio de la subrogación real.

(127) ANTONIO M. BORRELL Y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, Barcelona, 1944, 2.ª edic., pág. 326, t. III.

En el mismo caso de la extensión de la hipoteca a las indemnizaciones del seguro, la doctrina y la jurisprudencia han dicho que existe un vínculo de relación entre el bien y la indemnización, que ésta representa a aquél, al bien destruido, etc. Pero ¿qué ocurriría, por ejemplo, si el donante pidiera al donatario ingrato el bien adquirido por reemplazo del precio de venta del bien donado? ¿Admitiría el Juez que el donante persiguiera los bienes que proceden del bien antiguo o cortaría por lo sano atribuyéndole el valor simplemente? Creemos que dados la letra y el espíritu de la ley, se le atribuiría el valor.

Entonces, terminamos, ¿por qué ver en los efectos de la acción de revocación de donaciones, precisados en los artículos anteriores bienes o valor, un supuesto de subrogación real? De acuerdo con su carácter de principio subsidiario, la subrogación real no es necesaria aquí; el legislador, sin recurrir a ella, ya ha establecido que el donante reciba su equivalente en valor. Como hemos dicho ya muchas veces, iguales resultados no indican igualdad de principios. Si la subrogación real no es necesaria, ¿por qué acudir a ella?

En este caso, MEZQUITA DEL CACHO respondería que estamos ante un caso de subrogación de valor; pero, como hemos dicho, esto no puede admitirse sino con el significado restringido que le hemos dado. Interpretada esta expresión ampliamente, su contorno, límites, fines, etc., se desbordarían, lo que contribuiría a terminar con el verdadero significado y papel de la subrogación real en la actualidad (128).

Es justo que el donatario ingrato devuelva los bienes donados; pero en el caso de que el donatario haya vendido los bienes, el legislador puede establecer varios medios para evitar que por el hecho de la venta de los bienes donados resulte todavía más beneficiado. Puede el legislador evitarlo por medio del principio general de enriquecimiento injusto, consiguiendo por medio de éste que se le restituya su valor, su equivalente económico, sin investigar más, o puede, por el contrario, hacer llamamiento al principio también general de la subrogación real, que tiene como fin—como el anterior—evitar un enriquecimiento injusto, pero que está regido por otro principio: el de procedencia. En este caso, lo que primero investigará el Juez es si al patrimonio del donatario ha entrado otro bien o el precio procedente del primitivo bien donado. El que este bien sea de mayor valor que el antiguo o, por el contrario, de menor valor corre por cuenta del donante. Lo principal es que se restituya todo

(128) SCAEVOLA, ob. cit., t. XI, págs. 655 y ss. CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., *Derecho de obligaciones*, págs. 225 y ss. ROCA SASTRE, ob. cit., núm. VI. MARC LAURIO, ob. cit., t. I, núm. 152, pág. 145. PLANIOL, ob. cit., t. III, núms. 2.637-2.652 y 657 y ss. BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., t. III, núms. 1.056 y ss. y 1.071.

lo que proceda del antiguo bien, lo cual puede probarse por todos los medios.

Al ver la diferencia tan grande entre la letra del artículo 812 y la del 649, no podemos menos de creer que en este último y teniendo en cuenta quizá la mala fe del donatario, que podía perfectamente burlar la ley —en el caso de que fuera una subrogación real lo que dicho artículo estableciera—haciendo imposible toda prueba sobre las fluctuaciones de los bienes donados, creemos, insistimos, que el legislador español ha dado otra vez prueba de su prudencia y sagacidad rechazando en estos dos casos únicamente aplicar el principio de subrogación real, acudiendo como más acorde con estos casos concretos al remedio de la equivalencia en valor.

M.^a LUISA MARÍN PADILLA
Profesora Adjunta de Derecho Civil
Zaragoza