

El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce^(*)

SUMARIO: EL PRINCIPIO GENERAL DE LA SUBROGACIÓN REAL EN LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA Y GOCE: A) *La subrogación real en la extensión de la hipoteca a las indemnizaciones. Problemas que presenta.*—B) *La subrogación real en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (Ley de 16 de diciembre de 1954 y Reglamento de 17 de junio de 1955).*—C) *La subrogación real en el derecho de usufructo sobre cosa siniestrada o expropiada (arts. 518, 519 y 489 Código Civil): a) ¿Puede darse la subrogación real en los mismos casos antes dichos, pero respecto a servidumbres y en los derechos reales de uso y habitación?*—D) *La subrogación real en el derecho real de censo (arts. 1.626 y 1.627 Código Civil).*—E) *La subrogación real establecida en el contrato de depósito (artículo 1.778 Código Civil) y en el hallazgo (arts. 615 y 616 Código civil).*—EL PRINCIPIO GENERAL DE LA SUBROGACIÓN REAL EN EL DERECHO AGRARIO Y EN EL DERECHO URBANÍSTICO: A) *Naturaleza jurídica de la concentración parcelaria y reparcelación urbana.*—B) *Aplicación de la subrogación real en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y en la Ley del Suelo y Reglamento de Reparcelaciones del Suelo afectados por Planes de Ordenación Urbana. ¿A qué derechos es aplicable este principio general?: a) Las servidumbres. b) Los arrendamientos.*—C) *La subrogación real y la publicidad registral en la Ley de Concentración Parcelaria y Reglamento de Reparcelación del Suelo.*

A) LA SUBROGACIÓN REAL EN LA EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA A LAS INDEMNIZACIONES: PROBLEMAS QUE PRESENTA.

Una de las mayores conquistas del principio de subrogación real la ha constituido la extensión, el traslado de los derechos reales de garantía y goce, a las indemnizaciones debidas por razón de los bienes originalmente objeto de estos derechos. Como toda innovación de importancia, fue objeto de grandes debates por parte de la doctrina española y extran-

(*) V. mi trabajo «La formación del concepto de subrogación real», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, núm. 510.

jera. Pero antes que fuera admitida y establecida en la legislación de cada país, fue la jurisprudencia la primera en aplicarla por su especialísima situación más en contacto con la realidad y las necesidades de la vida.

La aplicación, por otro lado, de la subrogación real en las indemnizaciones debidas por razón de los bienes gravados con derechos reales, era completamente nueva y sin precedentes legales de ninguna clase. La subrogación real fue aplicada, desde un principio, aun sin tener conciencia del fenómeno, e incluso rechazándola la mayoría de la doctrina al principio. De esta extensión y del fenómeno que por primera vez se presentó, surgieron una serie de problemas, que iré exponiendo a continuación.

El problema se planteó, por primera vez, con carácter legislativo a partir de 1850 en España, Francia, Italia, Bélgica y en toda Europa. Era principio de Derecho Común que cuando el bien objeto de derechos reales desaparecía, por las causas que fueran, el derecho se extinguía a su vez; pero la realidad presentaba otro aspecto. Dada la importancia que venían teniendo los contratos de seguros, cuando un bien gravado con hipoteca perecía por un incendio, p. ej., el acreedor hipotecario y los privilegiados veían perderse su derecho cuando en realidad el deudor recibía una indemnización por la pérdida de la cosa. La situación era injusta y no dejó de llamar la atención, acudiéndose mediante contratos a establecer en una cláusula que el acreedor hipotecario y privilegiado ejercerían su derecho de crédito sobre la indemnización recibida por el deudor. De tal manera llegaron a prodigarse estas cláusulas que se les llamaron de *estilo o de subrogación de indemnizaciones*.

La situación, por tanto, en la vida práctica, era en contra del Derecho Común, la conservación y extensión del derecho real a las indemnizaciones, a pesar de la destrucción del bien. Los primeros debates en los diferentes cuerpos legislativos se presentaron con ocasión de unas sentencias en las que se admitió el principio de subrogación real, mientras que en otras fue rechazado (1). Pero el problema ya estaba planteado en los tribunales y después sería admitido, con el apoyo de la legislación, en los países citados.

(1) *Rechazándola*: S. de la Corte Suprema francesa de 12 de marzo de 1877, que rechazó la subrogación real en la indemnización debida por el Estado por la destrucción de un edificio con el fin de fortificar París; S. de la Corte Suprema de 2 de agosto de 1880, rechazando la extensión a los portadores de *warrants*; S. de la Cámara de Apelaciones de 20 de diciembre de 1859 (S. 1860.1.23); S. de la Corte de Grenoble de 27 de febrero de 1834 (S. 1834.2.467); S. de la Corte de París de 11 de marzo de 1852 (D. 1855.2.251); S. de la Corte Suprema de 28 de junio de 1831 (S. 31.1.291); S. de la Corte de Bourges de 13 de febrero de 1839 (v. Rep. Dalloz, contrat de mariage, núm. 809).

Admitiéndola: S. de la Corte de Colma de 25 de agosto de 1826; S. del Tribu-

De todas las sentencias llama la atención la llamada Sentencia Pinel de 28 junio 1831 que, en casación, rechazó la aplicación de la subrogación real admitida en la Sentencia apelada de Rouen de 27 diciembre 1828 (2). En esta sentencia se presentan y debaten los problemas que surgirán de la extensión de hipotecas y privilegios a las indemnizaciones. Dado el interés de esta sentencia, expondremos sus considerandos seguidamente.

El asunto era el siguiente: Por un documento (acta) de 28 abril 1813, el señor Pinel se reconoce deudor del señor Duthuit de una suma de 15.000 francos, en garantía de la cual, hipoteca un establecimiento de hilatura hidráulica explotada por él, junto con «*les brisoirs, carderies, bélys, métiers à filet*, etc.», es decir, generalmente todos los objetos unidos a la fábrica para su explotación. Tanto el inmueble, como los objetos considerados inmuebles por destino se aseguran en distintas compañías de seguros.

Más tarde se incendia el edificio y poco después el señor Pinel quiebra, por lo cual los acreedores se unen y nombran un síndico. Este, en sus funciones, retribuye su parte a los acreedores hipotecarios sin que se opongan los acreedores quirografarios; pero el señor Duthuit, más que una parte de su crédito, pide el ejercicio de sus derechos hipotecarios sobre las indemnizaciones debida por los objetos considerados inmuebles por destino, afectos a su deuda. Ante esta petición sin precedentes, el síndico se opone, por lo que se acude al Tribunal de Rouen, que sentenció así: «*Considerando*: que es constante que la obligación se extingue, que la hipoteca queda sin efectos por la pérdida de la cosa; pero que es igualmente cierto que si un deudor tiene ciertos derechos o acciones con relación a esta cosa, está obligado a cederlos a su acreedor y que la hipoteca sigue cada porción de los inmuebles afectados, en cualquier mano que pasen. *Considerando* que el inmueble ficticio había sido hipotecado, como el inmueble real, al señor Duthuit; que uno y otro habían sido asegurados en caso de incendio, anteriormente al acta de 28 abril 1823, y que el acreedor debía haber tenido en consideración este derecho de indemnización, si la desgracia prevista llegara a acaecer; que el señor Pinel no tendría fundamento para rechazar al señor Duthuit su derecho sobre el dinero debido por el seguro real, con el pretexto de que éste es

nal civil de Rouen con cierta reserva, y la Corte de Rouen el 27 de diciembre de 1828, admitían la subrogación real de la indemnidad del seguro por el inmueble hipotecado (Colmer. S. 28.2.17 y Rouen S. 30.2.163); S. de la Corte de Grenoble de 25 de agosto de 1826 (S. 1826, p. 281); S. de la Corte de Aix de 6 de enero de 1890 (S. 90-2-88), confirmada por la Corte Suprema en casación el 5 de enero de 1891 (S. 91.1.102 y D. 91.1.486), que decidió subrogar a los valores dotales la indemnización debida por el Notario responsable.

(2) S. de la Corte de Rouen de 27 de diciembre de 1828, v. *Rep. de Juris. Prud.*, Dalloz; v. *Assurances*, núm. 84, pág. 348.

un mueble y que los muebles no pueden ser hipotecados, puesto que, por la hipoteca convencional consentida en el contrato auténtico de 28 abril de 1823, ha sido declarado, como garantía de esta hipoteca, que el inmueble ficticio estaba asegurado, lo cual era una cesión de los derechos del deudor a favor de su acreedor, si se presentaba el caso. *Considerando* que antiguamente en Normandía las rentas constituidas eran inmuebles y susceptibles de hipoteca y que el acreedor que tenía una hipoteca sobre una renta de esta naturaleza tenía derecho a llevar una oposición a manos del deudor de dicha renta, a fin de que si éste quería reembolsar el capital, como estaba facultado, fue obligado contestar al oponente o al reembolso, para defender allí su crédito. *Considerando* que el señor Lémasson (síndico), con las facultades con que él trató, no tiene más derechos que el señor Pinel, y que lo mismo que no se ha discutido a los acreedores hipotecarios sus derechos sobre el dinero proveniente por razón del seguro del inmueble real, la discusión planteada relativa a los fondos provenientes del seguro del inmueble ficticio debe ser descartada por la misma razón de justicia y equidad, ya que los principios son los mismos en ambos casos.»

La sentencia dio lugar a muchas polémicas y fue rechazada por la doctrina. CRÉMIEUX se pregunta: ¿Se puede decir que el precio del seguro subroga al inmueble que lo representa, de manera que la hipoteca pasa sobre este precio y debe, por tanto, producir sobre él los mismos efectos? No, dice, porque el seguro es una suma de dinero dada en caso de incendio por el asegurador al asegurado, en compensación a la suma que el asegurado ha pagado al asegurador; por tanto, el seguro no representa al bien, sino a las primas. Además, en este caso, el dinero es una cosa puramente mobiliaria y, por tanto, no susceptible de hipoteca. También, sigue diciendo CRÉMIEUX, desde el punto de vista de la equidad, la causa de los acreedores quirografarios es más beneficiosa, porque cada año, la prima del seguro es tomada de las rentas, es decir, de lo que pertenece a los acreedores quirografarios y sería injusto que lo que ellos han pagado enriquezca a los acreedores hipotecarios. En esta sentencia, prosigue, se invoca al principio *subrogatum sapit...* para pretender que la indemnización reemplaza al inmueble o su precio; pero la diferencia es muy grande entre precio e indemnización, porque en el primer caso la hipoteca subsiste, puesto que el inmueble subsiste también. Pero aquí el inmueble ha perecido, el acreedor hipotecario no tiene más que preferencia, no tiene derecho más que al reembolso inmediato; no puede tratar en virtud de su hipoteca que ha dejado de existir; y es precisamente por esto, por lo que él tiene derecho a exigir el pago inmediato. En materia de seguro marítimo, todos los autores están de acuerdo en que el crédito privilegiado sobre el navío pierde su derecho de preferencia sobre la suma que

constituye la indemnización del seguro; luego con más razón debe ser así en el seguro terrestre.

Por su parte CHAUVEAU, abogado defensor, responde: Nosotros pensamos demostrar que el precio del seguro representa al inmueble, de tal manera que los derechos de los acreedores hipotecarios continúan sobre la indemnización del seguro. El deudor que constituye una hipoteca, toma frente al acreedor la obligación de conservar la cosa hipotecada, y para conseguir este fin y dar más garantía a los acreedores, el deudor asegura su propiedad. Es, pues, en nombre de éste por lo que se establece la obligación. Si no ocurriera así, los acreedores quirografarios se beneficiarían por el incendio en perjuicio de los hipotecarios y privilegiados.

Como puede observarse, los problemas que más adelante dividirán a la doctrina están aquí planteados. El precio del seguro ¿es un accesorio del inmueble?, ¿es su representante?, ¿es el inmueble mismo?, ¿o, por el contrario, la indemnización representa a las primas pagadas? Y respecto al crédito hipotecario, ¿se extiende el derecho sobre la indemnización tal como existía sobre el inmueble, o, por el contrario, el derecho de hipoteca se extingue al desaparecer el bien hipotecado?, ¿surge otro derecho en su lugar?

Vistas las discusiones a que dio lugar esta sentencia de Rouen, la Corte Suprema decidió rechazar formalmente el principio de subrogación real de la siguiente manera: *Considerando* ... 2.º que no hay ninguna Ley que afecte la suma asegurada, en caso de pérdida del inmueble periclitado por incendio a los acreedores, cuyos derechos estaban inscritos sobre este inmueble, con preferencia a los acreedores quirografarios del asegurado; que no se puede inducir esta preferencia de que la hipoteca seguía al inmueble y afectaba el precio a los acreedores, según el rango de sus inscripciones, puesto que, de una parte, la hipoteca se ha extinguido por la pérdida de la cosa; que, de otra parte, la suma asegurada no es un precio de venta, sino el producto del contrato de seguro, sin el cual no sería debida; que incluso ésta—la suma asegurada—no es susceptible de hipoteca, puesto que los bienes inmuebles y sus accesorios considerados inmuebles son los únicos susceptibles y que ella no ha recibido de la ley ninguna de estas características; que no se les puede hacer resultar de que, según el artículo 1.303 del Código Civil, el deudor de la cosa periclitada está obligado, si hay derechos reales con relación a esta cosa, de cederlas a su acreedor. *Considerando* que este artículo es extraño a las hipotecas e inaplicable a la suma asegurada que es debida a causa de las primas pagadas por el asegurado por el precio del seguro y por los riesgos corridos por el asegurador; que se puede todavía menos inferir esta preferencia de que el acto de hipoteca de los inmuebles asegurados haga mención del seguro, puesto que la suma asegurada no es

susceptible de hipoteca, y que la cesión de derechos del asegurado, si resultaba de esta mención, no tendría efecto, en perjuicio de terceros, más que cuando hubiera sido señalada por el asegurador o cuando éste lo hubiera aceptado documentalmente. *Considerando* que finalmente, en menosprecio de estos principios, la sentencia recurrida decide que la suma del seguro, en caso de pérdida del inmueble de que se trata, pertenece a los acreedores que estaban inscritos sobre este inmueble, con preferencia a los acreedores quirografarios del asegurado; que esto viola formalmente los artículos del Código Civil arriba indicados (3).

En Europa se hacía sentir la necesidad de una reforma a este respecto, por lo que se encomendó, a partir de 1850, la reforma a Comisiones especiales. El primer texto legal que apareció fue la Ley belga de 16 de diciembre de 1851, en cuyo artículo 10 se estableció la extensión de la hipoteca a toda clase de indemnizaciones. Esta reforma fue seguida en Francia, a través de la Ley de 28 mayo 1858, artículo 10, que establece que los portadores de recibos o *warrants* tendrán sobre las indemnizaciones de seguros debidos en caso de siniestro, los mismos derechos y privilegios que sobre las mercancías aseguradas; Ley de 3 mayo 1841, artículo 18, que los acreedores hipotecarios y privilegiados subrogan la indemnización debida por la expropiación de la cosa gravada. Pero la más importante y de carácter general fue la Ley de 1 febrero 1889, artículo 2, que decía: «*las indemnizaciones debidas por seguros de incendios, mortandad de bestias, granizada u otros riesgos, son atribuidas, sin necesidad de delegación expresa, a los acreedores privilegiados e hipotecarios según su rango*». Con esta Ley la evolución quedó definitivamente consagrada en Francia, en la que pronto aparecieron otras leyes especiales en igual sentido: Ley de 1906, artículo 5, y Ley de 1913, artículo 10: en caso de siniestro, los portadores de *warrants* tienen sobre las indemnizaciones del seguro, los mismos derechos y privilegios que sobre los productos asegurados; Ley de 31 mayo 1924, que regula la hipoteca de aeronaves y el Registro de inmatriculación, en la que se estableció que la gran fragilidad de éstas requería la extensión de la hipoteca; Ley de 11 octubre 1940, artículo 35, sobre indemnizaciones debidas por hechos de guerra; Ley de 13 julio 1930, artículo 37, los derechos del arrendador sobre las indemnizaciones debidas por el arrendatario o vecino a consecuencia de un incendio; Ley de 28 octubre 1946, artículo 35, sobre las indemnizaciones de evicción concedidas al propietario de un

(3) BONNECASE, Julien: *Suplement de droit civil de D. Bandry-Lacantinerie*, III, págs. 705-709. Pero a pesar de las dudas que más bien por escrúpulos técnicos plantearon y rechazaron la subrogación real, la jurisprudencia no iba a tardar en entrar definitiva y francamente en el reconocimiento de la subrogación real, esta vez con el apoyo de los textos legales.

inmueble destruido por hecho de guerra; Ley de 19 febrero 1949, que toca la cuestión en materia marítima; artículo 192 del Código de Comercio que considera como accesorios del navío... las sumas e indemnizaciones debidas al propietario por destrucción, averías y salvamento del navío (art. 191, 1, 2, 3, etc.).

En Italia, como en los demás países europeos, la necesidad de una reforma hipotecaria era patente (1844-1850). En los debates parlamentarios llevados a cabo y anteriores a la redacción del artículo 1.951 del antiguo Código Civil, el ministro PISSANELLI (4), al referirse al proyecto del libro II del Código Civil dijo: «La hipoteca como el privilegio, no alcanza sólo al inmueble con sus accesorios considerados inmuebles, sino que, según el proyecto, alcanza ahora a la suma debida por los aseguradores por la pérdida o deterioro del inmueble asegurado y por la debida a causa de expropiación forzosa por utilidad pública o por causa de una servidumbre constituida por la Ley»; «que es un hecho, que menoscabado el valor de la cosa, la entidad de la garantía hipotecaria engendra en los créditos hipotecarios y privilegiados una expansión natural del derecho de hipoteca sobre la indemnización, que ocupa el lugar del valor mismo.» Sin embargo, el miembro de la Comisión, PRECERUTTI, seguido de CHIESI, proponía abolir este artículo, lo cual no aceptó la Comisión. Otro miembro, NIUTTA, defendió la extensión diciendo: «que el precio pagado por el asegurador ocupa, en definitiva, el lugar de la cosa misma vinculada a la seguridad del crédito»; «que era justo pues en caso contrario nos encontraríamos ante un enriquecimiento injusto de los acreedores quirografarios».

En Francia, refiriéndose al artículo 2, Ley de 1886 (5), LABICHE dice, que consiste en asimilar de pleno derecho la indemnización pagada por la compañía de seguros al precio de los objetos asegurados sobre los que existían ya privilegios, ya hipotecas. En la Cámara de Diputados, MAUNOURY defendió que, «estas indemnizaciones serían consideradas como la representación del objeto siniestrado, con el mismo título que el precio de venta de este objeto». En estos debates parlamentarios, es curioso observar cómo se pone de manifiesto continuamente el principio de equidad que informa la reforma; la necesidad de regular legislativamente una situación que de hecho ya estaba establecida en la práctica por acuerdos entre las partes y el carácter excepcional del principio que viola principios de Derecho Común hasta ahora absolutos. Por otra parte, las expresiones usadas son más o menos las siguientes: suma vincu-

(4) PASSARELLI, Santoro: «La subrogazione reale», en *Riv. Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1926, págs. 109 y ss.

(5) BAUDRY-LACANTINIERE: *Precis de Droit civil*, París, 1925, t. III, números 280 y ss.

lada al pago, indemnizaciones afectas al pago, expansión de medios de satisfacción, etc.

El artículo 2.020, 2.º, del Código Civil italiano establecía que «la hipoteca se extingue: ... 2.º con la destrucción del inmueble gravado, salvo los derechos resultantes del artículo 1.951». En la actualidad este artículo 1.951 del Código Civil de 1865 y 437 del Código de Comercio de 1882, ha sido reformado por el actual artículo 2.742, que dice: «Si la cosa sujeta a privilegio, prenda o hipoteca perecen o se deterioran, la suma debida por los aseguradores como indemnización por la pérdida o el deterioro está vinculada al pago de los créditos privilegiados, pignoratios o hipotecarios, según su grado, excepto que la misma suma esté instituida para reparar la pérdida o el deterioro...». Están sujetos a lo mismo la suma devenida por causa de servidumbres coactivas o de congregación forzosa o de expropiación por interés público, observando para esta última, la disposición de la ley especial.

También en Italia podemos citar algunas leyes especiales que previeron la extensión de la hipoteca y otros derechos reales a las indemnizaciones: Ley de 25 junio 1865, artículo 52: «la acción de reivindicación, de usufructo, de hipoteca, de derecho de dominio y todas las otras acciones que existan sobre el fundo sujeto a expropiación no pueden interrumpir su curso ni impedir sus efectos. Pronunciada la expropiación, todos los derechos antes dichos se pueden hacer valer no sobre el fundo expropiado, sino sobre la indemnización que lo representa». El mismo artículo 2.115 del Código Civil establecía que «los bienes del deudor son la garantía común de los acreedores. Las indemnizaciones de seguros, en caso de incendio, toman el lugar del edificio asegurado, a no ser que sea empleado en la reconstrucción y reparación del edificio»; Ley de 27 marzo 1919, artículos 20 y 11, sobre daños de guerra, por la cual «revive sobre los bienes subrogados los distintos derechos reales de gozo, tal como existían sobre la cosa destruida, perdida o deteriorada»; Ley de 26 octubre 1940, artículo 11 y 572, Código de la Navegación, aplicando el artículo 1.951 del Código Civil, al seguro marítimo.

La jurisprudencia italiana, con el apoyo del citado artículo 1.951 del Código Civil y numerosas leyes especiales, estableció la subrogación real no pocas veces (6).

(6) *Jurisprudencia favorable*: Trib. Milán, 22 de enero de 1936 (Foro it. Rep., voz *esecuzione mobiliare*, núm. 17): «que los acreedores pueden ejercitar aquellos mismos derechos que pertenecen a su deudor directo y el asegurador puede oponer a los acreedores la misma excepción que hubiera podido oponer al asegurador»; Trib. App. Génova, 26 junio 1939 (Foro it. Rep. 1940, voz *assicurazione*, número 161): «para que haya subrogación es necesario que el seguro se haya estipulado para cubrir los daños derivados del deterioro o de la pérdida de la cosa». Trib. Milán, 2 de julio de 1934 (Foro it. Rep. 1935, voz *assicurazione*, núm. 206);

También en Alemania (7) se estableció la extensión de la hipoteca sobre ciertos subrogados (seguros, expropiación, etc.), parágrafo 1.127, apartado 1.º: «Las indemnizaciones de cualquier clase que sean están afectas a estos derechos, los cuales recaen sobre las indemnizaciones recibidas, que representan o reemplazan a la finca o al bien desaparecido. Los derechos de hipoteca se trasladan sobre las indemnizaciones de expropiación.» Como podemos observar, las expresiones usadas para explicar el nuevo fenómeno son semejantes en todos los países.

En cuanto a la reforma hipotecaria española data de 1855. Se encargó a una Comisión «que se dedicara con preferencia y brevedad a formular un Proyecto de Ley Hipotecaria o de aseguración de la propiedad territorial», que dio lugar a la Ley Hipotecaria de 8 febrero 1861, en cuya E. de M. podemos leer «que las Leyes de Partidas, siguiendo a las romanas, establecían que el derecho de hipoteca no se limitará a la cosa hipotecada; que las cosas a las que la hipoteca puede extenderse se han ampliado hoy día, encontrándose su apoyo en que tal fue la voluntad del dueño de la cosa al constituir sobre ella un derecho real (arts. 112 y 113 de la Ley); que su justicia y equidad parecen evidentes; que estas extensiones se hallaban en el espíritu de la ley, entre las que se encuentran las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario: de ellas puede decirse que reemplazan a la cosa hipotecada. Así, la indemnización que se da al dueño del terreno que ha sido expropiado por causa de utilidad pública, sirve de garantía al crédito que antes estaba asegurado con hipoteca sobre la finca de este modo enajenada. Es claro, dice, que sólo en los pocos casos en que por convenio entre la Administración y el antiguo propietario se permuta por vía de indemnización una finca con otra, habrá lugar a la constitución de una nueva hipoteca en sustitución de la antigua, pues la hipoteca puede tener lugar sobre cosas inmuebles; pero en los demás casos, otro derecho real, el de prenda, podrá decirse que debe sustituir al hipotecario que quedó extinguido».

«En un caso semejante, sigue diciendo la E. de M., se halla la indemnización concedida o debida al propietario por los aseguradores de bienes hipotecados o de sus frutos cuando el siniestro haya tenido lugar después de constituida la hipoteca. Esta regla misma se halla escrita, aunque no con tanta precisión, en el Proyecto del Código Civil, y guarda armonía con lo que acerca del particular se observa en Alemania. No va en esto el proyecto tan allá como la legislación de Baviera, seguida por los Códigos de otros países, que da al acreedor hipotecario el derecho de obligar al

App. Bolonia, 19 de abril de 1901 (Foro it. 1682, con nota de BOLAFFIO), confirmada en Casación Roma, 29 de abril de 1902 (*id.* 1902, 1805); Cass. Nápoles, 28 de mayo de 1921 (Foro it. Rep. 1921, voz hipoteca, núm. 18).

(7) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF: *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, vol. 1, Barcelona, 1936: 63-8, 64 v.; 39-14, 82 v. 2, IX, 4; 97, IV; 41, IV, 1 y 45, 12.

deudor a que asegure los bienes hipotecados. Nada significa que en nuestras antiguas leyes no se prescribiera lo que aquí propone la Comisión: el contrato de seguro no tenía en otros tiempos la importancia, facilidad y extensión que tiene en nuestros días.»

Esta Ley Hipotecaria de 1861 fue reformada por Ley de 16 diciembre 1909, en cuyo artículo 110 se estableció que «la hipoteca se extiende a las acciones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados», y en su artículo 111 que «conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecadas conjuntamente con la finca, aunque no se mencione en el contrato, siempre que correspondan al propietario: ... 2.º, las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por la aseguración de éstos, siempre que haya tenido lugar el siniestro después de constituida la hipoteca, o bien por la expropiación de terrenos por causa de utilidad pública».

A su vez, el artículo 186 del Reglamento Hipotecario (Real Decreto de 6 agosto 1915) especificaba un poco y decía: «considerándose hipotecados, según el número 2 del artículo 111 de la Ley, las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los bienes hipotecados por la aseguración de éstos o por la expropiación total o parcial de las fincas o derechos reales. Si dichas indemnizaciones se hicieran antes del vencimiento de la deuda hipotecaria, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados, y si no se convinieren, se consignará en la forma establecida por el artículo 1.176 y ss. del Código Civil».

Como hemos podido observar, la reforma hipotecaria se realizó en España al mismo tiempo y con igual resultado que en el resto de Europa. Sin embargo, los autores españoles, por aquel entonces, estaban de acuerdo en que el fenómeno consistía en la extinción del derecho de hipoteca y creación de otro derecho, pero esta vez el de prenda. Está claro, sin embargo, que lo que se quiere y pretende es que con el siniestro no se altere para nada la situación del acreedor hipotecario. El alcance práctico y la justicia de esta medida en todo momento era reconocida por la doctrina y la exposición de motivos (8). Es a partir de principios del

(8) *Enciclopedia Jurídica Española*, Edit. Francisco Seix, tomo XVIII, páginas 74 y ss.

E. DÍAZ MORENO: *Contestaciones a la Legislación hipotecaria*, 2.ª ed., Madrid, 1907, págs. 482 y ss.: «urgencia e interés de la reforma», y tomo I, Madrid, 1911, página 148: «justicia natural de estas reglas».

Federico BARRACHINA Y PASTOR: *Comentarios a la Ley Hipotecaria de 1909*, Castellón, 1910, tomo I, págs. 13 y ss.

GALINDO Y ESCOSURA: *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, tomo III, Madrid, 1903, 4.ª ed., pág. 226: «acertada la reforma y que conserva su derecho en aquello que sustituye al inmueble en caso de expropiación, no se hace más que adelantar la venta». S. 12 julio 1883.

siglo xx cuando la doctrina, tanto nacional como extranjera, explica el fenómeno como caso típico de subrogación real, a pesar de los obstáculos que la doctrina había ido poniendo de manifiesto desde un principio.

En la reforma de nuestra Ley Hipotecaria (30 diciembre 1944 y 8 febrero 1946) y Reglamento (14 febrero 1947) se llevó a cabo una nueva redacción de los artículos 110 y 111 de la Ley de 1909. Es de destacar en ella el hecho de que se especifica ya que las indemnizaciones representan el bien y que éstas no son sólo las de en caso de siniestro o expropiación, sino que están incluidas otras muchas. Dicen así los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria.

Art. 109: «La hipoteca se extiende... al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados.»

Art. 110, núm. 2: «... se entenderán hipotecadas conjuntamente con la finca, aunque no se mencione en el contrato... 2: las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de estos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada, y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados, o en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1.176 y ss. del Código Civil», y artículo 1.877 del Código Civil.

Pero vamos ahora a referirnos a la reacción de la doctrina patria y extranjera frente a esta nueva modalidad de extensión de la hipoteca a las indemnizaciones. Como ya hemos visto, las leyes especiales sobre la materia se limitaban a establecer la extensión, pero no decían qué fenómeno era el que se operaba, por lo que la doctrina consideró varias figuras, y entre ellas, y a pesar de sus inconvenientes, el principio de subrogación real. Esta era entonces casi desconocida y hubo que esperar al siglo xx para que, a pesar de todo, fuera la única explicación del fenómeno. Pero antes que por este principio de subrogación real, se explicó por medio de una subrogación personal o cesión por el deudor de todos sus derechos al acreedor; por una delegación legal que sustituye a la delegación convencional que venía practicándose entre los particulares hacía ya tiempo, o bien era un caso de asimilación hecha por el legislador entre la indemnización y el precio de los objetos gravados. Cada una de estas doctrinas tuvo en seguida sus partidarios y detractores.

¿Es posible la subrogación real del derecho de hipoteca sobre las indemnizaciones? En primer lugar, este principio iba en contra del Dere-

cho Común: la hipoteca se extingue con la destrucción de la cosa, y, en segundo lugar, aun suponiendo, como dicen las leyes especiales, que se traslade y se extienda el derecho a las indemnizaciones, éstas como dinero son un bien mueble y, por tanto, no susceptible de ser hipotecado. Basándose fundamentalmente en este hecho, negaron la subrogación real los siguientes autores: BAUDRY-LACANTINERIE (9), para quien la subrogación real, aunque más aproximada, no le satisfacía, además de que estaba condenada por el artículo 2.117 del Código Civil (los muebles no pueden ser objeto de hipoteca). La explicación más satisfactoria era, según él, una delegación legal. Es posible que esta disposición sea contraria a los principios absolutos del derecho, porque hace sobrevivir el derecho real de hipoteca o privilegio a la existencia del objeto; pero está conforme con la equidad, con el espíritu general de la Ley y prevista en los trabajos preparatorios de ésta. El orden de preferencia se determinaría por las mismas reglas que se atribuían sobre el precio. La misma explicación encontramos en PLANIOL (10). Habiéndose extinguido el derecho de garantía por la destrucción o la expropiación de la cosa, dice SANTORO PASSARELLI (11), se concede al acreedor hipotecario y privilegiado un derecho de prelación nuevo para ejercitarse frente a los acreedores quirografarios del deudor común. Para FADDA (12), este artículo probaba que la indemnización está ligada a la cosa, pero no que se deba considerar una *causa rei*, porque es indudable que la indemnización surge cuando la cosa asegurada perece; la subrogación real, por tanto, está excluida. Lo mismo opinaban LAURENT y DEMOGNE (13).

No es cierto, dice SANTORO PASSARELLI (14), que la ley admita una subrogación real, sino todo lo contrario, la excluye. Más que subrogación de la cosa, lo que ocurre es una transformación del derecho. No tiene ningún valor decir que la ley, por subrogación real, admita un derecho inmobiliario sobre una cosa mueble, lo cual sería una grave anomalía. El derecho real de garantía se extingue, pero la ley, inspirándose en un

(9) BAUDRY-LACANTINERIE: *Tratado teórico-práctico de Derecho Civil*, París, 1907, Edit. Recueil Sirey, tomo XXV, núms. 280 a 286.

(10) PLANIOL: *Traité élémentaire Droit civil*, París, 1927, tomo II, núms. 3.439 y ss., págs. 1090 y ss.

(11) SANTORO PASSARELLI: «La subrogazione reale», *Riv. italiana per la science giuridiche*, 1926, págs. 109 y ss.

(12) FADDA: «L'art. 1.951 del Código Civil italiano», en *Il Diritto*, Cagliari, 1882, vol. 1.

(13) DEMOGUE: «Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle», *Revue critique de législation et jurisprudence*, París, 1901, XXX, págs. 306 y ss. Al referirse a la hipoteca y a los problemas que la subrogación real presentaba, dice que puede resolverse la cuestión de una manera más justa y perfecta, haciendo un llamamiento a la acción *in rem verso*.

LAURENT, v. SANTORO PASSARELLI: *Ob. cit.*, pág. 122.

(14) SANTORO PASSARELLI: *Ob. cit.*, pág. 112.

criterio de equidad y mediante una disposición necesariamente expresa, concede un derecho de prelación, como en derivación del originario derecho, por el que los acreedores están provistos de garantía real naturalmente. Esta es también la opinión mantenida, en un principio, por la doctrina española y alemana, basándose, la primera, en la ley de 1861 (E. de M.).

A pesar de ello, el mismo SANTORO PASSARELLI, y con él los que niegan, muy justificadamente, la subrogación real por los obstáculos técnicos ya dichos, no dejan de reconocer que ésta estaba siendo considerada cada día más por la doctrina. Los partidarios de la subrogación real, algunos de ellos sin hacer mención de ella claramente, se apoyaban en que las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario del inmueble representaban al bien desaparecido, y era, por así decirlo, el mismo bien desaparecido, lo cual se había admitido más de una vez en las leyes especiales y en los debates parlamentarios. Las indemnizaciones ocupan el lugar, reemplazan al bien desaparecido o expropiado en el patrimonio del deudor o propietario. Pero también sobre este punto no faltaron vivas polémicas doctrinales.

Las leyes especiales habían previsto cuatro clases de indemnizaciones, a saber: las indemnizaciones graciosas o gratuitas del Estado, las de seguro, las de responsabilidad y, por último, las debidas por expropiación forzosa. La opinión dominante en la doctrina y prevista en las leyes especiales, es la de la representación de las indemnizaciones al bien desaparecido (15). En las indemnizaciones graciosas o gratuitas el Estado, sin estar obligado por la ley general y permanente, aunque sí por

(15) HENRY: *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*. Thèse pour le doctoral, París, 1913, págs. 268 y ss.

CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho de familia*, tomo VI, págs. 270 y ss.

SANTORO PASSARELLI: *Ob. cit.*, págs. 74 y ss.

H. LEON y J. MAZEAUD: *Leçons de Droit civil*, tomo IV: *Régimes matrimoniaux-successions-libéralités*, 1963, págs. 167 y ss.

Henrich LEHMAN: «Derecho de Familia», vol. IV, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1953. Traducción de la 2.ª ed. alemana por José María Navas, págs. 140 y ss. y 133 y ss.

André COLOMER: *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux*, París, 1955, págs. 51 y ss.

ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo IV, 5.ª ed., págs. 306 y 313 y ss.

SCAEVOLA: *Código Civil*, tomo 14, págs. 261 y ss.

Marc LAURIOL: *La subrogation réelle*, tomos I y II, París, 1954, págs. 248 y ss.

Julien BONNECASE: *Ob. cit. La subrogation réelle*, pág. 705.

B. PÉREZ GONZÁLEZ: «Extensión de la hipoteca en la indemnización por sinies. tro», *R. F. D. M.*, núm. 3, 1940, pág. 7.

BAUDRY-LACANTINERIE: *Ob. cit.*, núms. 281 y ss.; PLANIOL, tomo II, núms. 3.439 y ss.

Michel CABRILLAC: *La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans déspossession*, Recueil Sirey, París, 1954, págs. 105 y ss., párrafos 2-63.

leyes especiales y de acuerdo, por otra parte, con su razón de ser, concedía indemnización a las víctimas de ciertos siniestros importantes, entre ellos guerras civiles, epidemias, inundaciones, atentados, etc. Podía decirse que estas indemnizaciones tratan de compensar la pérdida del capital que representan los bienes desaparecidos o dañados; las indemnizaciones proceden de esta desaparición y son concedidas a causa y por razón de estos bienes siniestrados. Dos sentencias francesas niegan la subrogación real (16), pero en otra (Corte de apelación de Montpellier de 28 enero 1935) se declaró «que la indemnización subroga al inmueble destruido». La indemnización, decía, no es una simple ayuda sino una indemnización social, justificándose la aplicación de la subrogación real por el hecho de que la indemnización era proporcional al daño (17).

En cuanto a las indemnizaciones de seguros tienen de especial que son a la vez consecuencia de la destrucción o deterioro del bien asegurado y del pago de cierto número de primas variables según los casos. Para algunos (18) no es una verdadera indemnización en el sentido de que representa a la cosa: el seguro no es más que un procedimiento de capitalización en previsión de un siniestro posible; la cantidad pagada no es asimilable al precio de venta del bien destruido, sino que, por el contrario, es la contrapartida de las primas pagadas; las indemnizaciones representan a las primas, no al bien destruido o dañado. La tesis contraria considera que como el seguro tiene como fin conservar la integridad del patrimonio a pesar del siniestro previsto y temido, las primas no son más que gastos conservatorios y, por tanto, representan al bien y no a las primas. Esta tesis es la comúnmente aceptada por la mayoría de la doctrina, jurisprudencia y leyes especiales vistas anteriormente (19).

(16) Requetes, 12 marzo 1877 y 2 agosto 1880: rechazan atribuir a los acreedores hipotecarios y privilegiados y a los portadores de warrants las indemnizaciones debidas por aplicación de la ley de 7 de abril de 1873, que preveía la indemnización a las víctimas de la guerra de 1870.

(17) Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo I, págs. 264 y ss.

(18) RIPERT: *Derecho Mercantil*, núm. 63, págs. 105 y ss., y *Tratado de Derecho marítimo*, tomo II, núm. 1.069.

TROPLONG: *Commentaire du titre des privilèges et hypothèques*, 5.^a ed., París, 1854, IV, núm. 890.

DURANTON: *Cours de Droit français suivant le Code civil*, 1831, tomo XX, número 328.

HUC: *Traité théorique et pratique sur la cession et de la transmission des créanciers*, I, 1891, núm. 174, pág. 250.

BAUDRY y PLANIOL: *Obs. cit.*

(19) Ver nota 15 y:

André COLOMER: *Ob. cit.*, S. 19 marzo 1857, Cour d'appel Bordeaux, y S. 31 mayo 1893, Cour d'appel de Pau.

DEMOGUE, *Rv. critique*, 1901, pág. 306: primas, gastos conservatorios.

M. STORA: *Subrogation réelle*, Thèse de doctorat, París, 1901, pág. 351: si el pago de la indemnización del seguro tiene por causa el pago de las primas, es con ocasión de la pérdida del inmueble. S. 19 mayo 1859, gastos conservatorios.

Por lo que respecta a la indemnización por expropiación forzosa, no presentaba problemas teóricos, puesto que se consideraba como el precio de una venta impuesta al propietario. Podemos concluir que las indemnizaciones constituyen los contravalores de los bienes destruidos, deteriorados, expropiados, etc. Las indemnizaciones proceden del bien; existe entre unas y otro una relación de causalidad y el derecho que recaía sobre el antiguo objeto, se traslada sobre el nuevo que lo ha sustituido.

ANDRIOLI (20) señala que en la autonomía del vínculo en función de las instituciones consideradas está el carácter excepcional de la subrogación de la indemnización a la cosa, lo cual no puede, en todas las hipótesis consideradas, justificarse sino con el favor concedido a los acreedores privilegiados, hipotecarios y pignoratícios. Aunque la cosa objeto de la prelación esté en todo o en parte fuera del patrimonio del deudor por causa jurídica (expropiación), se vincula a la satisfacción preferencial de ellos la suma de dinero, que económicamente representan el *tantundem* (indemnización de expropiación o de seguros, etc.). Considera además ANDRIOLI que el artículo examinado (2.742 del Código Civil) confiere a los acreedores, cuya garantía específica ha venido a menos por el perecimiento o por la disminución, una acción directa ejercitable frente al asegurador dentro de breves plazos. La subrogación real no se da, dice, cuando se establece que la indemnización de seguros será empleada en la reconstrucción o reparación del bien, cosa que ocurre con mucha frecuencia y se establece en las pólizas de seguro. Pero se supone que el acreedor quiere sujetar la indemnización, mientras que al deudor le conviene su empleo. ¿Cuál de las dos posturas se ha de tener en cuenta? La doctrina y la jurisprudencia están a favor del deudor, ya que el acreedor puede pedir otra garantía o pretender el pago si surge disminución.

Con relación a la subrogación real, ANDRIOLI se plantea la siguiente pregunta. ¿Puede usar la subrogación real el acreedor que había procedido a embargo judicial, en la hipótesis de que la cosa embargada haya perecido o se haya deteriorado y fuese objeto del contrato de seguro? Se ha de considerar, dice, que la aplicación del principio de la *Perpetuatio jurisdictionis* justifica la subrogación real del crédito pignoratício sobre la indemnización. Como dice el autor, contra la opinión dominante, sobre la interpretación del artículo 1.951, podrá deducirse que la subrogación de la indemnización daba lugar, no a una verdadera subrogación, sino a la posibilidad de experimentar la acción directa contra el asegurador.

(20) Virgilio ANDRIOLI: *Comentario del Código Civil italiano, Surrogazione dell'indennità alla cosa*, art. 1.742, págs. 23 y ss., 1945, Edit. Zanichelli, Foro Italiano, Bolonia-Roma.

En Italia, a diferencia de Francia y España, también se admite la subrogación real de la suma debida por causa de servidumbre coactiva o comunidad forzosa.

En cuanto a la indemnización por expropiación forzosa (art. 52, ley de 25 junio 1865) la ley no concede a los acreedores privilegiados o hipotecarios ninguna acción directa, ni están obligados a la prueba de la subrogación real, puesto que la ley prevé el depósito de la suma y con ello la Administración está libre de toda responsabilidad. La estructura jurídica y el desarrollo práctico de esta forma de subrogación se establece en el 2.º párrafo del artículo 2.742 del Código Civil italiano: la subrogación actúa mediante el conferimiento de la acción directa a los acreedores privilegiados o hipotecarios frente al deudor de la indemnización; el deudor de la indemnización misma a los acreedores inscritos.

Para MARC LAURIOL (21), la extensión de los derechos de hipoteca, por subrogación real, es imposible sin una decisión especial en todos los derechos reales, puesto que estos derechos están unidos a la individualidad material de su objeto. La subrogación real no entra en su funcionamiento normal y se opone, por tanto, a la subrogación de pleno derecho.

La extensión de los derechos reales sobre las indemnizaciones supone, dice LAURIOL, una subrogación real que está íntimamente integrada dentro de la institución de las seguridades reales. A diferencia de lo que ocurre en el derecho de prenda general sobre el patrimonio del deudor, en el que la subrogación real no ofrece interés ni teórico ni práctico, en estos casos, por el contrario, el interés de la subrogación real es evidente; desde el punto de vista teórico, porque sólo la subrogación real puede explicar el ejercicio sobre el bien nuevo, de un derecho individualizado desde su origen sobre un bien antiguo determinado y, desde el práctico, porque el derecho real sobre el bien antiguo está normalmente amparado por un derecho de preferencia, derecho que la subrogación real traslada con su rango inicial sobre el crédito de reemplazo, lo que permite al acreedor gravado de seguridad real ser el primero sobre el crédito con relación a los acreedores de rango inferior y quirografarios. Por estas razones es por lo que la subrogación real, que resulta de la realización del derecho de garantía, adquiere todo su interés y se basa efectivamente en el ejercicio de derecho de preferencia del acreedor beneficiario de una seguridad real.

El ejercicio del derecho de preferencia, tal como lo prevé y reglamenta el legislador, es una subrogación real integrada en el corazón mismo de la institución de las seguridades reales, de la que constituye su fin y toda razón de ser. Responde a un sentimiento imperioso de equidad,

(21) Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo II, págs. 343 y ss., núms. 663 y ss.; páginas 384 y 390, núms. 688 y ss.

frecuentemente señalado por los autores. El que la ley de 1889 hablara de delegación, no es suficiente para rechazar la subrogación real. Sólo la regla cuenta y el mecanismo que se desarrolla. Pero la atribución... es una subrogación real. El error fundamental de la jurisprudencia consiste precisamente en aplicar los principios que dominan la técnica general a la subrogación real que resulta del ejercicio del derecho de preferencia. Esto es precisamente lo que hacen los autores que rechazan la subrogación de la indemnización al inmueble hipotecado por razón del carácter mobiliario de éstas. Su observación, perfectamente pertinente, en la medida en que concierne a la subrogación en el asiento de la hipoteca, no tiene valor respecto al derecho de preferencia.

Es esencial señalar que el traslado del derecho real de garantía sobre un crédito de indemnidad concierne al ejercicio del derecho de preferencia y no al asiento de la seguridad. La noción de venta no desempeña por sí misma ningún papel esencial en el ejercicio del derecho de preferencia. Por consiguiente, el ejercicio del derecho debe ser reconocido como posible, en principio, sobre todos estos créditos de dinero, en la medida en que ellos representan al bien gravado de seguridad.

Es la postura más racional y satisfactoria, reconocida incluso por los autores que no la admiten. En realidad los escrúpulos exegéticos son suficientemente frágiles para ser abandonados con estas razones. Rechazar el atribuir a los acreedores privilegiados e hipotecarios, según su rango, todos los créditos de dinero que representan al bien gravado es una solución injusta. Es injustificable, además, porque pone de manifiesto una mala técnica que rompe, por razones que ningún análisis sólido sostiene, el equilibrio regularmente establecido entre los acreedores. Una fuerza impulsa a estos derechos a desarrollarse en el sentido en que puedan cumplir mejor sus funciones.

MICHEL CABRILLAC (22) opina también que, por razones de justicia y de equidad, es necesario admitir que todo acreedor que tiene sobre un bien un derecho de preferencia no seguido por un derecho de persecución puede, en caso de venta amigable del bien, ejercer su derecho de preferencia sobre el crédito del precio, y para ALEX VEILL (23), que el acreedor hipotecario verá transportarse su seguridad sobre la indemnización del seguro que representa al inmueble hipotecario destruido; pero el bien nuevo no adquiere la misma naturaleza y los caracteres del antiguo. La reglamentación jurídica debe ser adaptada a su propia naturaleza. Para MARTY Y RAYNAUD (24) la subrogación real es útil en caso de

(22) MICHEL CABRILLAC: *Ob. cit.*, págs. 225 y ss.

(23) ALEX VEILL: *Droit civil*, Les biens, Précis Dalloz, París, 1970, núm. 303, páginas 246 y ss.

(24) MARTY Y RAYNAUD: *Droit civil*, Les suretés la publicité foncière, tomo III, volumen 1.º, Sirey, 1971, núm. 287, págs. 178 y ss., y núm. 389, pág. 237.

destrucción y justa, ya que por medio de ella subsiste el derecho de preferencia. Además, el principio del carácter inmobiliario de la hipoteca no es absoluto. Hoy día existen hipotecas mobiliarias y prendas sin desplazamiento.

Para nuestro ilustre hipotecarista ROCA SASTRE (25) la sujeción a los derechos del acreedor hipotecario, de la indemnización derivada del seguro al producirse el siniestro—verdadero sucedáneo de la cosa hipotecada—, se explica más que por razones de equidad, por consideraciones fundadas en matices institucionales de la doctrina de la subrogación real. El juego de la subrogación real tiene adecuada actuación tratándose precisamente de una cosa gravada con una hipoteca u otro derecho de garantía. Con todo, en este caso, la subrogación real se produce a base de cierta alteración respecto de la relación jurídica afectante. En el caso de hipoteca, lo que interesa, a efectos de la subrogación real, es el valor pecuniario del objeto, más que su individualidad material. No obstante, a pesar de la lógica procedencia de la subrogación real en este caso, se ha tenido que vencer fuerte resistencia en algunas legislaciones para que fuera admitida plenamente. Pero mirando a la ley ¿es posible hablar de subrogación real? La contestación, dice ROCA, ha de ser afirmativa. La ley habla de *se extiende*, entendiéndose hipotecada conjuntamente o considerándose la misma hipoteca. Sin embargo, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (26) consideran que no queda más remedio que ver en esta figura un derecho de prenda sobre el crédito indemnizatorio, mientras se halle pendiente de cobro la indemnización, y una prenda de dinero, una vez hecha efectiva la indemnización mediante el consiguiente depósito. Como podemos observar, siguen el mismo criterio que la Ley Hipotecaria de 1861.

La transformación de la hipoteca en una prenda, dice ROCA, parece que pone en entredicho la tesis de la subrogación real, ya que es esencial en ésta la inmutabilidad o identidad de la relación jurídica a pesar del cambio o sustitución de la cosa afectada. No obstante, dice, puede salvarse la figura de la subrogación real si se tiene en cuenta la identidad de la hipoteca y de la prenda en su función general de garantía del cumplimiento de una obligación, demostrada por la nota común a ambas figuras de ser derechos de realización de valor, armados los dos de *ius*

(25) ROCA SASTRE: *Ob. cit.*, *Derecho Hipotecario*, págs. 315 y ss.

(26) PÉREZ GONZÁLEZ: «Extensión de la hipoteca a la indemnización por siniestro», *Información Jurídica*, febrero-marzo 1942, págs. 18 y ss., y *R. F. D. M.*, número 3, 1940, pág. 7.

José María CHICO y BONILLA: *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo II, Madrid, 1968, 2.^a ed., M. Pons, págs. 508 y ss. y pág. 483: si el superficiario tuviera derecho de indemnización, ésta quedará subrogada en los de garantía. Es decir, se aplica la misma norma que la establecida en el artículo 110.2.º de la Ley Hipotecaria.

distrahendi. Si bien sufre una alteración aquella relación jurídica de afectación sobre las cosas cambiadas, en el fondo subsiste en su función esencial de garantía.

El problema de si se produce en estos casos una subrogación real, está hoy día resuelto en nuestra patria, al sancionar diversas leyes especiales que la extensión de ciertos derechos reales (hipoteca, prenda, usufructo, etc.) a las indemnizaciones es mediante una subrogación real: *Ley de Concentración Parcelaria* (Decreto de 8 noviembre 1962, sección 3, arts. 30, 31, 33, 35, 367-2.º, 56, 65, 66 y ss.), *Ley de Expropiación Forzosa* (17 diciembre 1954), *Ley de Permutas Forzosas* (11 mayo 1959), *Ley de Patrimonios Familiares* (Orden de 27 mayo 1953, art. 20), *Reglamento de Edificación forzosa de solares y Registro municipal de solares* (Decreto de 5 mayo 1964, cap. VII, art. 31), *Reglamento de Reparaciones del suelo afectado por planes de Ordenación Urbana* (Decreto de 7 abril 1966, art. 11, núms. 5, 30, núms. 3, 31, núms. 2 y 4), etc., y hoy *Legislación de Reforma y Desarrollo Agrario*.

A diferencia del B. G. B. alemán (parágrafo 1.127: La sujeción de la indemnización por seguro al derecho del acreedor hipotecario cesa cuando el objeto es reconstruido o reemplazado), del artículo 2.742 del Código Civil italiano (vinculación de la indemnización a los derechos reales: excepto cuando ésta se halle instituida para reparar la pérdida o el deterioro. La autoridad judicial puede, a instancia de los interesados, disponer la oportuna cautela para asegurar el empleo de la suma en la restauración o en la reparación de la cosa) y del artículo 822 del Código Civil suizo, el legislador español no dice nada respecto al empleo de la indemnización en la reparación o reconstrucción del bien siniestrado, lo cual prevé en el caso del derecho de usufructo y en materia de censos. El empleo de la indemnización en la reconstrucción del bien destruido, ha planteado en la doctrina extranjera el problema de si, en este caso, también se produce una verdadera subrogación real, extendiendo el derecho de hipoteca sobre el nuevo edificio vuelto a construir. Nosotros opinamos que el verdadero juego de la subrogación real y su misma razón de ser se agota en la indemnización debida o pagada al propietario del antiguo bien desaparecido, sin perjuicio de que las partes lo hayan así acordado, en cuyo caso no vemos ningún inconveniente en la nueva extensión. Por otro lado, este convenio no iría en contra de la institución de que se trata, aunque, en la práctica, lo normal y corriente será que se ejecute la hipoteca después del siniestro; no olvidemos, además, que estamos en presencia de un derecho temporal cuya conservación después del pago de la indemnización no tiene razón de ser.

SANTORO PASSARELLI (27), que precisamente niega la subrogación real del derecho de hipoteca en las indemnizaciones, reconoce que en caso de empleo de éstas en la reconstrucción del bien, sí se da una verdadera subrogación real, en virtud de una ficción por la que se considera que la nueva cosa es la antigua y que mediante ella el derecho real de garantía revive. No es de esta opinión MARC LAURIOL (28), según el cual, de los textos de 1889 y 1930, se deduce que, en caso de pago de la indemnización hecha por el asegurador, ninguna subrogación debe ser eventualmente admitida sobre el bien adquirido por empleo, incluso si la seguridad real por su estructura técnica se presta a tal subrogación. Por otra parte, como muy bien señala, para el ejercicio de la subrogación real la jurisprudencia ha concedido al acreedor hipotecario una acción directa contra el asegurador, sometida a un régimen especial que impedirá, por tanto, el empleo sin haber satisfecho anteriormente los créditos.

No hay, termina LAURIOL, nada que impida la subrogación en segundo grado en el bien comprado con la indemnización. Pero ésta no es posible más que en la medida en que ella no esté unida a la individualidad material de su asiento. Esta extensión de la subrogación real en el asiento de la seguridad no podrá de ninguna manera fundarse sobre la decisión especial que integra el derecho de preferencia en la institución de la seguridad. La interpretación amplia del texto encuentra en los fines institucionales su razón y su límite lógico. No se debe desbordar el cuadro de la institución, ni entra en el fin normal de toda seguridad real transportarse de un bien material a otro. La interpretación extensiva de la decisión especial que representa el derecho de preferencia encuentra así su límite natural en la noción de la institución.

En cuanto a la extensión de la hipoteca en el caso en que, por convenio, se permute la finca hipotecada por otra, estaba expresamente excluida en la exposición de motivos de nuestra Ley Hipotecaria de 1861, en cuyo caso nacería otro derecho de hipoteca nuevo, mientras que la anterior quedaba extinguida.

Otro problema que se ha planteado y que, en cierta forma, va en contra de la subrogación real, es la concesión al acreedor hipotecario de una acción directa contra el asegurador, acción concedida por la jurisprudencia (29). La fluctuación que va a dar lugar a la subrogación real,

(27) SANTORO PASSARELLI: *Ob. cit.*, pág. 128.

(28) Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo II, núms. 694 y ss., págs. 398 y ss.

(29) S. de la Corte civil francesa de 17 julio 1910 (D. 1912.1.8): la oposición obliga al asegurador a guardar la indemnización a disposición del acreedor; éste tiene derecho a reclamar directamente la suma conservada a su intención (basada en la Ley de 1889, derogada por Ley de 1930, art. 37).

S. de la Corte civil francesa de 4 diciembre 1946 (D. 47 p. 25): provee a los beneficiarios de una acción directa y de un derecho propio contra el asegurador.

se debe producir en el patrimonio del deudor, la cosa destruida se sustituye por la indemnización en el patrimonio del deudor y dueño del antiguo bien, representado ahora por la indemnización; pero, como dice LAURIOL (30), saliendo al paso de este problema, la subrogación real es extraña a este derecho propio, acción directa del acreedor contra el asegurador, así como el régimen de oposición de excepciones al acreedor y que la prescripción de esta acción no tiene nada que ver con la subrogación real.

Como ya hemos visto, en el párrafo último del artículo 110 de la Ley Hipotecaria se prevé que «si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerlas hubiera sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados y, en su defecto, en la establecida por los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil».

Parece ser que a la empresa aseguradora o expropiante le incumbía averiguar si la finca siniestrada se hallaba hipotecada para proceder, según haya o no vencido el crédito, al depósito de la suma o a su consignación. ROCA SASTRE, después de estudiar la opinión de otros autores, entre ellos MOREL y PÉREZ GONZÁLEZ, sostiene que la empresa aseguradora no debe preocuparse de averiguar si sobre la finca siniestrada pesa alguna hipoteca, de modo que puede satisfacer al propietario con plenos efectos liberatorios. Solamente cuando medie notificación, queda vinculada la empresa aseguradora en el sentido de no poder efectuar dicho pago sin el consentimiento del acreedor hipotecario, procediéndose al mencionado depósito o consignación (31).

Tampoco puede hablarse, como han hecho algunos autores, de que se produzca la subrogación real en el caso de ampliación de hipoteca cuando el bien gravado disminuye de valor, lo que se ha llamado suplemento de hipoteca. En este caso la antigua hipoteca se extingue y aparece una nueva hipoteca. Artículo 1.890 del Código Civil italiano: «Cuando los bienes sometidos a hipoteca perecen o se deterioran, de manera que vie-

«Considerando que este texto legal (art. 37), al mismo tiempo que subroga la cosa..., la indemnización..., atribuye la indemnización a los acreedores y esta atribución inviste a los beneficiarios de una acción directa y de un derecho propio contra el asegurador.»

S. de la Corte de Nimes de 27 noviembre 1957: acción directa contra el asegurador del acreedor hipotecario sobre la indemnización debida por el arranque de una viña.

(30) LAURIOL: *Ob. cit.*, núm. 694, págs. 398 y ss.

(31) ROCA SASTRE: *Ob. cit.*, págs. 319 y ss.

nen a ser insuficientes para la seguridad del acreedor, éstos tienen derecho a un suplemento de hipoteca, y faltando ésta, al pago de su crédito»; y también artículo 79 ley belga de 16 diciembre 1951 (32).

B) LA SUBROGACIÓN REAL EN LA LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA
Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO (LEY DE 16 DICIEMBRE 1954
Y REGLAMENTO DE 17 JUNIO 1955)

Lo mismo que la Ley Hipotecaria establece la subrogación real mediante la extensión de la hipoteca a las indemnizaciones concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados, la ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento establece también, copiando literalmente el artículo 110 de la Ley Hipotecaria, la extensión y conservación de la garantía mobiliaria sobre las indemnizaciones.

Dice así el artículo 5, común a la hipoteca mobiliaria y a la prenda: «La hipoteca se extenderá a las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados si el siniestro o hecho que los motiva acaeciere después de la constitución de la hipoteca o prenda. Si dichas obligaciones hubieren de pagarse antes del vencimiento de la obligación garantizada, el que haya de satisfacerlas entregará su importe con arreglo a lo convenido; en defecto de convenio, se consignará en la forma establecida en los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil, siempre que en uno y otro caso hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca o de la prenda.»

Lo dicho anteriormente para la extensión de la hipoteca por subrogación real en las indemnizaciones se aplica aquí, sin el obstáculo fundamental visto en la hipoteca, consistente en que ésta no podía recaer sobre bienes muebles, en este caso indemnizaciones. El principio de la subrogación real en la extensión de la garantía mobiliaria y de la prenda a las indemnizaciones está admitida sin dificultad en las legislaciones extranjeras (33).

(32) SANTORO PASSARELLI: *Ob. cit.*, pág. 136, la niega.

ANDRIOLI: *Ob. cit.*, artículo 2.743 del Código Civil italiano, págs. 41 y ss.: «la tesis de la subrogación real no puede ser aceptada no sólo porque la prelación constituye el elemento esencial de la hipoteca y no hay duda de que el suplemento no toma el mismo grado de la originaria hipoteca, sino también porque razonando así se confunde la razón con la estructura de la institución. Esta regla es de aplicación extensiva a la prenda».

(33) MARTY Y RAINAUD: *Ob. cit.*, núm. 105, pág. 62.

PLANIOL: *Ob. cit.*, tomo II, núms. 2.433, 2.436 y 2.464.

SANTORO PASSARELLI: *Ob. cit.*, págs. 140 y ss.

Michel CABRILLAC: *Ob. cit.*, págs. 225 y ss.

Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo II, págs. 343 y ss., núm. 663.

Lo mismo que el artículo 110 de la Ley Hipotecaria, el artículo 5 es susceptible de una interpretación extensiva a otras clases de indemnizaciones previstas en la ley, así a indemnizaciones por razón del seguro (art. 6), por expropiación forzosa y por los daños causados a los bienes hipotecados o pignoratícios. Según el artículo 23 «se entenderán incluidas en el artículo 5 las indemnizaciones que debe satisfacer el arrendador del inmueble al arrendatario con arreglo a la Ley de Arrendamientos Urbanos» (R. 1947, 434 y 434 bis).

También podemos citar, como caso de subrogación real cuando interviene un tercer adquirente de buena fe, el artículo 81: «La venta de los bienes pignorados hecha sin autorización o intervención, sólo producirá efectos si el comprador hubiere procedido de buena fe y hubiere tomado posesión de ellos»; y en todos aquellos casos en los que le sea imposible al acreedor hipotecario o pignoratício ejercer la acción reivindicatoria.

Una Sentencia del Tribunal Supremo español de 21 junio 1935, aplicó la subrogación real del derecho de prenda sobre los nuevos valores que sustituyen a los antiguos sobre los que recaía el derecho real, confirmando la aplicación del principio hecha por el Juez de Primera Instancia de Avilés y por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo (34).

ANDRIOLI: *Ob. cit.*, págs. 41 y ss.

ENNECCERUS-WOLFF: *Ob. cit.*, tomo III, vol. I, págs. 389 y ss., 415, II, 422, b y 439, VII, 2 y pág. 462.

(34) S. TS. de 21 junio 1935. Con fecha 5 de octubre de 1931, don Manuel Alvarez García dedujo ante el Juzgado de 1.ª Instancia de Avilés demanda ejecutiva contra don José Viesca Lopes, fundada en el reconocimiento de deuda de este último a favor del primero por la cantidad de 72.063 pesetas. El 7 de octubre de 1932 se acordó el embargo de bienes y se requirió al gerente de la casa de Banca «Maribona y Compañía» para que tuviera a disposición del Juzgado unos valores de renta francesa que el señor Viesca tenía depositados en dicha Banca.

La entidad bancaria dedujo ante el Juzgado de Avilés demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra don Manuel Alvarez y don José Viesca sobre tercera de mejor derecho, alegando, entre otras razones: 1.º, que como producto o consecuencia de una cuenta corriente de crédito abierta en la Banca «Maribona y Compañía» a don José Viesca, éste debía a la Sociedad la cantidad o saldo en su contra de 106.300 pesetas; y 2.º, que don José constituyó en garantía de su cuenta varios valores de su propiedad en la Banca o Sociedad, lo cual se acreditaba por carta de 1.º de marzo de 1920, en la que se decía textualmente lo siguiente: «Les participo que todos los valores que tengo en esa casa están afectos a la cuenta corriente que tengo en la misma.»

Con esta suma, el 11 de diciembre del mismo año la Banca adquirió por el exponente los valores del empréstito francés, que depositó en su carpeta de «La Banque Française Italienne pour L'Amerique de Sud».

Don Manuel alegó que la carta en cuestión se refería precisamente a los valores depositados por el señor Viesca en la casa «Maribona y Hermanos» antes del 1.º de marzo de 1920 y no a los otros que posteriormente hubiesen legado a tal situación; y que era evidente que dicha garantía no podía extenderse caprichosamente a cosas distintas de las que expresamente se afectaron a ella, y que si la carta presentada por la parte contraria pudiese tener la categoría de título jurídico de preferencia, lo que negaba el demandado, sólo tendría eficacia respecto a todos los valores que

Con relación a la prenda sin desplazamiento de cosas fungibles y en el llamado depósito irregular se ha planteado, sobre todo en la doctrina, el problema de si verdaderamente se produce un caso de subrogación real cuando se sustituyen, p. ej., las antiguas mercancías depositadas en los almacenes generales por otras nuevas.

En Italia, una reciente legislación sobre Almacenes de Productos Agrícolas Industriales establece en el artículo 837-2.º «que los eventuales derechos crediticios de los terceros sobre el trigo, p. ej., entregados al almacén, pueden hacerse valer, sobre todo, sobre el precio». Y en caso de venta de ese trigo y compra de otro nuevo de igual calidad, una Sentencia de 15 junio 1936 estableció el carácter excepcional, en este caso, de la subrogación real, que según esta sentencia no podía ser discutida.

En Francia, un Decreto-Ley de 30 septiembre 1953 autoriza la sustitución de mercancías en caso de depósito de cosas fungibles. El depositante debe declarar en el momento del depósito la naturaleza y el valor

en la fecha de tal documento estuvieran depositados por don José Viesca en poder de la Sociedad actora o de su causante, porque podría darse el caso de que tales depósitos comprendieran valores distintos a los que ahora se escogían cuidadosamente para fundar la demanda de tercería.

El Tribunal de 1.ª Instancia de Oviedo declaró, entre otras cosas, que si el cliente manifiesta que los valores allí depositados los deja afectos a un riesgo que el banquero le concede, que ello es admisible y practicable y que al juicio del perito surte efectos jurídicos. Tal como está redactado, prosigue el Tribunal, fácil es responder que no pueden quedar afectos al riesgo más valores que los que se expresan en el acto de la concesión de la operación y no los adquiridos con posterioridad. Eso es bien claro, a no ser que los valores que se dicen adquiridos posteriormente sean por canje de los que poseía con anterioridad u otros que se adquirieron con el producto de los mismos o en sustitución de ellos. Por todo ello, la Sala de lo Civil de la Audiencia de Oviedo dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el Juez de 1.ª Instancia de Avilés.

En el recurso de casación, interpuesto también por don José Viesca, éste alegó que el artículo 321 del Código de Comercio dispone que los derechos de preferencia sólo se extenderán sobre los mismos títulos en que se constituyó la garantía, para lo cual, si ésta consistía en títulos al portador, se expresaría su numeración en la póliza del contrato. De forma, dice, que este precepto contiene dos afirmaciones fundamentales y de interés extraordinario para el caso de que se trata, o sea, el de que en toda garantía de valores habrá de individualizar éstos para que se sepa cuáles son los que están afectos; y además, como consecuencia de esa individualización, determina el mismo precepto que los derechos de preferencia sólo se tendrán sobre los mismos títulos en que se constituyó la garantía; y siendo esto así, es incuestionable que aun cuando existiese el contrato de cuenta corriente con garantía, el acreditante sólo tendrá preferencia sobre los valores existentes el 1.º de marzo de 1920, pero nunca sobre los adquiridos el 11 de diciembre del mismo año, que son sobre los que se intenta la tercería de mejor dominio.

El Tribunal Supremo, en su considerando tercero, casó: «Que la sustitución de unos valores por otros supone un fenómeno de subrogación real, que al ser declarado por la Sala no hay posibilidad de combatirlo mediante otro procedimiento procesal que no sea el establecido en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, impugnación que sólo prospera cuando se demuestra el error de hecho o de derecho, si el primero resulta de contraste con actos o documentos auténticos.»

de las mercancías depositadas (art. 5); una vez hecho el depósito, el almacén general es responsable de las mercancías hasta el límite del valor indicado, salvo caso de fuerza mayor (art. 6), siendo obligatorio el seguro contra incendios de las mercancías (art. 12) (35).

Este problema, o parecido, se ha planteado también en Alemania sobre la admisión o no de un derecho de prenda sobre una universalidad de cosas o de derecho (patrimonio). Niega esta posibilidad WOLFF (36), mientras que DERNBURG y GIERKE (37) sostienen que es posible también en una universalidad de cosas. Un comerciante podría empeñar, dicen, su depósito de mercancías de modo que las enajenadas en el curso regular del negocio se sustrajeran a la afección pignoratícia, viniendo a sujetarse a ésta las que entrasen en el almacén en concepto de nuevas provisiones.

La jurisprudencia ha venido admitiendo que la sustitución de las mercancías no modifica los derechos y privilegios que corresponden al portador del resguardo y que, por tanto, se opera una subrogación real basándose en la fungibilidad de las mercancías depositadas, asegurándose mediante la subrogación real la permanencia de la prenda.

La aplicación del principio de subrogación real en estos casos ha sido dura y justamente criticada por la doctrina, basándose, sobre todo, en que el principio de la subrogación real es contrario por completo a la fungibilidad absoluta de los bienes. La subrogación real supone individualización de los bienes, única forma de considerar a los bienes por su procedencia y origen, condición básica y fundamental para que ésta tenga lugar. En estos casos señalados sólo se tiene en cuenta el género a que pertenecen las mercancías y su valor, sin olvidar que el depositario adquiere la propiedad de ellas y el derecho de disponer de las mismas a medida que se vayan deteriorando.

Entre los autores que se han opuesto terminantemente a admitir la subrogación real, a pesar de la imprecisión en aplicarla de la jurisprudencia, destacan MARC LAURIOL, DEMOGUE y VALLET DE GOYTISOLO (38). Para el primero, en el caso del depósito irregular, la restitución se hace por equivalencia, por lo que no tiene lugar el principio de subrogación

(35) VEUX-FOURNERIE: *Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commerciale*, Le gage commercial, págs. 134 y ss.

(36) ENNECCERUS-WOLFF: *Ob. cit.*, tomo III, vol. I, pág. IV, núm. 2.

(37) Véanse ENNECCERUS-WOLFF en pág. 401.

(38) MARC LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo I, págs. 382 y ss.

VALLET DE GOYTISOLO: *Estudios sobre garantías reales*, Edit. Montecorvo, S. A., Madrid, 1973, págs. 360 y ss.

DEMOGUE: *Ob. cit.*, artículo 2.092, págs. 364 y ss. Este fenómeno inexplicable por la sola idea de subrogación real, no lo es más que por la voluntad de las partes (tácita) que han convenido sustraer al derecho de prenda todas las mercancías vendidas y, por otro lado, afectar a la seguridad todas las nuevas compradas por el comerciante.

real. Las reglas especiales de esta variedad, dice, de depósito resultan de la ausencia de individualización de un valor representado en dinero y son, por consiguiente, incompatibles con el funcionamiento de la subrogación real. Tan sólo, y gracias a una individualización suficiente, se puede establecer un vínculo de procedencia.

El mismo problema ha planteado el artículo 22 de nuestra ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, en el que se regula la extensión de la hipoteca mobiliaria a las mercancías de un fondo de comercio. Dice así el artículo 22: «La hipoteca se extenderá, mediante pacto, a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento cuando concurren los dos primeros requisitos exigidos en el párrafo último del artículo anterior.

Quedarán a salvo los derechos del comprador, de conformidad con el artículo 85 del Código de Comercio; pero el deudor viene obligado a tener en el establecimiento mercaderías o materias primas en cantidad o valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca, reponiéndolas debidamente con arreglo a los usos de comercio.»

Se ha preguntado la doctrina española si el verdadero objeto de la hipoteca son las mercancías determinadas o la universalidad formada por éstas (39). ANGEL SANZ (40), al interpretar el artículo 1.865 (hoy derogado) que fue agregado al Código Civil por Ley de 5 diciembre 1941, dice que éste establecía dos reglas: 1.^a El deudor queda obligado a comprar nuevos bienes que sustituyan a los enajenados, y 2.^a Adquiridas las cosas por el deudor, la subrogación real se operaba de pleno derecho, por efecto directo de la prenda, sin necesidad de nuevo consentimiento del deudor. El citado artículo 1.865 del Código Civil decía: «las cosas pignoras que se enajenen serán sustituidas por otras de igual calidad y cantidad y valor equivalente».

WOLFF (41) hace resaltar que es indudable que el pignorante y el acreedor pueden haber convenido la constitución del derecho de prenda sobre las nuevas cosas que vengan al almacén.

Pero como dice VALLET DE GOYTISOLO (42), con el que estamos completamente de acuerdo, la aparente subrogación no es tal, sino fruto de la determinación *sub specie universitatem* que, a su vez, puede derivar intrínsecamente de la productividad orgánica de los elementos que ya

(39) CHICO y BONILLA: *Ob. cit.*, tomo II, págs. 666 y ss.

(40) Angel SANZ, v. VALLET DE GOYTISOLO: *Ob. cit.*, págs. 538 y ss. y 783 a 838.

(41) ENNECCERUS-WOLF: *Ob. cit.*

(42) VALLET DE GOYTISOLO: «Pignus Tabernae», *A. D. C.*, VI-IV (octubre-diciembre), 1953, págs. 483 y ss. y 538, 783 a 838 y ss. «Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento», *Rv. Dr. Not.* (abril-junio), 1955, págs. 31 y ss., y *An. Ac. Mt. Not.*, tomo XI, págs. 43 y ss.

Estudios sobre garantías reales, *ob. cit.*, págs. 360 y ss.

componían el conjunto o bien, extrínsecamente, de la agregación de nuevos elementos equivalentes o no a los antiguos que fueron separados de aquél. Según el criterio estricto de subrogación real, dice VALLET, sólo quedarían subrogadas en lugar de las vendidas las mercancías compradas, precisamente con el precio de aquéllas. Con el concepto más comprensivo se alcanzaría la subrogación mediata de una cosa por otra, con tal de emplear para la adquisición de ésta un valor equivalente al precio de aquélla, aunque no fuese probada la identidad física del dinero que se percibió como precio de la venta de las antiguas y el que se entregó, como precio de la compra de las nuevas, demostración casi imposible, dada la fungibilidad del dinero.

A nuestro juicio, dice VALLET DE GOYTISOLO (43), el artículo 1.865 del Código Civil y 22 de la Ley de prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria, impone solamente una obligación de mantener el volumen y el valor, en la misma calidad de los objetos componentes del conjunto pignorado, sustituyendo, en efecto, los bienes enajenados de modo que el compuesto mantenga su calidad, así como la cantidad y el valor fijado como mínimos. El texto no excusa el cumplimiento de esa obligación por razón de que el deudor no llegue a cobrar el precio de los objetos enajenados, ni requiere que los adquiridos para reponer el conjunto se compren con el precio de los vendidos. Hay una obligación de reponer, pero técnicamente la afectación del gravamen no se produce por el fenómeno jurídico de la subrogación real, sino a través de la determinación *sub specie universitatis* del objeto de la prenda. Entendemos, termina VALLET DE GOYTISOLO, que el artículo 1.865 sólo puede aludir a la subrogación real en un sentido puramente gramatical—sustituir o poner una cosa en lugar de otra—pero no en su significado técnico-jurídico. Ni *strictu sensu*, ya que, salvo supuestos excepcionales, es imposible por la fungibilidad del dinero; ni *lato sensu*, porque la obligación de sustituir es independiente del efectivo cobro del precio de las mercancías enajenadas. Verificada la sustitución, la afectación del gravamen alcanza a las nuevas mercancías con independencia de que el valor de las antiguas se hubiere perdido entre las partidas fallidas.

No regula nuestro Código Civil el llamado depósito irregular en grandes almacenes generales, pero lo dicho sobre el artículo 22 de la Ley considerada y el antiguo artículo 1.865 del Código Civil responde perfectamente a nuestra postura en los mencionados casos. Lo dicho hasta ahora también se hace extensivo al artículo 482 del Código Civil en el caso del cuasi-usufructo.

(43) VALLET DE GOYTISOLO: Ob. cit., *Pignus Tabernae*, págs. 486 y ss., y *Estudios sobre garantías reales*, ob. cit., págs. 360 y ss.

Sin embargo, MICHEL CABRILLAC (44) considera que se ha criticado muy rápidamente la postura de la jurisprudencia a este respecto (45), confundiendo un poco, dice él, las nociones de fungibilidad objetiva y fungibilidad subjetiva. En la prenda con desposesión las cosas naturalmente fungibles no pueden permanecer fungibles con relación a las partes. La transmisión de la posesión, en efecto, desempeña el mismo papel que la entrega en la venta, ha individualizado de una manera indudable el objeto de la prenda (46). Por consiguiente, si bajo la presión de necesidades económicas se ha admitido que la prenda inicial permanece a pesar de la sustitución, es obligado considerar que se ha producido una subrogación real: 1.º, entre las mercancías originarias individualizadas por la transferencia de la posesión y 2.º, en las mercancías puestas en su lugar, igualmente individualizadas por un desplazamiento en posesión. Pero esta subrogación no es posible más que cuando estas mercancías son exactamente parecidas, tienen el mismo valor, el mismo poder liberatorio; en una palabra, cuando estén dotadas de fungibilidad objetiva, y es por eso por lo que el Tribunal de Casación ha podido hablar con justo título de una subrogación real que encuentra su fundamento en la fungibilidad de las mercancías *engagéss* (R. 10 marzo 1915).

C) LA SUBROGACIÓN REAL EN EL DERECHO DE USUFRUCTO
SOBRE COSA SINIESTRADA O EXPROPIADA (ARTS. 518 Y 519,
Y ART. 486 DEL CÓDIGO CIVIL)

La misma innovación que se llevó a cabo en la extensión de la hipoteca, por subrogación real, a las indemnizaciones de seguros y expropiación forzosa, fue admitida para el derecho de usufructo en los artículos 519 y 520 del Proyecto del Código Civil de 1882, que pasó a los actuales artículos 518 y 519 del Código Civil, sin antecedentes legales. La extensión del derecho de usufructo a las indemnizaciones, como el derecho

(44) Michel CABRILLAC: *La protection du créancier dans les sûretés mobilière, conventionnelles sans dépossession*, Recueil Sirey, París, 1954, núms. 256 y ss.

(45) Trib. Lectoure, 21 diciembre 1936 (S. 1938.11,27); Requ., 10 marzo 1915; que admite con justo título la facultad del deudor de renovar una cantidad de vino designado solamente *in genere*, pero que para sostener esta decisión el Tribunal hizo llamamiento a la subrogación real.

A. HENRY: *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*. Thèse pour le doctorat, París, 1913, págs. 182 y ss. De acuerdo con toda su teoría de la subrogación real, dice que cuando las mercancías toman el lugar de otras antiguas vendidas, se puede hablar de subrogación real; los nuevos bienes están gravados de la misma afección en provecho del acreedor del fondo de comercio.

Edgard PAULMIER: *De la subrogation réelle en droit romain et droit français*. Thèse, Orléans, 1882, págs. 258 y ss.

(46) VEAUX-FOURNERIE: *Ob. cit.*, núm. 12.

de hipoteca, se llevó a cabo en el mismo sentido y en los mismos años en toda Europa (47).

Lo mismo que en las causas de extinción de la hipoteca, el artículo 513, refiriéndose a los modos de extinguirse el usufructo, especifica en el apartado 5.º, que el usufructo se extingue: «por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo», y, sin embargo, los artículos 518 y 519 son excepciones a la extinción del usufructo por pérdida, si la cosa estaba asegurada o fue expropiada.

Nuestro Código Civil establece tres posibilidades de extensión del derecho de usufructo: 1.º, el caso de que el seguro fuese hecho a la vez por el propietario y usufructuario; 2.º, que hubiera sido establecido sólo por el usufructuario, y 3.º, por el propietario. En el primer caso, el más natural, establece el artículo 518 que «si el usufructuario concurrese con el propietario al seguro de un predio dado en usufructo, continuará aquél, en caso de siniestro, en el goce del nuevo edificio si se construyere o percibirá los intereses del precio del seguro si la reedificación no conviniera al propietario». En este caso, dice SCAEVOLA (48), es natural que tanto para el dueño como para el usufructuario, renazca el estado jurídico anterior. El segundo caso que regula el Código Civil, y que ha sido objeto de críticas por casi toda la doctrina, establece que «si el propietario se hubiera negado a contribuir al seguro del predio, constituyéndolo por sí solo el usufructuario, adquirirá éste el derecho de recibir por entero, en caso de siniestro, el precio del seguro, pero con obligación de invertirlo en la reedificación de la finca».

Como vemos, aquí se produce una desigualdad no muy de acuerdo con el espíritu de justicia que los jurisconsultos del Código han tratado de imponer; que el legislador resolviera así se debió, por otro lado, a

(47) G. VENEZIAN: *Usufructo, uso y habitación*. Trad. esp. y notas de CASTÁN TOBEÑAS, Madrid, 1928, tomos I y II, págs. 270, 275 y 301, y tomo II, páginas 151 y ss.

Domenico BARBERO: *L'usufrutto e i diritti affini*, Milán, 1952, Edit. A. Giuffré, páginas 482 y ss. y 497-498.

Virgilio ANDRIOLI: *Surrogazione dell'indennità alla cosa*. Comentario al Código Civil: artículos 1.017, 1.018 y 1.020, Zanichelli-Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1945.

SCIALOJA y BRANCA: *Comentario al Código Civil*, Libro III: Della Proprietà, artículos 957-1.099, Bolonia, 1947, Edit. Zanichelli, págs. 271 y ss.

Alex WEILL, Précis Dalloz, Droit civil, Les biens, París, 1970, núm. 305, páginas 246 y ss.; núm. 598, pág. 493, y núm. 318, pág. 261.

Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo II, págs. 343 y ss.

ENNECCERUS-WOLF: *Tratado de Derecho Civil*, tomo III: Derecho de cosas, volumen II: Gravámenes, Barcelona, 1937. Trad. esp. de Pérez González y Alguer.

CASTÁN TOBEÑAS: *Ob. cit.*, *Los derechos reales de goce*, págs. 55 y ss.

ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, tomo II: Sucesiones, págs. 71 y ss., Usufructo de disposición.

SCAEVOLA: *Ob. cit.*, tomo IX, arts. 518 y 519, págs. 322 y ss.

(48) SCAEVOLA: *Ob. cit.*, pág. 322.

una serie de consideraciones y recelos que no son del caso detallar. El artículo 2.246 del Código Civil portugués, en el que se inspiró nuestro legislador, concede la indemnización por entero al usufructuario sin obligación de emplearla en la reedificación. En el tercer caso «si el usufructuario se hubiese negado a contribuir al seguro, constituyéndolo por sí solo el propietario, percibirá éste íntegro el precio del seguro en caso de siniestro, salvo siempre el derecho concedido al usufructuario en el artículo anterior». Es decir, tendrá el usufructuario derecho a disfrutar del suelo y los materiales.

Sólo en los dos casos primeros se dará la subrogación real, bien sobre la indemnización misma, bien mediante una subrogación real sucesiva (indemnización-edificio), o lo que los franceses llaman subrogación en segundo grado. El artículo 2.248 del Código Civil portugués prevé, en caso de falta de acuerdo entre las partes, que se aplicará la indemnización a comprar títulos de la Deuda Pública consolidada, o se dará a interés con hipoteca.

El Código Civil alemán considera la subrogación real como un modo de nacimiento del usufructo, además de por negocio jurídico y por usucapión (49). Es curioso que el usufructo nazca por medio de la subrogación real, cuando ésta, según nosotros, es precisamente un medio para conservar el derecho ya existente sobre el nuevo objeto que ha venido a sustituir al antiguo. El parágrafo 1.045 B. G. B. dice que el usufructuario debe mantener el valor de la cosa asegurándola a su costa cuando así convenga a una administración ordenada; el usufructuario debe, pues, concluir el seguro en nombre propio pero en forma que la indemnización corresponda al propietario. El usufructuario adquiere además el usufructo sobre el crédito contra el asegurador (párgf. 1.046, ap. I), por lo que el usufructuario lo que realiza es un contrato por cuenta ajena. El importe de la indemnización se paga conjuntamente al propietario y usufructuario (párgfs. 1.046, 1.076, s) y en tanto que sea conveniente, dentro de una administración regular, ha de emplearse en la reconstrucción de la cosa o reemplazarla, cuando lo exijan el propietario o usufructuario; si ninguno de ellos lo exige, el legislador alemán establece el depósito del dinero en la forma establecida para la inversión del dinero de los sujetos a tutela. El parágrafo 1.061 B. G. B., lo mismo que nuestro artículo 513, prevé como modo de extinción del usufructo: «5.º por destrucción de la cosa y 6.º por expropiación y subasta pública».

Regula también el Código Civil alemán la subrogación real en el usufructo sobre créditos. En este caso, el parágrafo 1.075 B. G. B., dice que si el deudor paga al usufructuario se produce una subrogación real;

(49) ENNECCERUS-WOLFF: *Ob. cit.*, págs. 72 y ss.

el acreedor adquiere el objeto prestado y el usufructuario el usufructo del mismo, *res succedit in locum nominis*. La subrogación real se da tanto si el deudor paga, dinero o cosa, al acreedor o al usufructuario. Lo dicho vale también para toda clase de créditos, incluso para los garantizados con prenda o hipoteca (50).

Lo dicho anteriormente no se ha planteado en nuestro Código Civil, si bien se puede extraer de nuestro artículo 486 que dice: «El usufructuario de una acción para reclamar un precio o derecho real, o un bien mueble, tiene derecho a ejercitarla y obligar al propietario de la acción a que le ceda para este fin su representación y le facilite los elementos de prueba de que disponga. Si por consecuencia del ejercicio de la acción adquiere la cosa reclamada, el usufructuario se limitará a sólo los frutos, quedando el dominio para el propietario.»

También prevé el parágrafo 1.066 B. G. B. la subrogación real del usufructo de cuota de una copropiedad. Si la comunidad se divide, el usufructuario interviene en la partición y puede exigir que se le atribuya el usufructo sobre los objetos con que se paga la cuota (51). Aunque sin referirse concretamente a la subrogación real, nuestro artículo 490 dice: «Si cesare la comunidad por dividirse la cosa poseída en común, corresponderá al usufructuario el usufructo de la parte que se le adjudicare al propietario o condueño» (52).

El parágrafo 1.075, ap. 2, B. G. B., que regula el usufructo impropio o cuasiusufructo, menciona el principio de subrogación real como modo de nacimiento, lo mismo que en el caso del usufructo antes dicho. Como ya apuntamos anteriormente, al referirnos al derecho de hipoteca mobiliaria sobre un establecimiento mercantil (art. 22 de la Ley de 16 diciembre 1954) y en el caso del depósito irregular en leyes especiales que regulan el depósito en grandes almacenes generales, la subrogación real, según nosotros, no puede darse en el cuasiusufructo. El usufructuario, en este caso (art. 482 del Código Civil español), adquiere la propiedad de la cosa, estando obligado a devolver el importe de su avalúo si la cosa usufrutuada se hubiera dado estimada, o si no tendrá derecho a restituirlas, en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo. Como podemos observar, lo que la ley pretende en todo momento, y puesto que se le concede al usufructuario la facultad de disponer de las cosas usufrutuadas, es que se restituya en su día en razón de la equivalencia, es decir, aplicando otro sistema contrario al principio de subrogación real que, en todo momento, considera la indi-

(50) ENNECCERUS-WOLFF: *Ob. cit.*, págs. 111 y 116, núm. 2.

(51) ENNECCERUS-WOLFF: *Ob. cit.*, pág. 100, núm. 7.

(52) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Ob. cit.*, WOLFF, págs. 89, 99 y 103, núm. II, página 101, nota 12.

vidualidad de los bienes y su procedencia y origen. Por otro lado, el que la jurisprudencia haga llamamiento en estos casos a la subrogación real, no puede sorprendernos, puesto que durante muchos años, este principio ha estado fundado en la fungibilidad de las cosas. Pero es tiempo ya de que limitemos el campo y la verdadera razón de ser de la subrogación real; si la admitiésemos en estos casos, se correría el peligro de desvirtuarla y de ver en muchas ocasiones, y sin que se den las condiciones para ella, un caso de subrogación real. Además, no podemos olvidar que este principio es supletorio y que el legislador no hace su llamamiento cuando tiene otro procedimiento para conseguir el fin que se propone. El legislador, en este caso, no hace en ningún momento mención del origen o procedencia de los bienes, porque en realidad no le interesa considerarlos así, sino simplemente por su valor y exclusivamente por él. Iguales resultados no suponen necesariamente iguales principios.

Por último, podemos citar como campo propicio para la subrogación real, el recientemente llamado usufructo de disposición (53), hoy día admitido por reiterada jurisprudencia y por la doctrina interpretando el artículo 461. En este usufructo, que casi siempre se produce en la esfera *mortis causa*, se le concede al usufructuario la facultad de disponer de los bienes usufructuados por causa de necesidad, con la obligación de invertir o subrogar el equivalente obtenido en otros bienes o de destinar el producto a determinado objeto (una fundación, etc.). Aquí el causante considera los bienes en su individualidad material y al disponer que por determinadas causas pueden venderse, prevé la subrogación del equivalente obtenido mediante el empleo del precio de venta; su deseo es que otros bienes procedentes de los antiguos usufructuados ocupen su lugar y estén sometidos al mismo derecho; equivalencia y procedencia son consideradas fundamentalmente por el causante (ROCA SASTRE).

Por lo que respecta al Código Civil italiano, la subrogación real está prevista, no sólo en caso de indemnización de seguros y expropiación forzosa, sino también cuando perece la cosa usufructuada por culpa o dolo de un tercero. Dice así el artículo 1.017 del Código Civil italiano: «Si el perecimiento de la cosa no es consecuencia de caso fortuito, el usufructo se transfiere sobre la indemnidad debida por el responsable del daño.» En el caso de seguro, el artículo 1.019 solamente prevé el caso de perecimiento de la cosa asegurada por el usufructuario: «si el usufructuario ha proveído al seguro de la cosa o al pago de las primas

(53) ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, tomo II: Sucesiones, pág. 71.
PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Ob. cit.*, WOLFF, págs. 79 y ss.
CHICO y BONILLA: *Ob. cit.*, págs. 548 y ss., tomo II.

por la cosa ya asegurada, el usufructo se traslada (transfiere) sobre la indemnización debida por el asegurador».

«Si ha perecido un edificio y el propietario pretende reconstruirlo con la suma obtenida como indemnización, el usufructuario no puede oponerse. El usufructo, en este caso, se transfiere sobre el edificio reconstruido. Sin embargo, si la suma empleada en la reconstrucción es mayor de la que corresponde en usufructo, el derecho del usufructuario sobre el nuevo edificio está limitado en proporción a este último.»

Según SANTORO PASSARELLI (54), la subrogación real se produce por una ficción en los derechos reales de gozo; el derecho que grava a la cosa adquirida tiene un contenido distinto del que grava a la cosa subrogada, pero en el caso en que esto ocurra por exigencias jurídicas, puesto que la nueva cosa subroga a la antigua, se considera que el mismo derecho que correspondía al titular, cualquiera que sea, permanece inmutable. La subrogación real en los derechos reales de gozo necesita siempre que una ley la establezca. Refiriéndonos en concreto al usufructo, dice SANTORO PASSARELLI que el derecho, al transferirse sobre el precio, se vuelve un *quasiusufructo* (art. 483), es decir, una cosa profundamente distinta, pero de todos modos, puesto que de *transferimiento* se puede hablar, ocurre que cambiándose el objeto del derecho, éste se conserva al menos en apariencia.

Lo mismo que con la hipoteca, la extensión del usufructo sobre las indemnidades sufrió la misma evolución que hemos visto en aquélla. El mismo SANTORO PASSARELLI reconoce que la extensión del usufructo es todavía muy dudosa para la doctrina, además de que el legislador no la había todavía previsto; solamente se basaba, para aplicarla, en la Ley de Expropiación de 25 junio 1865, artículo 52, que sólo admitía el traslado del derecho de propiedad y usufructo, pero no los privilegios e hipotecas. Posibilidad de subrogación real, decía SANTORO, no existe fuera de la propiedad y el usufructo y aun éste es dudoso.

Pero razones poderosas, sobre todo de tipo práctico, concurrieron para determinar la preferencia de esta solución, porque el traslado del derecho real de usufructo sobre la indemnización constituye el medio más simple y económico para establecer la proporción en que la indemnización debe ser repartida entre el propietario y el usufructuario. El antiguo Código de 1865 no decía nada al respecto. Pero el Código italiano de 1942 proclama, ya sin ambages y claramente, el principio de subrogación real en los artículos antes citados, siendo éstos, según BARBERO (55), no sólo

(54) SANTORO PASSARELLI: *Ob. cit.*, págs. 140 y ss. y 145.

(55) Domenico BARBERO: *Le Universalità Patrimoniali. Universalità di fatto e di Diritto*, Milán, 1936, núm. 126 y págs. 488-494.

SCIALOJA y BRANCA: *Ob. cit.*, págs. 271 y ss.

de carácter innovatorio, sino casi subversivo, pues no sólo modifica (in-nova) la disciplina del antiguo Código, sino que ayuda también en el nuevo al natural ámbito de aplicación del artículo 2.043, constituyendo la regla general. Cuando la ley dice que el usufructo se traslada sobre la indemnización, se está refiriendo a una subrogación real, siendo por esta norma dispositiva por la que los interesados no se pueden sustraer a ella, sino de común acuerdo. Además, dice BARBERO, cuando la ley habla de que el usufructo se traslada sobre la indemnización, no está reconociendo una simple facultad al usufructuario, sino que considera la razón política del artículo 1.017, cuyo contenido técnico es la conservación objetiva del derecho de usufructo.

Refiriéndose BARBERO (56) al caso de reconstrucción del nuevo edificio por el propietario con el dinero de la indemnización del seguro, el usufructo sufre una variación posterior de indemnización al edificio. La ley habla de que el usufructo subsiste sobre el nuevo edificio, pero debemos concluir que no se trata de *reviviscenza* sobre el nuevo edificio del antiguo derecho, sino de subrogación real del usufructo, limitado al valor de la suma que a él le corresponda. Excepto pacto contrario, esto se realiza en un primer tiempo con un régimen de comunidad entre propietario y usufructuario.

Para SCIALOJA la razón de la ley (art. 1.019 del Código Civil) nueva respecto al Código de 1865 es, superando las dudas que sobre este tema habían surgido, establecer una subrogación real. La ley pretende con ella, dice, resolver el conflicto de intereses entre el propietario y usufructuario, respetando la recíproca posición originaria.

En cuanto al Derecho francés, el Código Civil carece de un artículo que, específicamente, extienda el derecho de usufructo a las indemnizaciones, lo cual no le impide aplicar el principio de subrogación real, basándose en el Decreto-Ley de 8 agosto y 30 octubre 1935 y por la Ordenanza de 23 octubre 1958, artículo 18-2, que establecen que la seguridad real, el usufructo, como todos los derechos reales, recaen sobre una cosa individualmente determinada, pero que en caso de desaparición de cualquier clase, sólo una decisión especial puede trasladarlo a otro bien. La subrogación real en los derechos reales sobre la indemnización, como ya hemos visto al tratar de la hipoteca, está recogida en numerosas leyes especiales (57).

También está prevista en nuestro Código, lo mismo que en el italiano (en su art. 1.020) y en el alemán, la subrogación real del derecho de usufructo sobre el precio por expropiación del bien usufructuado. Dice

(56) Domenico BARBERO: *Ob. cit.*, art. 1.019, págs. 488 y ss.

(57) Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo II, págs. 343 y ss., núm. 663.

Alex WEILL: *Ob. cit.*, núm. 598, págs. 493 y ss.

nuestro artículo 519 del Código Civil: «si la cosa usufructuada fuere expropiada por causa de utilidad pública, el propietario estará obligado, o bien a subrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones, o bien a abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que dura el usufructo. Si el propietario optare por lo último, deberá afianzar el pago de los réditos» (58).

Como es lógico, lo dicho y establecido en los artículos 518 y 519 del Código Civil para los bienes inmuebles, es aplicable también a los muebles gravados de usufructo. La subrogación real, aunque como en la hipoteca tardó en ser admitida en el derecho de usufructo, no presenta los graves inconvenientes que hemos visto que se oponían en un principio a su aplicación en aquélla. Hoy día su admisión es unánime y su aplicación en los Códigos no ofrece dudas.

- a) *¿Puede darse la subrogación real en los mismos casos antes dichos, pero respecto a servidumbres y en los derechos de uso y habitación?*

No hay duda que la subrogación real no puede producirse en las servidumbres, puesto que éstas están establecidas teniendo en cuenta la materialidad, la esencia de los bienes; destruidos éstos, las servidumbres no pueden extenderse a las indemnizaciones porque no tienen razón de ser, la servidumbre queda extinguida. La unanimidad de la doctrina a este respecto es total. Solamente admite esta extensión el artículo 1.742 del Código Civil italiano, en el caso de indemnización por servidumbre coactiva o comunidad forzosa en el derecho real de hipoteca.

Las servidumbres, dice LAURIOL (59), existen sobre fundos determinados, en provecho de otros fundos igualmente determinados. Resultan de las situaciones respectivas de estos dos fundos. Su traslado sobre un fundo distinto del fundo sirviente carece de utilidad, de significación para su titular, pues no tiene interés para él más que en la medida en que es propietario del fundo dominante y, a este respecto, la individualización del fundo sirviente es de una importancia capital. La concepción subjetiva de la individualidad del derecho conservado por la subrogación real es, pues, incompatible con la noción misma de servidumbre. Por tanto, es necesario concluir, que la subrogación real es siempre imposible en este campo, incluso con una decisión especial. La ley de 9 marzo 1941 que

(58) SCIALOJA: *Ob. cit.*, art. 1.020, «requisición o expropiación».

D. BARBERO: *Ob. cit.*, art. 1.020 del Código Civil italiano. Ley de 25 de junio de 1865, núm. 2.359, art. 52: «pronunciada la expropiación, todos los derechos dichos se pueden hacer valer no sobre el fundo expropiado, sino sobre la indemnización que lo representa».

(59) Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo II, núm. 665, pág. 345.

regula la concentración parcelaria (arts. 28 y 29), excluye, dice LAURIOL, expresamente las servidumbres y aunque la ley de 27 noviembre 1918, artículo 6, y Decreto-Ley de 1935, prevén el traslado de todos los derechos sin distinción, sin embargo, a pesar de la generalidad, se habían excluido de su campo las servidumbres, por la naturaleza de las cosas.

Tratándose del derecho de uso y habitación, ¿es posible la subrogación real o, por el contrario, su misma naturaleza la excluye? En otras palabras, ¿están estos derechos concretados sobre la individualidad material de sus objetos, de manera que un cambio en ellos hace imposible y carente de interés práctico la conservación de esos derechos sobre la indemnización?

Es muy escasa la reglamentación en nuestro Código Civil (arts. 523 a 529) del derecho de uso y habitación. El artículo 524 dice «que el uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente».

«La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia.»

El problema de si se aplica la subrogación real surge del artículo 528 del Código Civil: «Las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación, en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo.» Por otra parte, el artículo 529 establece que el uso y la habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo... y que, como hemos visto, el número 5 del artículo 513 dice «por pérdida total de la cosa objeto del usufructo». Luego si las reglas del usufructo le son aplicables, siempre que no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo, ¿le son aplicables los artículos 518 y 519 respecto a la extensión y conservación del derecho de usufructo? A decir verdad, este problema de si se admite o no la subrogación real en el derecho de habitación no se ha planteado en la doctrina española, pero, no obstante, rechazamos que el derecho de uso y habitación se pueda extender sobre las indemnizaciones debidas por expropiación o seguro; estos derechos, por el contrario, se extinguen con la pérdida total de la cosa y las indemnizaciones corresponden por entero al propietario, sin que ni el usuario ni el habitacionista tengan derecho a pedir parte de la indemnización. Aun en el caso de que el propietario vuelva a edificar con el dinero procedente de la indemnización o sustituya el objeto de estos derechos por otros, utilizando la suma recibida como indemnización, se constituiría un derecho nuevo si así lo establecieran las partes, análogo al antiguo y con iguales condiciones. Carece, además, de importancia, tanto teórica como práctica, la conservación de estos derechos. Distinta cosa sería si la destrucción se debiera a un hecho culposo

o doloso del propietario, en cuyo caso estos derechos se resolverían en una pretensión de resarcimiento de daños.

BARBERO y SANTORO PASSARELLI (60) la niegan en absoluto. Estos derechos, dice el primero, no suponen ningún disfrute de la sustitución de la cosa dada originariamente y no se transfieren sobre la indemnización debida por el responsable (art. 1.017) del seguro (art. 1.019) de expropiación (art. 1.020), porque éstos son de tal naturaleza que no cabe de ninguna manera la constitución de tales derechos.

La habitación y el uso no toleran la subrogación real de su objeto originario, lo cual no quiere decir que no tengan derecho a indemnización en caso de pérdida, siendo regulado el resarcimiento por el Derecho Común.

Tratándose de los derechos de uso y habitación, dice SANTORO, no existen ni la razón teórica ni la práctica que veíamos en el usufructo. Por el contrario, existen más razones teóricas que prácticas que excluyen la subrogación real. Además, en vista de la particular naturaleza del uso y de la habitación, por la definición manifiestamente se excluye esta opinión. Basta leer atentamente estos artículos (521, 525, 524) para convencerse. El uso y la habitación crean un vínculo indisoluble para la permanencia del derecho entre el titular y la cosa; nada más que sobre ésta puede ser ejercitado el derecho, no lo puede ser por otro que no sea el titular y no se puede ejercitar el derecho sobre cosas distintas de la originaria. En conclusión, dice SANTORO, el usuario y el habitacionista tienen derecho a una porción de la indemnización, calculando como base la valoración de sus derechos, pero no puede la indemnización subrogar el bien expropiado en el objeto del derecho mismo. En su apoyo cita SANTORO la misma legislación y algunas leyes especiales francesas que la excluyen expresamente.

No podemos olvidar en ningún momento que la subrogación real supone la conservación de los derechos en su misma naturaleza y contenido. Si esto no puede ser, la subrogación está automáticamente excluida, que es lo que ocurre en el caso que tratamos y en las servidumbres.

D) LA SUBROGACIÓN REAL EN EL DERECHO REAL DE CENSO (ARTS. 1.626 Y 1.627 DEL CÓDIGO CIVIL)

Lo mismo que nuestro Código de 1889 previó por primera vez la extensión del usufructo a las indemnizaciones por seguro o expropiación, y luego la Ley Hipotecaria respecto a la hipoteca, también en los artícu-

(60) Domenico BARBERO: *Ob. cit.*, núm. 127, pág. 497.

SANTORO PASSARELLI: *Ob. cit.*, pág. 149.

los 1.626 y 1.627 del Código Civil prevén y regulan el caso en que la finca gravada con censo estuviera asegurada o fuera objeto de una expropiación forzosa. Estos artículos, como los anteriores estudiados, no tienen ningún antecedente legal en nuestros textos españoles. Los dos artículos a que vamos a referirnos son de carácter general para las tres clases de censos reconocidos en España: enfiteútico, reservativo y consignativo.

El artículo 1.626 del Código Civil dice impropriamente que el censo *revivirá*, cuando lo que verdaderamente ocurre, y por subrogación real, es que el derecho real de censo permanece el mismo, pero sobre otro objeto distinto del anterior que ha sido sustituido por una indemnización; se traslada sobre la nueva finca reconstruida con el dinero procedente de las indemnizaciones antes dichas. La palabra revivir supone una extinción anterior y una nueva creación, justamente lo contrario de lo que es la subrogación real. Pero veamos los artículos citados.

En primer lugar prevé el artículo 1.625 del Código Civil, que «si por fuerza mayor o caso fortuito se pierde o inutiliza totalmente la finca grava con censo, quedará éste extinguido, cesando el pago de la pensión.

Si en la destrucción (el mismo art., pár. 3.º) interviene culpa del censatario quedará sujeto, en ambos casos (destrucción total o parcial), al resarcimiento de daños y perjuicios».

En el caso de que se haya destruido la finca, pero en su lugar se recibiera una indemnización que represente al bien desaparecido, ¿qué pasará? ¿Se extingue el derecho de censo y nace otro nuevo o por subrogación real éste se traslada sobre la nueva finca reconstruida con la indemnización? Veamos lo que dice la ley.

Art. 1.626: «En el caso del párrafo primero del artículo anterior, si estuviere asegurada la finca, el valor del seguro quedará afecto al pago del capital del censo y de las pensiones vencidas, a no ser que el censatario prefiera invertirlo en reedificar la finca, en cuyo caso revivirá el censo con todos sus efectos, incluso el pago de las pensiones no satisfechas. El censalista podrá exigir del censatario que asegure la inversión del valor del seguro en la reedificación de la finca.» Este artículo, como el 111 de la Ley Hipotecaria y 518 y 519 del Código Civil, son de una previsión digna de elogio.

Este artículo, que sólo hace referencia a la inutilización o destrucción total del fundo censido, dice SCAEVOLA, suple la falta de pacto especial en el título de imposición de censo respecto al seguro del predio. Nada dice este artículo, a diferencia del de la destrucción de una finca usufructuada, sobre si el seguro es contratado por el censatario, por el censalista o por ambos conjuntamente, pero esto que no prevé la ley pueden pactarlo muy bien las partes, siempre que no contravengan la naturaleza del instituto censal. Por otro lado, el seguro no es un contrato consus-

tancial al censo, sino accidental y dependiendo de la voluntad de las partes.

En el caso de que el censatario prefiera invertir la indemnización en reedificar la finca, dice la ley que revivirá el censo con todos sus efectos, incluso el pago de pensiones no satisfechas, lo cual puede resultar a veces injusto, como apunta SCAEVOLA, cuando en la reconstrucción el censatario ha empleado más de lo estricto de la indemnización. En este caso señalado, opinamos que nada se opone a que las partes acuerden ajustar el censo en proporción a lo empleado en la reconstrucción, lo cual no va en contra del principio de subrogación real ni en contra de lo establecido en el artículo sobre que el derecho revivirá *con todos sus efectos*. Esto se cumple aun cuando en justicia las partes establezcan una proporción en el censo, de acuerdo con las nuevas circunstancias, el derecho se traslada, a pesar de ello, con todos sus efectos, como establece la ley.

Las condiciones para que se produzca la subrogación real se dan plenamente, aunque no se haya estudiado por la doctrina española. El mismo SCAEVOLA dice que se trata de una afección sin naturaleza definida. En Alemania (61), las llamadas cargas reales de garantía, sinónimo de nuestros censos, aplican la subrogación real de la misma manera y en iguales condiciones que en caso de extensión de hipoteca.

En el caso de que la finca gravada fuese expropiada, el artículo 1.627 del Código Civil dice: «si la finca gravada con censo fuere expropiada por causa de utilidad pública, su precio estará afecto al pago del capital del censo y de las pensiones vencidas, quedando éste extinguido...». «La precedente disposición es también aplicable al caso en que la expropiación forzosa sea solamente de parte de la finca, cuando su precio baste para cubrir el capital del censo...»

La expropiación forzosa está prevista también, pero referida al censo enfiteútico, en el artículo 1.631 del Código Civil. Cuando se trata de la expropiación total, dice el artículo, se estará a lo dicho en el artículo 1.627, pár. 1.º, pero si sólo lo fuere en parte «se distribuirá el precio de lo expropiado entre el dueño directo y el útil, recibiendo aquél la parte del capital del censo que proporcionalmente corresponda a la parte expropiada, según el valor que se dio a toda la finca al constituirse el censo o que haya servido de tipo para la redención, y el resto corresponderá al enfiteuta». En este caso continuará el censo sobre el resto de la finca, con la correspondiente reducción en el capital y las pensiones,

(61) SCAEVOLA: *Ob. cit.*, tomo 24, 2.ª parte, págs. 419 y ss.

CASTÁN TOBEÑAS: *Ob. cit.*, págs. 178 y ss.

ROCA SASTRE: «La subrogación real», *Revista de Derecho Privado*, abril 1949, tomo 33.

ENNECCERUS-WOLFF: *Ob. cit.*, tomo III, vol. I, págs. 155 y ss., párrafos 128 y siguientes.

a no ser que el enfiteuta opte por la redención total o por el abandono a favor del dueño directo.

La subrogación real, como hemos podido comprobar, a pesar de este *revivir*, está claramente aplicada.

E) LA SUBROGACIÓN REAL ESTABLECIDA EN EL CONTRATO DE DEPÓSITO (ART. 1.778 DEL CÓDIGO CIVIL) Y EN EL HALLAZGO (ARTS. 615 Y 616 DEL CÓDIGO CIVIL)

Prevén también el principio de la subrogación real el artículo 1.778 del Código Civil (contrato de depósito) y los artículos 615 y 616 del Código Civil, respecto a un modo de adquirir la propiedad: el hallazgo.

a) El artículo 1.778 del Código Civil dice textualmente que «el heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo estará obligado a restituir el precio que hubiere recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado». Semejante a los artículos 1.935 y 1.934 del Código francés que dicen que el heredero debe restituir el precio o cualquier cosa que haya recibido a cambio en su lugar (62).

Se trata aquí de conservar el derecho de propiedad del depositante sobre el precio, en consideración a la buena fe del heredero del depositario y a la protección por la ley del tercer adquirente. El propietario pierde, en consideración a este tercero de buena fe, su derecho de persecución de la cosa depositada originariamente y recibe en sustitución y por verdadera subrogación lo que se haya recibido procedente del bien antiguo. Es decir, lo que la ley ha establecido en una restitución en naturaleza y no simplemente por equivalencia en valor, como sería en la acción *in rem verso*; el depositario devuelve lo que ha recibido por la cosa corriendo los riesgos de aumento o disminución a cuenta del depositante, lo que demuestra claramente que es la subrogación lo que la ley ha previsto. Para ésta, el origen del objeto adquirido a cambio o por empleo es lo único que le interesa. Si el legislador hubiera querido establecer un principio de equivalencia, simplemente el depositario estaría obligado a entregar el valor que tenía la cosa depositada, su equivalencia en valor.

b) Hallazgo (arts. 615 y 616 del Código Civil): «el que encontrare una cosa mueble, que no sea tesoro, debe restituirla a su anterior poseedor. Si éste no fuere conocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiere verificado el hallazgo...

(62) Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo I, págs. 376 y 383.

Si la cosa mueble no pudiese conservarse sin deterioro o sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta y se depositará su precio.

Pasados dos años, a contar desde el día de la segunda publicación, sin haberse presentado el dueño, se adjudicará la cosa encontrada, o su valor, al que la hubiese hallado...» (63).

Dada la claridad del citado artículo en el que se ha previsto la subrogación real del derecho del propietario sobre el valor de la cosa hallada, para el caso de que ésta no pudiera conservarse sin deterioro o sin hacer gastos que disminuyeran notablemente su valor, no necesitamos aclararla más, por lo que pasamos a continuación al estudio de la subrogación real en el campo del Derecho agrario y urbanístico.

EL PRINCIPIO GENERAL DE LA SUBROGACION REAL EN EL DERECHO AGRARIO Y EN EL DERECHO URBANISTICO

Tradicionalmente el principio general de la subrogación real ha venido aplicándose en el derecho de familia, sucesiones y, más recientemente, en los derechos reales de garantía y goce; pero en los últimos años se ha aplicado la subrogación real en toda Europa, a través de numerosas leyes especiales, en el campo continuamente cambiante del Derecho agrario y urbanístico, en la actualidad refundidas en España en la reciente Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, texto refundido de todas las leyes que de ordenación rústica se han promulgado hasta hoy, del 12 enero 1973 y por la Ley del Suelo.

Por primera vez la expresión de subrogación real aparece en estas leyes y, por primera vez también, la definen como conservación de los derechos reales y cambio solamente de su antiguo objeto que es sustituido por otro que procede de aquél. Nuestro Código Civil, como ya hemos dicho repetidas veces, se limita a establecer numerosas e importantes aplicaciones de la subrogación real pero sin nombrarla. Las leyes especiales a que haremos referencia a continuación, fieles a la realidad del momento, no han dudado en aceptar sin restricciones el concepto que de la subrogación real ha dado la doctrina reciente, concepto que repiten en variadas ocasiones a lo largo de su articulado, aunque ha desaparecido en la reciente Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

Pero estas leyes especiales no van solamente a establecer y a hacer llamamiento a la subrogación real para tal o cual situación por ellas

(63) ENNECERUS-WOLFF: *Ob. cit.*, tomo III, vol. I, págs. 492 y ss.

previstas, sino que va a ser este principio el que explique y fundamente las instituciones propias del Derecho agrario y urbano. Por todo ello, el ya amplísimo campo de aplicación de la subrogación real se ha visto aumentado considerablemente en los últimos años, atrayendo la atención de la doctrina española sobre este principio.

Lo más importante, a nuestro parecer, es la aportación por estas leyes especiales de algo que le ha faltado siempre a la subrogación real y que ha sido causa de que se la mirase con cierto recelo en las diferentes épocas de su evolución histórica: la publicidad de la subrogación real. Hasta ahora, y a falta de regulación especial, la publicidad de la subrogación real ha estado sometida a la técnica general de publicidad del Derecho común, lo que no es bastante para hacer una verdadera publicidad de la subrogación real ni para informar a los terceros del fenómeno que allí se ha producido. La verdadera publicidad de la subrogación real está en sus dos momentos fundamentales: el primero consistirá en la publicidad de la fluctuación material, que ha hecho que el antiguo objeto del derecho haya sido sustituido por otro que viene a reemplazarlo, como consecuencia de una compra, permuta o por simple indemnización derivada de un contrato de seguro; y un segundo momento de publicidad, y éste el más importante para la subrogación real y para los terceros interesados, consistente en la constatación administrativa o en el Registro de la Propiedad, según proceda, del traslado de los derechos reales del bien antiguo al nuevo que lo ha sustituido. La publicidad de la procedencia no es suficiente para que la subrogación real le sea opuesta a los terceros que tienen derechos sobre el bien antiguo.

Vamos a continuación a referirnos a la naturaleza jurídica de la concentración parcelaria y reparcelación urbanística.

A) NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA Y REPARCELACIÓN URBANA

Ha tratado la doctrina, en estos últimos años, de situar la concentración parcelaria y la reparcelación urbana dentro de una figura típica del Derecho civil, con objeto de aplicarles las normas de ésta. Sin poder profundizar sobre ellas, nos limitaremos simplemente a exponerlas. Se ha querido explicarlas:

a) Como limitaciones legales del dominio por razón de utilidad pública (CASTÁN TOBEÑAS y BALLARÍN) (64), pero la concentración par-

(64) CASTÁN TOBEÑAS: *Derechos reales*, vol. 1.

Alberto BALLARÍN MARCIAL: *Derecho Agrario*, Madrid, 1965.

celaria y la reparcelación suponen solamente el traslado del derecho sin limitarlo, como consecuencia de la subrogación real.

b) Como un caso de expropiación forzosa, mantenida sobre todo por GUAITA MARTORELL (65), para el que la parcelación y reparcelación, son casos especiales de expropiación en los que la indemnización se paga en especie. Como antes, se opone a esta teoría el que la ley no establece la privación al agricultor o al propietario de su propiedad ni extingue los demás derechos, sino que, por el contrario, los conserva. GONZÁLEZ PÉREZ (66) dice que es una institución compleja (reparcelación) mezcla de expropiación y subrogación real.

c) Como procedimiento administrativo especial, lo que sería no sólo dar una visión muy reducida de la concentración y reparcelación, sino también dejar sin explicar importantes facetas reguladas por el Derecho civil común.

d) Como permuta, y

e) Por el principio de subrogación real que es la teoría más racional y aceptada casi unánimemente por la doctrina, además de contar con el apoyo, repetidamente manifestado, de la letra de las leyes especiales referidas.

Entre sus defensores podemos señalar a ROCA SASTRE (67), que considera la concentración parcelaria como un caso de subrogación real directa, integral y forzosa; a FRANCISCO CORRAL DUEÑAS (68), que declara que en la Ley de Concentración Parcelaria se muestra patente el principio de equivalencia y traslado del dominio y demás situaciones jurídicas, desde las parcelas de procedencia a las fincas de reemplazo; a MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ (69), que cree que la subrogación real es la figura jurídica que mejor explica la naturaleza jurídica de la reparcelación urbana; a GARCÍA DE ENTERRÍA (70), que dice se trata de una figura jurídica (la reparcelación urbana) en todo similar a la de la concentración parcelaria y que se explica no por técnicas nuevas, sino por el clásico concepto de Derecho civil de la subrogación real, es decir, la sustitución del objeto del derecho real conservando la titularidad. Aquí—continúa—se da una aplicación más de esta conocida figura privatística: la titulari-

(65) AURELIO GUAITA MARTORELL: *Derecho Administrativo especial*, tomo II.

(66) GONZÁLEZ PÉREZ: «La concentración parcelaria», *An. Dr. Cv.*, 1953; «El régimen jurídico de la concentración parcelaria», *An. Dr. Cv.*, 1954, págs. 34, 40, 43, 74, 98 y 192.

(67) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948.

(68) FRANCISCO CORRAL DUEÑAS: «La concentración parcelaria en su consideración registral», *Rv. Cr. Dr. Inm.*, 1973, núm. 495, págs. 341 y ss.

(69) MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ: «Reparcelaciones urbanísticas y su relación con el Registro de la Propiedad», *Rv. Cr. Dr. Inm.*, 1971, núm. 486, pág. 1180.

(70) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Apuntes de Derecho Administrativo*, 2.º, tomo IV, Madrid, 1971-1972, pág. 25.

dad se mantiene, aunque después de la reparcelación recae sobre una parcela diferente; a Juan José SANZ JARQUE (71), que ni da ni quita derechos, únicamente hace modificar la base o elemento objetivo sobre el que recaen, produciéndose el fenómeno de la subrogación real. Podemos citar, además, a MERINO HERNÁNDEZ (72), LUCAS FERNÁNDEZ, MARTÍN BLANCO y CARCELLER FERNÁNDEZ, que reconocen que en dichas leyes está establecida la técnica del principio general de la subrogación real (73).

La subrogación real, por tanto, es la figura del Derecho común que va a servir al legislador, fundamentalmente, para la consecución de los fines perseguidos, tanto en el campo del Derecho agrario como en el urbanístico.

B) APLICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN REAL EN LA LEY DE REFORMA Y DESARROLLO AGRARIO Y EN LA LEY DEL SUELO Y REGLAMENTO DE REPARCELACIÓN DEL SUELO, AFECTADOS POR PLANES DE ORDENACIÓN URBANA. ¿A QUÉ DERECHOS LES ES APLICABLE ESTE PRINCIPIO GENERAL?

La aplicación de la subrogación real, por las distintas leyes especiales de ordenación rural y urbana, ha planteado a la doctrina un problema debido, sobre todo, a la vaguedad de las leyes citadas, que van a afectar a numerosos derechos reales, de los que el legislador prevé, en todo momento, su conservación a pesar del cambio de objeto y, siempre que ello sea posible, de manera que a pesar de haberse sustituido el objeto originario del derecho por otro, éste pueda trasladarse, en su esencia y con los mismos rangos, privilegios y características que tenía, sobre el objeto antiguo. En caso de que, debido a las circunstancias especiales, los derechos no puedan trasladarse sin detrimento de su esencia y contenido, se rescindirán mediante la correspondiente indemnización que, a su

(71) Juan José SANZ JARQUE: *Régimen de concentración parcelaria*, Madrid, 1961, págs. 43, 78 y 169.

(72) José Luis MERINO HERNÁNDEZ: «La subrogación real en la concentración parcelaria», *Rv. Cr. Dr. Inm.*, 1969, núm. 473, págs. 1009 y ss.

(73) Ver MARCOS JIMÉNEZ, antes indicado, pág. 1181.

OLMEDILLA MARTÍNEZ: «Algunas observaciones en torno a la Ley de Concentración Parcelaria», *Rv. Dr. Priv.*, 1954, págs. 34, 43 y 207.

Pedro S. REQUENA: «La Ley de Concentración Parcelaria», *Rv. Cr. Dr. Inm.*, 1953, págs. 441 y ss.

«La subrogación real en la concentración parcelaria», *Boletín de Información del I. R. Y. D. A.*, núm. 3, abril-junio 1972.

Miguel Angel NÚÑEZ RUIZ: *Derecho urbanístico español; La reparcelación y la subrogación real*, págs. 442 y ss., Edit. Montecorvo, Madrid, 1967.

vez, dará lugar a otras subrogaciones reales, no sólo en el derecho de propiedad, sino en los demás derechos reales que lo gravaban.

El artículo 65 de la Ley de Concentración Parcelaria establece: «*El dominio y los demás derechos reales y situaciones jurídicas* que tengan por base las parcelas sujetas a concentración parcelaria, pasan a recaer inalterados sobre las fincas de reemplazo, del modo y con las circunstancias que establece la presente ley.» Y en la sección 2.^a, número B, sobre traslado de situaciones jurídicas, el artículo 30 dice: «con respecto a las cargas y situaciones jurídicas que hubiesen sido ya acreditadas en el procedimiento de concentración se requerirá, al empezar la encuesta del proyecto de concentración, a los correspondientes titulares, con *excepción de las servidumbres prediales* para que, de acuerdo con los propietarios afectados y dentro del lote de reemplazo, señalen la finca, porción de finca o parte alícuota de la misma, según los casos, sobre las que tales derechos o situaciones jurídicas han de quedar establecidas en el futuro...»; igual el artículo 230 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

La Ley del Suelo, en su artículo 82, apartados 3 y 4, dice: «En la nueva propiedad *subsistirán las condiciones y modalidades de titularidad y demás cargas* que existieren sobre el anterior inmueble del mismo propietario.

Si alguna carga resultare incompatible con la nueva situación o característica de la finca, el Registrador se limitará a hacerlo constar en el correspondiente asiento, y las partes interesadas podrán acudir al Juzgado de Primera Instancia competente para solicitar la declaración de compatibilidad o incompatibilidad de las cargas o gravámenes sobre las fincas nuevas y, en este último supuesto, su transformación en un derecho de crédito con garantía hipotecaria sobre la finca nueva, en la cuantía en que la carga fuera justificada, todo ello por el trámite de los incidentes, y sin que sea admisible recurso de apelación contra las resoluciones del Juzgado.»

Con más amplitud y claridad, el artículo 31 del Reglamento de Reparcelación del Suelo, de 7 abril 1911, especifica que «*las cargas, gravámenes y situaciones jurídicas de carácter real* que consten registradas, pasarán por subrogación real sobre las nuevas fincas resultantes de la reparcelación... a) se producirá la subrogación real por ministerio de la ley al aprobarse definitivamente la reparcelación».

El artículo 7, párrafo último, de la Ley de Permutas Forzosas, de 11 mayo 1959, dice así: «*los arrendamientos u otras formas de posesión y los derechos reales, excepción hecha de las servidumbres prediales, pasarán inalterados sobre la parcela dada en sustitución...*».

Como hemos podido observar, en las tres leyes citadas nos hemos encontrado con expresiones, algunas bastante vagas como *cargas, gravá-*

menes, situaciones jurídicas de contenido real, otras formas de posesión, que no viene al caso ni es empresa fácil conceptuarlas. A pesar de su vaguedad, lo estudiado hasta ahora acerca del campo de la subrogación real, no planteará problema alguno a la hora de considerar cuáles son los derechos reales que por su naturaleza son susceptibles de, sin cambiar en su esencia y contenido, pasar de un objeto antiguo a otro nuevo que viene a sustituirlo y reemplazarlo.

Por lo que respecta a la legislación francesa, podemos observar una más clara exposición, pues se limitan a decir «que los derechos reales, distintos de las servidumbres... así como los arrendamientos, son trasladados sobre las parcelas atribuidas conforme a las disposiciones de la reordenación urbana o rural, según se trate de aplicar una u otra» (74).

Podemos especificar, de acuerdo con lo ya estudiado, que la subrogación real se aplicará—si los hay—en los derechos de dominio, hipoteca, prenda, usufructo, enfiteusis, etc. Vamos solamente a referirnos a las servidumbres y al derecho de arrendamiento.

a) *Las servidumbres*

Por su propia naturaleza están por completo fuera del campo de la subrogación real, excluidas expresamente, como hemos visto, en las referidas leyes especiales. Las servidumbres están unidas indisolublemente a la individualidad material de las fincas y sólo se dan respecto a la misma; puede ocurrir que al hacer un plan de ordenación rural, la servidumbre de paso, p. ej., entre dos fincas, una dominante y otra sirviente, desaparezca al juntarse las dos fincas en una sola o al llegar a ser

(74) Ley de 4 marzo 1919, art. 7; art. 24, Ley de 11 octubre 1940, derogada, y 12 julio 1942, modificada muchas veces.

Ley de expropiación. Decreto de 8 agosto 1935; Ordenanza de 23 octubre 1958, artículos 7 y 8, 44 a 47; «el traslado de los derechos de crédito, privilegios e hipotecas sobre la indemnización o eventualmente sobre los conjuntos inmobiliarios reconstruidos».

Ley de Concentración Parcelaria de 27 noviembre 1918, 30 diciembre 1967, actual Código Rural: arts. 31 a 33. Art. 31: «los derechos reales, distintos de las servidumbres», y art. 33: «el arrendatario de una parcela alcanzada por la concentración ha de elegir: u obtener el traslado con sus efectos de arriendo sobre las nuevas parcelas adquiridas a cambio por el arrendador, u obtener la resolución total o parcial del arriendo, sin indemnización, en la medida en que la extensión de su gozo es disminuido por el efecto de la concentración».

Ley de Ordenación Urbana de 16 diciembre 1964, completada por Decreto de 24 diciembre 1964.

R. MALTERRE: «Aspects juridiques du remembrement rural», *Etudes de Droit privé*, 39, 235.

J. SAVATIER: *Subrogation réelle en matière de baux commerciaux d'immeubles sinistrés et sanction des obligations du propriétaire*, 6 diciembre 1950, J. C. P., 1941, II, 6231.

ésta inútil con la nueva ordenación de la finca; puede ocurrir también que se conserve, al no haber desaparecido las circunstancias que las activaba, con la nueva ordenación rural, pero esta conservación nada tiene que ver con la subrogación real. Si la servidumbre permanece, el nuevo propietario de la finca dominante se encontrará con ella; el antiguo propietario de ninguna manera podrá trasladar su servidumbre sobre la otra parcela que se le atribuye por reemplazo de la antigua, puesto que la servidumbre está unida a las fincas y a su situación física.

El artículo 65, 2, de la Ley de Concentración Parcelaria, dice que las servidumbres se extinguirán, serán conservadas, modificadas o creadas de acuerdo con las exigencias de la nueva ordenación de la propiedad (artículo 230-2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario). FRANCISCO CORRAL DUEÑAS (75), al referirse a este artículo, dice: «Esta norma, que puede parecer una excepción a la subrogación real, es lógica.» Pero nosotros decimos que no es que pueda parecer una excepción, sino que lo es, y no por esta norma, sino por las servidumbres en sí. Tanto la doctrina (76) como las leyes especiales están de acuerdo en excluir de la subrogación real las servidumbres por estar éstas sujetas fundamentalmente a la configuración física de las antiguas parcelas.

b) *Los arrendamientos*

Es natural que la subrogación real no se produzca más que en los derechos reales, pero, hoy día, estas leyes especiales van a afectar a otros derechos, cuya consideración jurídica de derechos reales o personales es muy discutida por la doctrina. A pesar de ello, el legislador quiere conservar sobre las nuevas fincas atribuidas por la ordenación urbana o rural estos derechos de discutida naturaleza, como lo hace en los derechos reales, ya estudiados anteriormente.

La Ley de Permutas Forzosas, en su artículo 7, lo dice textualmente: «*los arrendamientos y otras formas de posesión y los derechos reales, excepción hecha de las servidumbres prediales*». Por su parte, la Ley de Concentración Parcelaria, si bien no lo declara expresamente, lo da a entender en su artículo 66, al establecer el derecho que tienen los arren-

(75) FRANCISCO CORRAL DUEÑAS: *Ob. cit.*, págs. 35 y ss.

(76) JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, pág. 1029.

TIRSO CARRETERO GARCÍA: «La Ley de Permutas Forzosas», *Rv. Cr. Dr. Inm.*, tomo XXXIII, año 1960 (Ley de 11 mayo 1959), pág. 234.

MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ: *Ob. cit.*, págs. 1196 y ss.

GEORGES RIVES: «Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière», *Rev. Trim. de Droit civil*, 1968, págs. 621 y ss.

MARC LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo II, págs. 421 y ss.

ALEX WEILL: *Précis Dalloz*, Droit civil, Les biens, París, 1970, págs. 148 y ss.

datarios y los aparceros de solicitar la rescisión de sus contratos sin pago de indemnización alguna, en el caso de que no les conviniere la finca de reemplazo donde hayan de instalarse; y el artículo 35, que dice: «... adjudicando a los colonos, bien las mismas parcelas que cultivaban o bien las fincas de reemplazo que hayan de sustituirlas».

El traslado del derecho del arrendatario sobre un nuevo edificio reconstruido por el propietario, está también establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos, texto refundido de 28 diciembre 1964. La ley, al referirse al llamado derecho de retorno del arrendatario, emplea la expresión *reserva del derecho*, por lo cual el arrendatario posee un derecho de preferencia, que impone al propietario constructor por motivos sobre todo sociales. El arrendador propietario deberá comunicar al Gobernador las obras de reedificación que pretende realizar (art. 78), señalando que la reedificación se verificará de modo que la nueva finca cuente al menos con una tercera parte más del número de viviendas de que disponga aquélla, respetando al propio tiempo el número de locales de negocio, si en el inmueble a destruir los hubiera. Una vez que las obras son aprobadas por el Gobernador, el artículo 81 de la ley dice «que los inquilinos y arrendatarios que deseen instalarse en el inmueble reedificado, antes de desalojar el que vaya a derruirse, suscribirán con el arrendador documento que detalle la extensión superficial de las viviendas o locales de negocios que ocupan, su renta, el número de unas y otras que existan en el inmueble y, un domicilio para oír las notificaciones que les haga el arrendador...»; número 4 «... el inquilino o arrendatario que no desee instalarse en el inmueble reedificado entregará al arrendador documento expresivo de su decisión y, al momento de desalojar, deberá ser indemnizado por aquél con el importe de seis mensualidades de la renta que viniera pagando...».

La Ley de Arrendamientos Urbanos concede a los arrendatarios el derecho a optar por una u otra cosa. Dice así el artículo 81, número 5, letra a): «Los inquilinos podrán optar, en forma alternativa, por una indemnización en metálico... o porque el arrendador ponga a su disposición vivienda con renta adecuada a sus necesidades y posibilidades económicas, situada en la misma población, o bien porque se *les reserve*, para ocuparla *en arrendamiento y en igualdad de condiciones* que un tercero, una vivienda en la finca reconstruida.» La ley pretende en todo momento que el arrendatario de vivienda o de local de negocios traslade su derecho en las mismas condiciones que tenía sobre el antiguo edificio, con igual situación, superficie y características, aunque, como hemos podido observar, la renta que pagaba en el antiguo edificio, sufrirá un aumento como consecuencia de las obras realizadas, como un tercero cualquiera. Dice la ley: «El arrendatario procedente de la finca demolida que ocupare en

ella local de negocio sito en la planta baja y al exterior, tendrá derecho a ocupar local de igual situación y extensión superficial en la reconstruida...» (art. 86 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

El llamado derecho de retorno del arrendatario es un derecho personal ejercitable frente al arrendador, pero el legislador ha querido atribuirle también efectos reales, haciéndolo valer frente a terceros (el art. 94 dispone que el derecho de retorno será obligatorio, aunque cambie el propietario del inmueble). Pero al mismo tiempo y con tal motivo, ha tratado de dar publicidad a estas situaciones, hasta ahora imprecisas, que pueden crear graves problemas a la seguridad jurídica y al crédito. A tal efecto el artículo 15 del Reglamento Hipotecario dice textualmente: «Los inquilinos y arrendatarios que tengan derecho de retorno al piso o local arrendado, ya sea por disposición legal o por convenio con el arrendador, podrán hacerlo constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la inscripción de dominio de la finca que se reedifique. Sin esta constancia no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho. Para extender la nota bastará solicitud del interesado, acompañada del contrato de inquilinato o arriendo y el título contractual, judicial o administrativo del que resulte el derecho de retorno. Transcurridos cinco años desde su fecha, las expresadas notas se cancelarán por caducidad.»

Nos encontramos ante verdaderos casos de subrogación real, aunque a diferencia de la Ley de Permutas Forzosas, la de Arrendamientos Urbanos y Concentración Parcelaria no lo diga expresamente. Los derechos de arrendamiento, salvo voluntad contraria del interesado, no se extinguen con el cambio de objeto que se produce con motivo de una reedificación o por concentración parcelaria y permuta forzosa, sino que, puestos en una situación de pendencia, se trasladan íntegros al nuevo objeto que viene a sustituir al antiguo desaparecido o reemplazado. Las leyes comentadas, además, insisten en la conservación o reserva de los derechos en iguales condiciones y características con que recaían sobre el antiguo bien, garantizándolo, además, con la publicidad de los derechos y su contenido tanto en el Registro de la Propiedad como en las Actas Administrativas.

En Francia también están previstas las subrogaciones reales en los derechos de arrendamientos rurales, comerciales, industriales o de habitación (77).

(77) Artículo 70 de la Ley de 1 septiembre 1948 (vivienda); art. 1 de la Ley de 2 agosto 1949 (arrendamientos comerciales), así como en el caso de expropiación si el propietario expropiado quiere reconstruir; según los arts. 9, 11 y 12 del Decreto de 30 septiembre 1953, en caso de reconstrucción de un inmueble declarado insalubre o peligroso, el arrendatario comercial tiene un derecho de prioridad de arrendamiento.

La posibilidad de que se dé o no una subrogación real en estos arrendamientos depende, como hemos visto, de la voluntad de los arrendatarios o inquilinos, además de, en el caso de concentración parcelaria, de la idoneidad de la nueva finca de reemplazo para el goce idéntico que venía ejerciéndose sobre la finca antigua. En efecto, el valor en uso puede variar respecto a dos locales en apariencia idénticos, teniendo en cuenta, por ejemplo, una situación ligeramente diferente a la del edificio antiguo del que formaban parte. El mismo artículo 82 de la Ley del Suelo, apartados 3 y 4, dice que «si alguna carga resultare incompatible con la nueva situación o característica de la finca, el Registrador se limitará a hacerlo constar y las partes interesadas podrán acudir al Juzgado de Primera Instancia competente para solicitar la declaración de compatibilidad o incompatibilidad de las cargas sobre las fincas nuevas», pues estos derechos están unidos, no sólo al valor pecuniario de la cosa, sino también y con preferencia a su valor en uso.

A veces la subrogación real se realiza en dos etapas, como es el caso de concentración parcelaria y de reparcelación urbana a la que la ley hace referencia: una primera fase en la que se agrupan todas las fincas en una, que más tarde segregarán; durante este tiempo los titulares de los derechos que se tratan de conservar, y durante este período transitorio, reciben un título de crédito, que luego, definitivamente y pasado este período de pendencia, recaerán sobre las fincas de reemplazo. Así en Francia (art. 31 del Código Rural) en la reconstrucción de villas siniestradas (78) y en la fase intermedia, la propiedad de los terrenos a concentrar se transfieren a la Asociación Sindical (art. 24 de la Ley de 12 julio 1941) y en contrapartida se recibe un título de crédito. Lo mismo que en la reordinación urbana se produce primero una cesión al organismo oficial competente.

En el caso de indemnizaciones concedidas por el Estado por hechos de guerra, si el propietario del edificio destruido opta por reconstruir, cosa a la que obliga casi siempre el Estado, los derechos que recaían sobre el antiguo edificio se trasladan provisionalmente sobre las indemnizaciones y después sobre el nuevo edificio, incluso, como ha ocurrido en Francia, sobre un nuevo edificio construido sobre otro terreno distinto del antiguo siniestrado. En este caso es necesario observar que el bien nuevo reconstruido no reemplaza directamente al edificio destruido y sin embargo se aplicó la subrogación real.

(78) Georges RIVES: *Ob. cit.*, págs. 622 y ss.

C) LA SUBROGACIÓN REAL Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN LA LEY DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA Y REGLAMENTO DE REPARCELACIÓN DEL SUELO

La inscripción de las fincas sujetas a planes de ordenación rústica o urbana se lleva a cabo de diferente manera en la Ley de Concentración Parcelaria y el Reglamento de Reparcelación. En la primera, una vez firme el acuerdo de concentración en vía administrativa y plasmado en la llamada Acta de Reorganización de la Propiedad, se promueve la inscripción en el Registro de la Propiedad. Esta inscripción supone una auténtica inmatriculación, una entrada *ex novo* de las fincas de reemplazo sin engarce alguno con los asientos anteriores de las parcelas antiguas, salvo supuestos excepcionales. Todas las fincas de reemplazo, dice el artículo 70 de la Ley de Concentración Parcelaria, serán inscritas, sin hacer referencia, salvo casos determinados en la misma ley, a las parcelas de procedencia en cuya equivalencia se adjudican. Ahora artículo 235-1 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

Por el contrario, en el expediente de reparcelación, la subrogación real o sustitución de unas fincas por otras, no se realiza, como hemos visto en la Ley de Concentración Parcelaria, *per saltum*, sino que, por el contrario, se preocupa de respetar las normas hipotecarias sobre el tracto sucesivo, lo cual presenta grandes problemas que, en definitiva, no son otros que los derivados del eterno problema de la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica.

La reparcelación, por otra parte, se realiza a través de la reunión de las fincas aportadas en una sola que, posteriormente, se divide o de la cual se segregan otras nuevas y distintas, que se adjudican a los diferentes titulares. Se constituye una comunidad sobre la finca agrupada, en la que a cada condueño se le atribuye una cuota indivisa equivalente al valor de sus aportaciones. En este sistema registral, al regirse por el principio de tracto sucesivo, se hace referencia, aunque sin especificarla expresamente el Registrador, a la subrogación real que se ha de producir como consecuencia de la reordenación urbana.

Podemos, por tanto, decir que por primera vez estas leyes establecen reglas de publicidad de la subrogación real, es decir, constatando no sólo el cambio o mutación del objeto de los derechos, sino también el traslado de esos mismos derechos por subrogación real sobre las fincas de reemplazo.

No sólo el Registro, sino también el órgano oficial que lleva a cabo la concentración o reparcelación, llevan a cabo de manera expresa la publicidad de la subrogación real acaecida. En el caso de las dos etapas

de la subrogación real de que hemos hablado antes, como el derecho de crédito no puede acceder al Registro de la Propiedad, esta primera subrogación real provisional se publica y registra en el contrato o acta donde se aprueba el plan de concentración o reparcelación, hasta que por medio de otra subrogación real, ésta ya definitiva, se hará constar si el derecho de que se trata tiene acceso al Registro de la Propiedad.

Fuera de los casos de subrogación real previstos por los textos, la publicidad de los derechos transportados no conduce más que a la clasificación de la fecha de su inscripción sobre el nuevo bien. Ningún rango preferencial le puede ser concedido. A la subrogación real se le amputa así uno de sus atributos, el derecho de prioridad, puesto que se aplica el Derecho común. Es la fecha de la publicidad sobre el nuevo bien lo que regulará los conflictos entre todos los derechos, transportados o no (79).

LAURIOL (80) considera que la conservación del rango antiguo por la publicidad nueva está en la línea normal de la subrogación real. Si la técnica general de la publicidad de los derechos reales impide que se siga esta línea, este resultado atenta gravemente al desarrollo normal de la subrogación real. Así, cuando una decisión especial legislativa interviene para prever el funcionamiento de la subrogación real, cuya eficacia práctica depende esencialmente de los efectos de la publicidad, haciendo atribuir a la publicidad nueva las consecuencias que se unían a la antigua. Las concentraciones parcelarias y la reparación de daños de guerra constituyen dos buenos ejemplos de tales decisiones especiales.

En mi anterior trabajo sobre «La formación del concepto de subrogación real» (81), hemos tenido ocasión de observar, no sólo el planteamiento de este principio en la Roma clásica, sino también su interesantísima evolución histórica y, más tarde, su campo de aplicación cada día más amplio, por ofrecérsenos este principio lleno de vigor tanto en las épocas ya remotas de nuestra civilización como en las actuales, en donde la aplicación de la subrogación real es todavía altamente beneficiosa, sobre todo, en su consideración de un remedio más jurídico contra todo enriquecimiento injusto.

Pero éste no sólo es un principio general del derecho que tuvo su importancia en un pasado histórico y la tiene en la actualidad, sino que también es previsible augurarle un futuro lleno de posibilidades en la creación de un derecho supranacional, basado en estos principios generales iguales a todos los sistemas jurídicos de una misma cultura.

(79) Georges RIVES: *Ob. cit.*, págs. 647 y ss.

(80) Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo II, págs. 421 y ss.

(81) María Luisa MARÍN PADILLA: «La formación del concepto de subrogación real», *Rv. Cr. Dr. Inm.*, 1975, págs. 1111-1207.

El principio general de subrogación real tuvo su origen, como sabemos, en la Roma clásica y fue dogmatizado por los comentaristas y postglosadores del Derecho común. A partir de ahí, en todos los países europeos, los problemas que la subrogación real ha ido planteando se han ido resolviendo de forma parecida y por los mismos medios. Pero lo que en un futuro pueda llegar a ser o representar el principio de la subrogación real en la creación de ese derecho supranacional, es trabajo que le corresponde a un futuro investigador, con la seguridad de que investiga un principio general que se encuentra tan lleno de vida, necesario y beneficioso hoy como ayer, aunque el ayer se remonte a la Roma clásica (*).

M.^a LUISA MARÍN PADILLA

Doctor en Derecho

(*) Todos los trabajos que he publicado en esta misma Revista sobre la subrogación real forman parte de mi tesis doctoral, dedicada a mi padre, ANTONIO MARÍN MONROY, que fue defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza el día 16 de mayo de 1974.