

## Restitución de provechos (I)

ANGEL CARRASCO PERERA

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. RESTITUCION.—1. «*Restituere*».—2. *Un concepto lato de «restituere»*.—3. *Dos modelos en la teoría de la restitución*: a) Modelo escolástico de la restitución. b) Modelo anglosajón.—III. LA RESTITUCION EN EL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL.—1. *General*.—2. *El modelo de la reivindicación*: a) Generalidad del artículo 348.2.º. b) Diversas consecuencias de la norma. c) Régimen restitutorio de la reivindicación.—3. *Los diversos modelos restitutorios del Código civil*.—4. *Problemática*: a) Régimen de los provechos obtenidos en la cosa. b) Indemnizaciones. c) El riesgo. d) Subrogados.—5. *Condiciones de posibilidad de un sistema de restitución*: a) Indiferencia ante las modificaciones del estatuto del bien. b) Liquidación de la restitución. c) Ruptura de la equivalencia. d) Reciprocidad.—IV. PROVECHOS.—1. *General*: a) El fruto. b) Referencia legal a otros provechos.—2. *Tipología*: a) Frutos. b) Rentas. c) Intereses. d) Plusvalías. e) El consumo. f) El provecho obtenido por modificación o cambio de forma de bien ajeno. g) El uso del bien sujeto a restitución no es fruto. h) Productos. i) El «*commodum*» representativo. j) El lucro obtenido por la negociación. k) Emolumentos inmateriales. l) Beneficio neto capitalista. ll) Descripciones de la idea de enriquecimiento. m) Marginales.—V. FRUTOS.—1. *Generalización del concepto de fruto*: a) Irrelevancia de la definición legal. b) Jurisprudencia. c) Doctrina. d) Concepto ampliado de fruto.—2. *El beneficio empresarial neto*: a) Doctrina. b) Tipo de frutos.—3. *Relatividad del concepto de fruto*: a) Facultades de disfrute y obligación de restituir. b) Títulos concurrentes. c) La tendencia al fruto civil.—VI. NATURALEZA DE LA ADQUISICION DE PROVECHOS POR EL POSEEDOR DE BUENA FE.—1. *Una declaración jurisprudencial*.—2. *Sistema del abono de gastos*.—3. *Régimen de frutos sometidos al cálculo del enriquecimiento*.—4. *Régimen de frutos en función de la industria del poseedor*.—5. *La relevancia del «titulus possessionis»*.—6. *La solución del Código Civil*.—VII. CARACTERIZACION GENERAL DEL REGIMEN DE RESTITUCION EN EL CODIGO CIVIL.—VIII. LA TENDENCIA EXPANSIVA DE LAS NORMAS SOBRE LIQUIDACION POSESORIA.—1. *La inexistencia de otros criterios generales de restitución*: a) El estatuto jurídico de todo poseedor. b) «*Petitio hereditatis*»: restituciones sucesorias. c) «*Condiciones*».—2. *Las la-*

gunas del Código civil en materia de restitución: a) General. b) Nulidad y rescisión. c) Ineficacia retroactiva.—3. *Límites en la aplicación de las normas posesorias*: a) Interrupción legal de la posesión. b) Responsabilidad del poseedor. c) Gastos.—IX. LA RESTITUCIÓN DE PROVECHOS NO RESPONDE A UNA REGLA DE PROPIEDAD.—1. *No necesaria propiedad sobre la cosa madre*: a) Intereses. b) Títulos concurrentes. c) Irrelevancia relativa de la transmisión del dominio. d) Riesgos.—2. *No regla de propiedad sobre los frutos*: a) «Propiedad» sobre los frutos. b) Frutos pendientes: frutos civiles. c) Mala fe. d) Frutos excesivos.—3. *Adquisiciones atípicas de frutos*.—4. *La relevancia actual del principio «omni causa»*: a) En cuanto a los frutos. b) En cuanto a los daños. c) Autonomía de las acciones de frutos.—5. *La conexión riesgo-provecho*.—X. UNIDAD DE LOS REGIMENES DE RESTITUCION E INDEMNIZACION.—1. *General*.—2. *El provecho restituible como una especie de reparación del daño*: a) «Fructus percipiendi». b) Intereses. c) Momento de la entrega. d) El lucro como daño.—3. *La acción de restricción de provechos puede ser una acción de reparación del daño*: a) Responsabilidad civil delictual. b) Restitución de frutos al poseedor.—4. *La función de reparación limita la restitución de provechos*: a) «Zuweisungsgehalt». b) Derecho español.—XI. EL «ID QUOD INTEREST» EN LA RESTITUCION.—1. *General*.—2. *Id quod interest*: a) General. b) «Interest y aestimatio rei». c) Concepto patrimonial de «interest». d) Interés y disposición de cosa ajena. e) «Interest» del sujeto a restituir. Vicios ocultos. f) El «Interest» del sujeto a restitución: evicción. g) La excepción «etsi restituta». h) Interés y responsabilidad civil derivadas del delito.—3. *Fundamentos de la responsabilidad en la restitución*: a) Regla general. b) La responsabilidad del poseedor de buena fe. c) La responsabilidad del poseedor de mala fe.—4. *Restitución de frutos «percipiendi»*: a) General. b) Modelos de cálculos de los frutos «percipiendi». c) Fruto «percipiendi» y actividad diferenciada. d) El artículo 455 del Código civil como norma de integración. e) El artículo 455 no excluye la normativa general de responsabilidad. f) La restitución de frutos «percipiendi» por el poseedor de buena fe. g) Frutos «percipiendi meliorationis».—XII. RESTITUCION DE FRUTOS RECIBIDOS.—1. *Restitución de frutos en una gestión posesoria*: a) Frutos percibidos e «id quod interest». b) Alcance objetivo: frutos. c) Irrelevancia del modo de obtención. d) Frutos y enriquecimientos. e) La restitución de frutos como deuda de dinero. f) Frutos ilícitos. g) «Fructus meliorationis».—2. *La restitución de frutos en la entrega con función solutoria*: a) Obligación de dar. b) Frutos pendientes. c) Frutos percibidos después de la venta. d) Frutos «percipiendi». e) Frutos civiles. f) Frutos del subrogado. g) Otros provechos.—3. *Obligación de entrega de cosa genérica*.—4. *Liquidación de frutos pendientes*: a) El sentido de la expresión. b) Frutos pendientes, naturales e industriales. c) Frutos civiles irregulares. d) Beneficio neto empresarial. e) La percepción de los frutos irregulares.—5. *El principio «fructus non intelligitur nisi deductis expensis»*: a) Alcance. b) El artículo 356 del Código civil. c) Límites de aplicación del artículo 356 del Código civil. d) Alcance del derecho de reembolso. e) El reembolso del valor trabajo. f) Impensas en la cosa e impensas

en el fruto. g) Costes de obtención del beneficio empresarial.—XIII. RESTITUCION DEL USO.—1. *El uso como fruto*: a) Criterio general. b) El uso como ventaja patrimonial. c) Restitución de frutos.—2. *El uso como daño*: a) Criterio general. b) El uso como daño-lucro cesante. c) El uso como daño emergente.—3. *El uso como enriquecimiento*: a) El «contenido de destinación» de los derechos absolutos. b) Del daño al enriquecimiento.—4. *Solución propuesta*.—XIV. EL DINERO COMO OBJETO DE LA RESTITUCION.—1. *La disposición o recepción indebida de dinero*: a) El dinero poseído no está sujeto a restitución. b) Lo adquirido con dinero restituible no es restituible. c) El lucro del dinero no es fruto del dinero.—2. *Justificaciones*: a) La reivindicación de género. b) Otros efectos jurídicos. c) Los «títulos» de propiedad sobre el dinero. d) La conmixión del dinero. e) El pago de dinero.—3. *La realización del valor en cambio de la cosa poseída*.—4. *La obligación de entrega de dinero*.—5. *Subrogados en la restitución de patrimonios*: a) Subrogación por destino. b) Subrogación por sustitución. c) Ejercicio de derechos inmateriales del patrimonio. d) Subrogación a costa de bienes del patrimonio.—XV. ENRIQUECIMIENTO.—1. *El alcance del principio «in quantum factus sit locupletior»*. a) La «regula» de determinación de enriquecimiento. b) Significado de la «regula».—2. *Derecho español*: a) La regla general del Código civil. b) Disposición de la buena fe de la cosa. c) Restitución de la cosa en manos del tercer poseedor de buena fe. d) La aparente restitución de enriquecimiento por el «accipiens indebiti». e) Enriquecimientos impuestos. f) Recapitulación: enriquecimiento del poseedor de buena fe.—3. *La restitución del incapaz*.—4. *La prueba del enriquecimiento*.—5. *La desaparición del enriquecimiento*: a) Derecho comparado. b) Tipos de desaparición del enriquecimiento. c) Cálculo subjetivo del valor de la atribución. d) Pérdida de la prestación o del enriquecimiento.—6. *Momento de la fijación del enriquecimiento*: a) Los distintos criterios de fijación temporal del enriquecimiento. b) Momento de la determinación de la utilidad o el provecho.—XVI. DEDUCCION DE PROVECHOS PERCIBIDOS.—1. *Derecho común*.—2. *El artículo 453 del Código civil*.—3. *Límites a la obtención de provechos*: a) Protección frente a los enriquecimientos impuestos. b) Límites de la sustancia de la cosa. c) Extensión de los principios usufructuarios. d) Las atribuciones realizadas «libres de error».—4. *Gastos ordinarios de conservación*: a) El principio. b) Gastos de aumento de capacidad de rédito. c) Deducción de provechos en posesión en concepto distinto del de dueño. d) Amortizaciones empresariales. e) El mantenimiento de la sustancia.—5. *Deducciones del daño resarcible*.—XVII. RESTITUCION DE TODOS LOS PROVECHOS.—1. *Dos modelos de la restitución total de provechos*: a) «Gewinnherausgabe». b) «Waiver of tort».—2. *Límites a la extensión de restitución de provecho*: a) El uso. b) Disposición de dinero. c) El lucro de negociación de un bien. d) El uso instrumental.—3. *Dos fundamentos para la restitución de todos los provechos*: a) Prohibición de concurrencia. b) La realización de una actividad gestora.—4. *«Waiver of tort» en Derecho español*: a) Responsabilidad extracontractual. b) Lesión del contrato. c) Subrogados del objeto perdido de la prestación. d) Posesión de buena fe y gestión de negocios.

- e) Gestión de negocios impropia.—5. *La lesión de derechos inmateriales*:  
a) Los textos legales. b) Comentario.—NOTA.

## I. INTRODUCCION

Constituye el objeto del presente trabajo la «restitución de provechos». Bajo este enunciado contemplo un conjunto de supuestos caracterizados por las siguientes notas:

1. La existencia de una determinada cosa que ha de ser transferida por un sujeto a favor de un tercero legitimado para su posesión.

2. Un determinado modo de proceder sobre la cosa por parte del obligado a transferirla, que genera un determinado provecho, en un triple sentido: a) El restituyente obtiene provechos de la cosa sujeta a restitución. b) El restituyente realiza sobre la cosa una atribución que repercute en provecho del legitimado. c) El legitimado para la entrega pierde la expectativa de un determinado provecho como consecuencia de la posesión o de la conducta del obligado a transferir el bien. O bien, el bien sujeta a restitución queda mejorado por circunstancias externas a la actividad o conducta del obligado a la restitución.

Hemos dejado fuera de estudio las atribuciones patrimoniales que no están directamente conectadas con la posesión de un bien (obligaciones de hacer, gestión, rendición de cuentas, servicios prestados a un tercero, etc.). Por haber tratado ya de ello en otros trabajos anteriores (1), quedan fuera también del presente estudio las atribuciones patrimoniales sobre los bienes que generan una ventaja a favor del legitimado para la restitución. De éstos, así como de otros tipos de provechos obtenidos por una persona que por alguna razón deban imputarse a un tercero, haremos, no obstante, referencias en el presente trabajo cuando su tratamiento resulte presupuesto de comprensión del objeto central del mismo.

---

(1) «Ius aedificandi y accesion», 1986; «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», núms. 6, 7, 8, 9, 10.

## II. RESTITUCION

### 1. «Restituere»

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho Moderno, la expresión «restituere» no era en el lenguaje jurídico romano una palabra más del habla común que el jurista pudiera utilizar con un significado cualquiera. Resulta significativo que esta expresión aparezca múltiples veces definida en el título del Digesto que Justiniano encabeza bajo el nombre de *significatione verborum* (L. 50, tít. 16), a manera de cierre del sistema. Esta localización es importante porque, a lo que yo sé, en ninguna de las formas típicas de restitución (*restitutio in integrum*, *petitio hereditatis*, *condictiones*, etc.) el Digesto ofrece una definición acabada con pretensión de validez general.

*Restituere autem is intelligitur qui simul et causam actori reddit, quam si habiturus esset si statim iudiciis accepti tempore res ei reddita fuisset, id est et usucapionis causam et fructuum.* Paulo enuncia en este pasaje (50.16.35) no el significado del término, sino el contenido clásico de la institución *restitutio*: la cosa debe ser restituida al actor *cum omni causa*, esto es, con todo aquello que el actor hubiese tenido si la cosa hubiese vuelto a su poder en el momento del inicio del proceso (2). Y la fórmula se repite en otros pasajes concordantes: Gayo, 50.16.22, *plus est in restitutione quam in exhibitione... restituere est possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur.* En la *omnis causa* se contienen principalmente los frutos, *haec verba... eam rem recte rectituas, fructus continent* (Ulpiano, 50.16.73), y más allá del fruto, cualquier otro provecho que el actor pudiera obtener de la cosa, *nam verbo restitutionis omnis utilitas actoris continentur.*

Realmente esta expresión sólo alcanza a la situación del bien restituible desde el inicio del proceso hasta el momento de la sentencia. Como advierte Kaser *restituere* es *Prozess-Gegenstand*. En la fórmula no queda decidido cuál es la situación entre restituyente y actor por las circunstancias ocurridas antes de la *litis contestatio*.

La fórmula global *restituere* en realidad sólo se especifica completamente en las dos restituciones típicas por detentación contraria a Derecho: la *reivindicatio* (Dig. 6.1.20) y la *condictio* (Dig. 12.1.31). En lo que se refiere a la reivindicación resulta instructivo observar que la mayoría de las normas contenidas en Dig. 6.1. hacen referencia al período de pendencia procesal.

---

(2) Según KASER, el *Restitution-prinzip* exige que al actor se le sitúe en aquella condición en la que hubiera estado si la cosa se le hubiera entregado en el momento de la *litis contestatio* (*Restituere als Prozessgegenstand*, 1932, 2.<sup>a</sup> Auf., 1968, 7 y ss.).

La fórmula *restituere* se generaliza en el Derecho Común, desconectada de la atadura procesal que supone en el Derecho romano la *litis contestatio*. Según Althusio, *restituere significat rem exhibere non tantum, sed etiam cum universa sua causa, accessione, fructu, usura, interesse, omni commodo, tan occasione rei, quam ex ipsa rei praeveniente* (3).

## 2. Un concepto lato de «restituere»

En el Derecho romano la expresión *restituere* no se reduce a la mera fórmula de la *omnis causa* que conlleva la obligación de entrega de una cosa. Según Dig. 39.1.20, la demolición de lo edificado después de la denuncia de obra nueva aparece en el Edicto Pretorio bajo la expresión *restituere: quod factum est restituas*. Y la Partida 7, 32, 10, en el título dedicado a la «significación de las palabras», se limita a ofrecer un modesto significado de la expresión latina *restituere*: «restituere tanto quiere decir como entregar».

Domingo de Soto comienza el estudio de las *quaestiones* dedicadas al derecho de restitución con una definición que no comprometa la extensión del estudio ulterior: *restituere idem esse quod iterum quemquam in suum locum et ius statuere* (4), y exige únicamente tres condiciones como formando parte del derecho de restitución: 1) Que la reentrega del bien esté fundada en razón de deuda; de manera que no sería restitución el regalo hecho para pagar un favor. 2) Que exista equivalencia entre la cosa poseída y la que deba ser objeto de restitución. 3) Que el derecho de restitución no se haga depender de la simple injuria ni se limite a ser un derecho de compensación o indemnización por los daños injustamente causados por la sustracción de un bien.

Con estos elementos, Luis de Molina construye lo que sin duda continúa siendo hoy el tratamiento más perfecto de la teoría de la restitución. Según el autor (5), *restituere* puede tomarse en tres sentidos. Un sentido amplio: se hablará de restitución siempre que por alguna razón de derecho deba entregarse una cosa a un tercero. El pago (*solutio*) queda incluido en este significado amplio del término (6). En un sentido menos amplio, restitución comprende aquel conjunto de supuestos caracterizados por la entrega de una cosa, pero siempre que previamente a la entrega haya un momento o una oca-

(3) *Dicaelologicae libri tres*, I, XXXIV, 7.

(4) *De Iustitia et iure*, L. IV, Q. VI, art. 1.

(5) *De Iustitia et iure*, Disp. 714.

(6) *Nomen igitur restitutionis stricte solum in rebus ablatis locum habet, putaquae vel per iniuria surreptae sunt, vel si fuerint acceptae, iniuste tamen ultra constitutum tempus retinentur... et ideo sub iniusta acceptione, intelligitur etiam iniusta retentio* (SOTO, IV, VI, 2; para el autor, la *solutio* no forma parte del Derecho de restitución).

sión que pueda caracterizarse como *iniusta retentio*; se incluiría en este segundo sentido no el mero pago de la cosa debida, pero sí la restitución de lo debido por contrato a partir del momento en que el deudor incurre en mora. En una significación estricta de la expresión *restituere* se exige dejar fuera de la expresión todo aquel supuesto en cuya virtud la obligación de transmitir o entregar derive de contrato, aunque haya mediado mora: comprende la hipótesis en las que la cosa haya salido del poder del dueño por hecho injusto de un tercero (*res ablata*), bien permanezca en poder del sustractor, bien haya llegado a manos de un tercero que proceda de buena fe. Propiamente hablando en este sentido estricto, la restitución comprende la recuperación de la cosa robada y la reivindicación contra un tercer poseedor. Y puesto que esto es todo lo exigido para formar parte del significado estricto del derecho de la restitución, constituye también un elemento de ésta la *reparación del daño*, surgida de la mora o de cualquier otra contravención.

### 3. Dos modelos en la teoría de la restitución

Que yo alcance a saber, sólo han existido dos modelos que hayan pretendido una sistematización *unitaria* del derecho de la restitución, con intento de someter todas las hipótesis de transferencia o retransferencia de bienes a un principio aplicable a toda la materia. Evidentemente, esto sólo se ha podido conseguir por una reducción arbitraria, bien del área de materias que comprende la restitución, bien de los criterios de solución de conflictos.

#### a) *Modelo escolástico de la restitución*

Este modelo se construye en la doctrina escolástica española como contenido de los comentarios a la *Secunda Secundae* de Santo Tomás, a partir del momento en que la «*Summa Teológica*» sustituye en las Universidades españolas al Libro de las Sentencias de Pedro Lombardo. En realidad, las obras que aquí se refieren no pretenden ser otra cosa en principio que una especie de «manual de confesores». Al menos, en las formulaciones iniciales de Bartolomé de Medina y Domingo de Soto. La depuración jurídica sólo se alcanza con la recepción de esta doctrina en las obras de Luis de Molina y de Covarrubias. Se plantea, por tanto, un repertorio de problemas que hoy apenas pueden interesar al jurista, principalmente conectados con la siempre dificultosa escisión entre lo que era la esfera interna del derecho de la restitución (cuándo se debe y cuándo no se debe restituir en conciencia) y la esfera externa de su exigibilidad jurídica.

En lo que a nosotros nos interesa, la teoría de la restitución aquí referida se caracteriza por la permanencia a lo largo de las obras de los autores de dos proposiciones fundamentales.

1. Toda restitución, en el sentido estricto del término, nace bien de la injusta detentación de un bien conseguida por hecho ilícito (*restitutio ex acceptione*), donde la ilicitud es a la vez formal (por el modo de llegar a la posesión de la cosa) y material (por el hecho de poseer sin título la cosa que es de otro); nace el derecho de restitución en segundo lugar de la mera circunstancia, ilícita *materialiter*, de poseer sin derecho un bien de otro, y sin que haya mediado injuria o mala fe por parte del poseedor de este bien (*restitutione ex re accepta*). Por el primer parámetro están sujetos a restitución el sustractor de un bien y el tercer poseedor de mala fe. Restituye *ex re accepta* el tercer poseedor de buena fe. A partir de la mora se responde «*ex acceptione*» (7).

2. La restitución *ex re accepta* se rige de acuerdo al siguiente principio: el poseedor de buena fe restituirá siempre si conserva la cosa o los frutos *in natura* en su poder; de lo consumido o enajenado antes de que el dominio prescriba a su favor sólo restituye cuanto quede de la cosa o cuanto se enriqueció con ella. Computado en la restitución todos los frutos extantes y cuantos consumidos le hayan enriquecido. *Ex acceptione*, se restituye todo lucro y todo daño, incluso aunque se haya dejado de poseer (8). De acuerdo a estas dos reglas, los autores irán deduciendo conclusiones particulares en la teoría de la restitución que ahora remitimos a lugares más oportunos.

El modelo escolástico de la restitución es tomado enteramente por Grocio (lib. II, cap. X, «De las obligaciones que nacen del dominio») y es reelaborado por Puffendorf hasta constituirse en el derecho de restitución acorde con el *Ius Gentium*.

## b) Modelo anglosajón

El derecho de la restitución se convierte en el área jurídica anglosajona en una parte diferenciada del Derecho Privado a partir de la obra fundamental de Goff y Jones, «The Law of Restitution» (1.<sup>a</sup> ed., 1968; 2.<sup>a</sup> ed., 1978), y hoy ha adquirido carta de naturaleza en todos los países de lengua inglesa (9).

Se entiende por derecho de restitución aquel que comprende todas las acciones, fundamentalmente cuasi contractuales —pero también residualmente las de otro tipo— que estén fundadas en el principio del enriquecimiento injusto (10); o, dicho de otra forma, es la res-

(7) SOTO, IV, VII, 2; MOLINA, Disp. 718 y 724; COVARRUBIAS, *Relectio Peccatum*, Pars II, 1, *Opera*, I, p. 598; MEDINA, *De Restitutione et contractibus*, Q. 10.

(8) Autores y lugares citados en nota anterior.

(9) BIRKS, *An Introduction to the Law of the Restitution*, 1985. PALMER, *The Law of Restitution*, 4 vols., 1978.

(10) GOFF-JONES, *cit.*, 3.



puesta que consiste en imponer que una persona deba entregar (*give up*) (11) a otra un enriquecimiento recibido a sus expensas, o su estimación en dinero. El derecho de la restitución nace en el Common Law por la generalización de fórmulas procesales particulares; concretamente, del *common indebitatus* por *money had and received* y *money paid*, y de la técnica *quantum meruit* y *quantum valeat* cuando se trata de la restitución de servicios. Todas estas formas de acciones y otras suministradas por la *equity* fueron abolidas para dar lugar a la categoría general de enriquecimiento injusto (*Unjust enrichment*) (12). Lo característico de este *law of restitution* es la preterición de las pretensiones dominicales. El derecho de propiedad no forma parte del derecho de la restitución (13), y si en virtud de la transferencia indebida que da lugar a la obligación de retransmitir, la propiedad no habría salido de su titular, no hay cuestión en la que intervenga el derecho de la restitución. En verdad, y desde una óptica continental, el *law of restitution* no es otra cosa que una síntesis conseguida alrededor del derecho de cuasicontratos.

Goff y Jones dividen el área del derecho de la restitución en tres grandes grupos: 1) El demandante atribuye una ventaja a un tercero, atribución que carece de causa (*mistake, compulsion, ineffective contract, total failure of the consideration*). 2) El demandado recibe la ventaja por intermedio de un tercero. 3) El enriquecimiento se produce por acto ilícito y se recupera mediante la técnica cuasi contractual del *waiver of tort*.

Para Birks, el enriquecimiento injusto puede ocurrir *by subtraction* y *by wrongs*. Al primer tipo pertenecerían los desplazamientos basados ya en una transferencia no voluntaria del objeto restituible, ya por la libre aceptación (*free acceptance*) de una atribución patrimonial por parte del demandado que sabe se le está imponiendo una ventaja indebida (14).

El *law of restitution* se compone, de esta manera, de una parte importante del derecho de los contratos, y principalmente de la parte del mismo conectada con los problemas de la ineficacia del título, y se compone, sobre todo, del derecho de cuasicontratos. El derecho de daños es particularmente tenido en cuenta sólo en la medida en

---

(11) BIRKS, 13.

(12) GOFF-JONES, 5.

(13) GOFF-JONES, 42; BIRKS, 15, 49 y ss.

(14) HARRIS, *Restitution and quasi-contracts*, en «Chitty's Law of Contracts, 23.<sup>a</sup> ed., núm. 1.672, clasifica la materia de *restitution* en: 1.º *Restitution*, el demandado está obligado a devolver lo recibido por el actor; 2.º *Reimbursement*, el actor ha pagado a un tercero en beneficio del demandado; 3.º *Liability to account to the plaintiff*, el demandado ha recibido una ventaja de tercero; 4.º *recompense*, retribución de servicios prestados.

la que del hecho ilícito de tercero pueda nacer para el legitimado una acción de *restitution of profits*, distinta de la simple indemnización.

Forman parte por fin una serie de supuestos marginales como pueden ser los derechos surgidos del rescate marítimo. Por último, el *law of restitution* se cierra con el catálogo de *defences* que el demandado puede oponer a la acción de enriquecimiento para retener el provecho recibido (*stoppel, change of position* —equivalente a la «desaparición del enriquecimiento»— *illegality* —cfr. arts. 1.305, 1.306 C.c.—, *incapacity* —art. 1.304 C.c.— o *bona fide purchase*).

### III. LA RESTITUCION EN EL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL

#### 1. General

Del Código civil ha desaparecido (15) el único modelo regulativo que la tradición del Derecho continental había hecho descansar enteramente en los principios restitutorios del enriquecimiento, la *petitio hereditatis*, que, lejos de ser un mero expediente procesal de reivindicación de un patrimonio hereditario ante un mero heredero aparente, aparece tradicionalmente como un recurso general de liquidaciones posesorias en todo tipo de conflictos conectados con la sucesión en la posesión de un bien hereditario (16). Más aún, en los ordenamientos territoriales que, por su mayor conexión con el Derecho romano común, conservan la institución referida, como es el caso de la Compilación catalana, la institución carece enteramente de un régimen restitutorio propio, actuándose en este punto, respecto de frutos y gastos, por una remisión a las normas de la reivindicación (art. 275 Comp. catal.).

El Código civil ha prescindido en segundo lugar de generalizar en el ámbito restitutorio las acciones cuasicontractuales, limitadas hoy a la gestión de negocios y al pago de lo indebido, sin perjuicio de algún que otro excurso jurisprudencial referido a la existencia de cuasicontratos atípicos (17). No se desconocen en este punto los intentos de parte de la doctrina por extender el ámbito de los artículos 1.895 y ss. más allá del estricto campo del pago por error, ya con la pretensión de convertir a la *condictio* codificada en una *condictio generalis sine causa* para todo desplazamiento patrimonial indebido (18), ya con

(15) No en otros Ordenamientos: Cfr. §§ 2018 y ss. «BGB».

(16) El conjunto de supuestos donde cabía el ejercicio de la *petitio hereditatis* era muy amplio: Cfr. Dig. 5,3,9-17. El *bonorum possessor* (Dig. 5,5,1-2) y el heredero fideicomisario (Dig. 5,6,1-3) gozaban también de este beneficio procesal.

(17) Cfr. STS 21-VI-1945.

(18) NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa*, 1934, y *Pago de lo indebido*

el objeto de adecuar la regulación de estos preceptos de forma que puedan ser convertidos en el régimen restitutorio de los contratos ineficaces del artículo 1.303 (19). Tampoco se ignora que la jurisprudencia tiende a hacer un uso extralimitado de los principios cuasi contractuales. Unas veces caracterizando como pretensiones de enriquecimiento sin causa ciertos supuestos que tienen cómodo encaje en la liquidación posesoria de los artículos 451 y ss. (SS 27-3-1958, 4-11-1976, 25-11-1985). En otras, acudiendo a la técnica de la gestión atípica de negocios para resolver cuestiones restitutorias que surgen de las atribuciones patrimoniales fundadas en títulos nulos o putativos, principalmente en el área del Derecho administrativo de la contratación de obras (20). Por fin, una reciente vía jurisprudencial paladinamente proclama que los artículos 1.895 y ss. constituyen la consecuencia restitutoria adecuada a la restitución que surge de la nulidad de los contratos, ya que, si bien no existe error, en estos casos se entregó lo que materialmente no se debía (21).

Con independencia de la extensión arriba referida de estas acciones cuasi contractuales, lo cierto es que ello no empece la afirmación de que dichos medios restitutorios están en gran medida huérfanos de regulación en lo que a la liquidación de provechos se refiere. No olvidemos que en el artículo 1.897 no se responde a la cuestión sobre los frutos de la cosa indebidamente pagada, y en lo que concierne a gastos y mejoras, el artículo 1.898 actúa por remisión a los preceptos posesorios. La gestión de negocios ajenos, por su parte, probablemente deba entenderse integrada en su artículo 1.893 por las pertinentes remisiones a las normas de la posesión y el mandato.

El Código civil, en fin, no ha aceptado en su seno una concurrencia de soluciones que disciplinen contradictoriamente entre sí el área de la restitución. La única *Wertungswiderspruch* llanamente constatable en el cuerpo del Código es acaso la que resulta de la comparación de los artículos 451 y ss., de un lado, y 1.295 y 1.303 de otro, a la que nos referiremos a continuación. Muy distinto del Derecho alemán, por ejemplo, donde desde la fecha de su publicación la doctrina denuncia contradicciones valorativas difícilmente justificables entre tres tipos de bloques normativos: las normas que regulan la restitución del enriquecimiento (§§ 812, 818, 819 BGB), que imponen la restitución de todo lo que se haya obtenido (*Erlang*), con inclusión de los

---

sin error, «RGLJ» (179), 129 y ss.; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa*, 1979.

(19) DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, XVII-2.º, 291 y ss.

(20) SSTS 8-I-1909, 21-VI-1945.

(21) STS 31-XI-1984. Pero en otras ocasiones el TS tiende a resolver conforme a las normas de nulidad por ilicitud de la causa supuestos como el de venta por precio superior al reglamentario, que muy bien tendrían acomodo en el pago de lo indebido (STS 20-V-1985).

frutos de la cosa a restituir; las normas que disciplinan la relación de reivindicación, en la que el poseedor de buena fe no responde ni a tenor de los principios del enriquecimiento ni está sujeto a la responsabilidad por hecho ilícito (§§ 987, 990, BGB); las normas que regulan la *petitio hereditatis*, donde se impone la obligación de restituir todo lo que el poseedor haya obtenido de la herencia (§§ 2.018, 2.020). Esto ha llevado a la necesidad de una diversa gradación valorativa en la que se impone hoy de modo definitivo el carácter de *privilegio* de la solución posesoria y se da entrada al criterio clásico de solución de antinomias basados en la razón de *especialidad* de la solución normativa (22).

## 2. El modelo de la reivindicación

### a) Generalidad el artículo 348-2.º

El artículo 348-2.º del Código civil es la única norma general de alcance restitutorio dentro del Código civil. Establece que el propietario de un bien puede recuperarlo de aquel de quien lo posee. Constituye la única norma que no viene en este ámbito cualificada por el modo determinado por el que el tercero llegó a poseer, y se distingue, en razón de esto, de los artículos 1.295 y 645 y ss., reducidos en su alcance restitutorio a la posesión que se adquirió por contrato válido que posteriormente se rescinde o resuelve (remisión del art. 1.124); del artículo 1.303, en el que se accede a la posesión mediante un título ineficaz; del 1.897, donde la tenencia de la cosa restituible se produjo por una errónea prestación del *solvens*; del artículo 101 Código penal, en el que el tenedor de la cosa alcanzó su posesión mediante delito.

### b) Diversas consecuencias de la norma

El artículo 348-2.º del Código civil ha sido integrado por una amplia jurisprudencia que a lo largo de un siglo ha ido desentrañando los requisitos y efectos de la acción reivindicatoria, y cuyo estudio remito a las obras más generales en esta materia. Lo que ahora im-

---

(22) La relación contradictoria entre los referidos preceptos ha sido puesta de manifiesto por SCHULTZ, *System der Rechte auf dem Eingriffserwerb*, «AcP» (105), 325; KOBL, *Das Eigentümer-Besitzer Verhältnis im Anspruchssystem des BGB*, 1971, 223; y en general, la totalidad de la doctrina. La solución quiere encontrarse acudiendo al principio de especialidad entre normas (KOBL, 224; LARENZ, *Schuldrecht*, II, 1981, 572; GURSKY, *Staudinger Kommentar*, Vorb. §§ 987-983 «BGB», núms. 22-25). Recientemente se quiere entender que la especialidad excluyente de las normas posesorias sólo se da en la *Eingriffskondition*, mas no en la *condictio* de prestación, donde regiría preferentemente el § 818.

porta es que del escueto y casi obvio enunciado del precepto referido, el intérprete puede obtener un rico repertorio de consecuencias prácticas. Entre ellas:

I. El artículo 348 supone de modo implícito que nadie que indebidamente posea la cosa ajena está legitimado para restituir en una medida menor que la de la cosa misma que posee. Sus pretensiones concurrentes no pueden ser *deducidas* de la cosa. Podrá acaso retardar la restitución si goza de un derecho de retención por gastos, pero no repercutir estos derechos concurrentes sobre la sustancia de la cosa (apropiándose, por ejemplo).

II. No se le pueden oponer al propietario las consecuencias de la relación entre el poseedor y su causante, pues la pretensión de aquél resulta exclusivamente de la cosa, no de contrato o de cuasicontrato.

III. La propiedad de la cosa no da por sí misma, y en razón de esa propiedad, derecho sino contra su *actual* poseedor. No estarán pasivamente legitimados a este efecto (veremos si lo están a otros) los poseedores intermedios que hayan dejado de poseer en el momento de la acción.

IV. Sólo excepcionalmente la restitución del objeto puede ser sustituida por la de su valor. Estas excepciones derivan, o bien del modo de actuar sobre la cosa haciéndola *inidentificable* (arts. 360, 375, 380, 1.307 C.c.) o bien de la protección dispensada a un tercero por razones de tráfico (1897, 85 C. Com., etc.).

El artículo 348-2.º *es una consecuencia de la propiedad, no una determinada técnica restitutoria*. No presupone los medios en que se haya basado la posesión que se impugna ni el título por el que el mismo dueño entró en la propiedad de la cosa (contrato, herencia, usucapión) (23). Es norma general también en otro sentido, a saber, en la indiferencia de si la posesión se adquirió directamente del dueño o mediante por un tercero: la nulidad del título por el que el dueño le transmite la cosa directamente al poseedor le permite reivindicar; y, a la inversa, cuando la Ley, a pesar del título ineficaz, excluye la restitución, no sólo excluye la restitución por el título contractual viciado, sino que impide reivindicar; es decir, si, por ejemplo, los artículos 1.305 y 1.306 excluyen la acción restitutoria derivada de la nulidad, igualmente excluyen la posibilidad de reivindicar (24).

---

(23) Sólo una completa promiscuidad en el uso de los términos puede llevar a afirmar que el art. 348 C.c. contiene una *condictio sine causa* que el propietario puede hacer valer frente a todo poseedor, como de hecho mantiene NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa*, 151.

(24) Esto es mucho más discutido en el Derecho alemán, donde la restitución del enriquecimiento no responde a las mismas reglas que las que regulan la reivindicación.

### c) Régimen restitutorio de la reivindicación

En reciprocidad a su completa abstracción respecto de un determinado supuesto de hecho, el artículo 348 del Código civil es la única norma restitutoria del Código civil que está absolutamente desprovista de una concreción normativa, por mínima que sea, sobre el alcance y efecto de la reivindicación. Esto no es, sin embargo, una carencia. La formación histórica codificada demuestra que la normativa de liquidación posesoria constituye precisamente el régimen restitutorio de la reivindicación, su *omnis causa* (Dig. 6, 1, «*De Reivindicazione*») y que el Código civil, heredando el sabio modelo del P.1851, ha generalizado para convertir esta *omnis causa* en el estatuto de todo poseedor con independencia de cómo llegó a poseer (25). A diferencia de lo que ocurre en la codificación alemana, el régimen restitutorio de la *reivindicatio* no es en el Código civil una normativa con meras pretensiones de concurrencia junto a otras, y ello porque el Código civil desechó que este régimen de restitución de los artículos 451 y ss. fuera un exclusivo apartado de la reivindicación, vinculándolo ahora no a la acción por la que se recupera, sino al modo de estar pasivamente legitimado, al poseer el bien.

### 3. Los diversos modelos restitutorios del Código civil

Creo que todo supuesto donde el Derecho regule una transferencia de bienes, en el sentido amplio que aceptamos anteriormente de la expresión *restituere*, puede ser encuadrado en alguno de estos cinco modelos.

I. Restitución de un bien ajeno detentado sin derecho, sin necesidad de considerar —y con independencia de ello— el *título* por el que se entró indebidamente a poseer. Constituye el tipo restitutorio *general*, pues no atiende a otras condiciones que la propia indebida detentación. Responden a este sistema la reivindicación del artículo 348, la *condictio* del 1.895 y acaso la restitución sucesoria de los artículos 197 y ss. (reaparición del ausente).

II. Restitución de bienes en razón a la *pérdida de eficacia* del título por el que se entró a poseer, o a la misma ineficacia inicial de este título. Aquí es esencial un título que cualifique el modo deter-

---

Reivindicación en una relación interpartes sólo se daría cuando, además de la ineficacia del contrato obligacional, fuera ineficaz el contrato real de transmisión. Sobre el problema enunciado, KOBL, 213.

(25) Cfr. mi trabajo *Ius aedificandi y accesion*, Cap. VI (1986), y DELGADO, *Adquisición y restitución de los frutos por el poseedor*, «ADC», 1975, 558 y ss.

minado por el que se posee y abarca un conjunto de supuestos de ineficacia generalmente contractual por defectos de la obligación. En el Derecho romano su común denominador es el responder al esquema de la «*restitutio in integrum*», es decir, aquella basada en el principio de que el contrato devenido ineficaz debe quedar en tal forma que *nihil amplius consequeretur quam quod haberet si (venditio) facta non esset*. En el terreno puramente contractual responden a este modelo los artículos 1.124-1.295 (resolución, rescisión), 1.123 (cumplimiento de la condición resolutoria), 1.120, 1.122 (condición suspensiva); también artículo 801 (condición potestativa impropia del heredero), artículos 1.303 y ss. (nulidad del contrato), artículo 1.486 (redhibición de la venta), retracto (1.519 C.c.). La revocación de las donaciones responden también a este modelo, igual que la nulidad de la delación del artículo 760 y la reducción del legado inoficioso. También responden a este modelo en el ámbito sucesorio, cualquier otro tipo de ineficacia en sentido amplio (nulidad, preterición, rescisión, complemento de legítima, etc.).

III. Restitución de bienes en razón de un *título preferencial* cuya eficacia queda *dilatada* en el tiempo. Constituye el conjunto de los supuestos de *posesión sucesiva*, donde el primer poseedor, y obligado después a restituir, detenta la cosa justamente hasta la eficacia retardada del título preferente. En el ámbito contractual están en este caso las normas que disciplinan en cumplimiento de la condición suspensiva (arts. 1.120, 1.122). En el Derecho sucesorio es donde este tipo de restitución encuentra más amplia aplicación: reservas viudales o troncales (arts. 811, 986 y ss. C.c.), reversión lineal del artículo 812, sustituciones fideicomisarias del artículo 783; heredero a término del artículo 805. De modo general puede afirmarse que la posesión detentada hasta la eficacia del título preferencial responde, extramando ahora la analogía, al modelo más general de una posesión «usufructuaria» (cfr. 1.122-6.º C.c.). Obsérvese que casos como los de las condiciones de los artículos 1.120-1.123 pueden estar tanto en este modelo como responder al anterior. Acaso también la posesión temporal de que hablan los artículos 186 y 187 del Código civil.

IV. Restitución derivada de la obligación de reentrega en contratos o derechos reales caracterizados por la *cesión del uso temporal* a un tercero en concepto distinto del de dueño: usufructo, arrendamiento, depósito, comodato, prenda, etc. (arts. 487, 1.573, 1.741, 1.753, 1.766, 1.770, 1.777, 1.779, etc.).

V. Restitución *solutoria*: la entrega de bienes en cumplimiento de una obligación de dar (1.094, 1.097, 1.160, 1.182, 788, 1.468, 882 y ss., etc.).

A los efectos de esta restitución, que he llamado solutoria, es indiferente que la obligación de entrega sea una obligación de transmitir

la propiedad o ésta haya ya pasado al acreedor, transmitiéndose en cambio la simple posesión en concepto de dueño.

#### 4. Problemática

En toda teoría sobre la restitución existen una serie de cuestiones que de una manera u otra tienen que ser resueltas por el conjunto de normas que imponen el deber de restitución. Los problemas que ha de afrontar una teoría de la restitución son los siguientes:

##### a) *Régimen de los provechos obtenidos de la cosa*

En los modelos III y IV, arriba transcritos, la simple recurrencia a los supuestos en ella examinados demuestra que los provechos se suelen retener dado el valor «usufructuario» que suele ostentar el título de posesión temporalmente condicionada a la eficacia de un título preferente (modelo III) o el derecho real o de crédito que legitima el uso temporal de la cosa ajena. No se retienen, sin embargo, cuando la intensidad de relación del legitimado con la cosa apenas puede llamarse posesión en concepto propio (depósito, art. 1.770; comodato, art. 1.741) defecto de intensidad que queda explicado en estos supuestos de cesión donde no se paga remuneración por la posesión del bien y donde prima el factor «custodia».

En el modelo V (restitución solutoria) se impone con carácter general una restitución de provechos al acreedor. Entran, junto a las accesiones, en la *omnis causa* (arts. 1.095 y 1.097). Pero aquí la entrega de provechos tiene su fundamento más claro en la idea de *sinalagma* o en el recurso más desvaído del principio de accesoriedad que inspira el artículo 1.097.

Los modelos I y II constituyen el auténtico ámbito de la restitución de provechos: posesión indebida y título no bastante para legitimar una pretensión de disfrute del provecho de los bienes restituibles. A estos modelos dedicaremos atención ulterior, dado su peso específico.

Generalmente, el provecho obtenido de la cosa se restituye en nuestro sistema en el curso y con la propia atención de recuperación de la cosa que los produce. Mas existen especies de restituciones atípicas de provechos donde la *entrega* de los mismos no responde al esquema propio de una restitución regular, sino que aparecen como indemnización dentro de la cifra del *id quod interest* del acreedor (los frutos que recupera del vendedor el comprador que ha sufrido la evicción, en la hipótesis del art.1.478-2.º), o, bajo una apariencia sedicentemente dominical, no se trata más que de una *computación* del provecho obtenido a efectos de calcular el montante del derecho ajeno; paradig-



máticamente está la restitución de provechos en la colación hereditaria (art. 1.045, plusvalías; art. 1.049, frutos) y hoy la computación del provecho para el cálculo de la legítima a la que se refiere el artículo 847 del Código civil.

#### b) *Indemnizaciones*

El cálculo e indemnización del *id quod interest* del legitimado para la restitución, cuando, ya por el modo de acceder a la posesión del bien destinado a otro, ya por la manera de proceder sobre el mismo, el Ordenamiento hace nacer una pretensión de reparación que imputa como responsabilidad al obligado a restituir. Las normas que regulan esta responsabilidad se extraen, normalmente, para todo supuesto de restitución de los preceptos generales de las obligaciones: responsabilidad por custodia (art. 1.094), responsabilidad por el incumplimiento (1.101), con los efectos previstos en el artículo 1.106. La cifra del *id quod interest* encerrará las siguientes partidas: a) La responsabilidad derivada del modo ilícito de acceder a la posesión no debida de una cosa (arts. 455, 457 C.c.). b) La responsabilidad derivada de haber provocado la causa de ineficacia inicial o sobrevenida del título (1.124, 1.488, 1.303, etc.). c) La responsabilidad derivada de la prolongación injusta de la posesión de una cosa entregable o restituible (la mora de los arts. 1.100, 1.101, 1.096, 1.183, 1.185, etc.). d) La responsabilidad que nace por el modo ilícito de proceder sobre la cosa (art. 1.744, etc.). Téngase en cuenta que en el Código civil la *mora* no es un fundamento especial en la obligación de restituir provechos. O éstos ya se debían antes de la mora o se deben a partir de ella, pero en este caso, dada la aplicación analógica de la «cesación» de la posesión de buena fe de que habla el artículo 451, la mora es sólo un fundamento de la obligación de indemnizar (art. 1.101), obligación en la que puede entrar el provecho en la forma de «ganancia frustrada» (art. 1.106).

Con carácter general, en este apartado puede afirmarse: 1) Que el canon de conducta se determina para la mayoría de los supuestos por la responsabilidad por culpa leve de los artículos 1.094 y 1.103 (así, por ejemplo, art. 497 para el usufructuario o el art. 1.766 para el depositario). 2) Que la cuantía de la indemnización se calcula con los criterios que suministran los artículos 1.106 y 1.107 del Código civil.

#### c) *Régimen de gastos hechos en la cosa*

El Código civil reconoce tres criterios distintos de regulación de la expectativa de reembolso por gastos y mejoras en la cosa restituible.

I. El régimen de la *posesión*, artículos 453, 455, cuya posibilidad expansiva sólo quedará en principio desechada ante la existencia de un criterio distinto que presente una mayor conexión con el supuesto en cuestión.

II. El régimen *usufructuario* de los artículos 487 y 1.122, apropiados de modo general en toda cesión titulada de un bien en la que el poseedor en concepto distinto del de dueño retiene los provechos para sí (cfr. 1.573, arrendatario). Creo —me referiré a ello más tarde— que es igualmente el régimen pertinente a la restitución que responde al modelo III arriba descrito (posesiones sucesivas ante la existencia de un título preferencial de eficacia retardada).

III. El reembolso total de gastos de quien *gestiona en interés del dueño* un asunto propio de éste, y siempre que los mismos se hayan producido dentro de los límites de actuación que permite el título por el que se gestiona o administra el referido bien o negocio del *dominus*. Proporcionan el modelo, respectivamente, los artículos 1.728 y 1.729 para el mandatario y el artículo 1.779 para el depositario. Este último debe ser el aplicable a todo tipo de tenencia de la cosa restituible que responda al régimen de la custodia asimilada al depósito (vendedor antes de la tradición, heredero hasta la entrega del legado).

Al igual que ocurre con los provechos, el reembolso de gastos puede producirse en formas atípicas en las que el gasto no se reembolsa o descuenta en el momento de restitución de la cosa (generalmente con derecho de retención, salvo el comodatorio del art. 1.747). La evicción nos suministra un ejemplo también en esta ocasión: si el comprador se ha reembolsado del reivindicante el valor de las mejoras hechas en la cosa por su vendedor, en la obligación de saneamiento estas mejoras serán *restituidas* al vendedor mediante descuento de la obligación de sanear que impone el artículo 1.478 (26). A la inversa, puede ser restituido como impensa hecha en la cosa una prestación que el restituyente podría reembolsarse de un tercero: imaginemos el caso del heredero aparente del artículo 197 del Código civil que paga una deuda hereditaria y que llegado el caso de restituir no puede cobrarse del *accipiens* el pago indebido por concurrir alguna de las causas de exención enunmeradas en el artículo 1.899 del Código civil; no hay duda que en este caso el heredero aparente recobrará esto como impensa en la cosa y será deudor el declarado fallecido que recupera sus bienes (27).

---

(26) POTHIER, *Tr. du contrat de vente*, núm. 118.

(27) Para la *petitio hereditatis*, Dig. 5,3,17; Cfr. KIPP-COING, *Derecho de sucesiones*, II, 203.

d) *El riesgo*

El riesgo de la cosa consiste en saber quién ha de soportar las consecuencias negativas de la pérdida o deterioro del bien sujeto a restitución. El Código civil maneja en este conjunto de problemas diversos criterios. En general puede afirmarse que en materia de restitución la atribución del riesgo responde, a veces cumulativamente, a alguno de los siguientes criterios:

I. Según se haya obtenido la indebida posesión de buena o mala fe (art. 457) o según si el riesgo acaece en un instante anterior o a aquel en que el restituyente incurre en la culpa de la indebida retención (arts. 1.06 y concordantes).

II. Según la cosa restituible sea específica o fungible.

III. Según el suceso causante de la pérdida o deterioro, caso fortuito o hecho imputable a la conducta del obligado a restituir.

IV. Según quien retenga para sí los provechos obtenidos por la cosa o producidos por ella.

El criterio general que acaso pueda extenderse a todo tipo de restitución es el del artículo 1.182 del Código civil: la pérdida de la cosa por hecho no imputable al obligado a restituir le exime de responsabilidad. Pero este criterio es concurrente con otros, bien el de la total irresponsabilidad (457, 1.897 C.c.), bien el de absoluta prestación del riesgo (arts. 645, 1.307 C.c.).

e) *Subrogados*

Bajo este epígrafe se recogen un conjunto de supuestos donde la cosa restituible se pierde o se dispone eficazmente a favor de un tercero, habiendo entrado en el patrimonio del obligado a restituir un determinado bien representativo de la salida patrimonial. Más allá de este problema quedan todavía hipótesis de restitución de masas patrimoniales de la que forman parte derechos de adquisición inmatrimoniales (opción, retracto, etc.) que han sido ejercitados en un instante anterior al que la cosa pasa a poder del poseedor legítimo. La obligación de restitución de subrogados, a la que nos referiremos en detalle en otro lugar, aparece en el Código civil como una problemática que corresponde o puede corresponder a todos los modelos de restitución (arts. 197, restitución de herencia; 1.186, *commodo* representativo en obligación de dar; 1.897, subrogado del indébito perdido o consumido; 968 y ss., subrogados de los bienes reservables; 812, subrogado del bien sometido a reversión; 1.765, 1.777, 1.778, subrogados del depósito que no puede ser restituido).

## 5. Condiciones de posibilidad de un sistema de restitución

Un sistema legal de restitución es tanto más rico cuanto mayor sea el conjunto de problemas, entre los arriba enunciados, a los que dedica atención y provee de solución normativa.

Es evidente, como decían los clásicos, que la condición de posibilidad para poder hablar mínimamente de un régimen de restitución es la asunción por el Ordenamiento de un principio de justicia conmutativa donde las expectativas legítimas de los titulares de pretensiones sobre un determinado bien no queden frustradas por la pasividad o ausencia de recursos de un Ordenamiento. Pero al margen de esta evidencia, es no menos cierto que el área del Derecho de restitución es la resultante de unas determinadas presuposiciones que hoy aparecen como constantes, pero que el curso de la historia demuestra que no han pasado de ser variables expuestas a distinta configuración según los intereses a satisfacer por cada tipo de ordenación normativa.

### a) *Indiferencia ante las modificaciones del estatuto del bien*

No hay en absoluto problema de restitución cuando se institucionaliza el principio de que todas las ventajas o desventajas que se produzcan en el modo de proceder sobre una cosa quedan en beneficio o riesgo de quien las haya sufrido. Esto sólo se lo puede permitir la Ley cuando no se discute un auténtico problema de restitución, como resulta ser el caso de la colación del artículo 1.045 del Código civil: al haberse elegido un sistema de colación por imputación puede con acierto afirmarse que los aumentos o deterioros físicos de la donación colacionable quedan a cargo y beneficio del donatario, lo que en modo alguno se podría decir de haber seguido el Código civil el sistema tradicional de colación por aportación (28).

De acuerdo a este sistema tan simple de evitar problemas de restitución, el alcance de ésta quedaría así delimitado: el poseedor retiene los frutos que obtiene de la cosa; el sucesor en la posesión se apropia de las mejoras sin desembolso por su parte; los riesgos los sufre quien tenga interés en la permanencia de la cosa.

Y lo curioso de todo esto es que el modo de proceder aquí descrito no es completamente imaginario. Quiero recordar al lector que en el ámbito del Derecho de daños todavía Thiele acudió a este principio de «incomunicabilidad» para justificar su tesis-minoritaria, por

---

(28) Como demuestra la compleja exposición que al tema dedican GARCÍA GOYENA y AGUIRRE en *Febrero*, II, núms. 2.237 y ss.

lo demás (29), de rechazo de la *compensatio lucri cum danno* en el cálculo del monto de la indemnización (30).

#### b) *Liquidación de la restitución*

El derecho de la restitución queda considerablemente reducido en su complejidad cuando la obligación —surgida de cualquier título— de transferir la cosa a un tercero queda sustituida por la restitución de su valor, o donde la misma obligación de transferencia de la cosa se concibe normativamente en todo caso como deuda de género; o, en fin, donde la mecánica de la restitución quedase cifrada en el derecho a pedir una cantidad de dinero, como indemnización, por parte del legitimado para la entrega del bien.

Sustituciones de bienes específicamente determinados que adquieren la categoría de una deuda de género pueden encontrarse en Ordenamientos primitivos, de los que nuestro Fuero Juzgo suministra un claro ejemplo. Pueden consultarse las Leyes que integran el t. IV del l. VIII, relativas al daño causado en animales ajenos. El que labra su campo con ganado ajeno restituirá otro animal de la misma especie que el utilizado (l. IX). Sólo cuando el obligado no disponga de una cosa «*eiusdem generis*» la restitución será de valor, pero no específica (. XXI: deterioro del vestido ajeno indebidamente utilizado). La restitución de género alcanza igualmente a los inmuebles; de esta forma quien hace labor en finca ajena restituirá otro tanto de tierra igual que la ocupada (l. VI, t. I, l. X). Las consecuencias de este modelo simplificado de restitución saltan a la vista: no se plantea un problema de restitución de provechos, ni tiene lugar preguntarse por el reembolso de gastos, ni cabe, por innecesario, acudir a ningún criterio de evaluación del daño causado; el riesgo lo soporta siempre el obligado a restituir.

Una simplicidad como la descrita sólo cabe en una estructura económica escasamente desarrollada, donde el mercado de bienes está en reducida manera diferenciado, y se parte del principio de que todos los sujetos del tráfico poseen un mismo tipo de bienes y que éstos, como decían los clásicos (31), *recipiunt functionem in genere suo*.

En el Derecho del Código civil esta restitución simplificada sólo se conserva en casos marginales, como es el artículo 380 (adhesión de muebles), donde, por lo demás, la restitución *tanquam genus* no

---

(29) En España la ha defendido brillantemente PANTALEÓN en su tesis doctoral *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, 1981, 144 y ss; 645 y ss.

(30) *Gedanken zur Vorteilsausgleichung*, «AcP» (167), 198.

(31) Cfr. Dig. 12,1,2: no funcionaría aquí el requisito de «exactitud» del pago.

sustituye a una restitución específica, sino a una deuda de valor cifrada en dinero. En el resto del sistema, una restitución del *genus* sólo se disciplina para los casos en que haya existido una previa entrega de cosas fungibles (cuasi usufructo, préstamo, dote estimada).

Más frecuentemente es, sin embargo, la sustitución de la restitución específica por una cifra de valor medida en dinero. En el Código civil esta sustitución del objeto de la restitución responde a justificaciones varias:

a) Por el elevado coste de una restitución en forma específica, como prueban los supuestos normativos recogidos en el régimen de la accesión (arts. 360, 361, 375), o la solución que nuestra jurisprudencia ofrece a los conflictos surgidos por la extralimitación de construcciones y que en otro lugar he expuesto con detalle (32).

b) En otras ocasiones porque la cosa ha desaparecido o se ha perdido (cfr. art. 1.307) con perpetuación de la obligación, ahora sustituida por una partida indemnizatoria, o porque se ha procedido de forma tal sobre el objeto que éste resulta jurídicamente inidentificable (art. 383, especificación) (33).

c) En tercer lugar, porque en ocasiones el Ordenamiento asume como principio la consideración derivada de la protección al tráfico. Pone a salvo de toda reclamación al tercero de buena fe al que ha ido a parar la cosa sujeta a restitución (art. 1.295, 1.897 C.c.; 34 L.H. 85 c. de Com.).

d) Porque el legislador considera que un determinado supuesto otrora sometido a las reglas de la restitución debe quedar reducido a una operación contable, como ocurre en la colación y, después de 1981, con el régimen matrimonial de participación (art. 1.427 C.c.).

Una restitución así entendida como crédito por una cantidad de dinero, obvia el problema de los frutos (no se restituirán, acaso sí los intereses), de los gastos (no se reembolsan, al conservarse la cosa sobre la que se realizaron), de los subrogados (no se deben) o del riesgo (*genus nunquam perit*).

### c) *Ruptura de equivalencia*

Se excede el ámbito del derecho de restitución cuando no existe equivalencia entre el objeto restituible y la obligación a la que se

(32) Cfr. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núms. 6, 7, 8.

(33) Según LORENZ (*Staudinger Kommentar*, «BGB», §818, núm. 21) el RG ha aplicado este principio en ocasiones imponiendo una restitución por el valor en lugar de la entrega de la cosa cuando, tratándose de un inmueble, se ha edificado en él de forma tal que *etwas anderes geworden wird*.

somete al obligado; es decir, cuando la restitución suple el ámbito penal y aparece como sanción. Las restituciones en el *duplo* o aún en una cifra mayor, aparecen en sistemas donde lo civil y lo criminal están confusamente diferenciados (34), o donde la acción penal se canaliza por vía de remedio procesal jurídico privado (la *actio* y la *condictio furtiva* de Dig. 13,1 y Dig. 47,2).

El Derecho moderno elimina esta promiscuidad funcional y ni tan siquiera en la obligación de restituir que surge de delito (arts. 101 y 102 C.p.) la medida de esta obligación obedece a parámetros diversos de los civiles. La lesión intencionada del crédito ajeno sólo produce en el Derecho español obligación de indemnizar la cuantía del interés del acreedor en el cumplimiento del contrato (art. 1.106). Únicamente para la hipótesis de posesión indebida de mala fe el Código civil impone una restitución cuasi penal de todos los frutos que el poseedor obtiene de la cosa (art. 455) (35).

#### d) *Reciprocidad*

Representa igualmente una disfunción en el derecho de restitución, aunque, sin duda, pueda —y de hecho lo esté— aparecer justificada por distintas suertes de razones, el destino normativamente impuesto al objeto de la restitución cuando éste es proyectado externamente hacia sujetos que no están conectados (por la posesión o por algún título) con el bien en cuestión. Ejemplos de esta proyección externa, la nulidad por ilicitud de la causa cuando el hecho constituye delito (art. 1.305); destino de los bienes de la sociedad ilícita disuelta (art. 1.666 C.c.).

## IV. PROVECHOS

La palabra «provecho», en cuanto expresión del rendimiento económico producido por una cosa u obtenido por ella, desempeña en el Derecho civil dos funciones bien delimitadas:

1. En una acepción *positiva*, «provecho» es *provecho obtenido* e interesa al Derecho por cuanto importa saber si el que obtiene los provechos de un bien está en condiciones de retenerlos para sí o debe transferirlos a un tercero.

2. En una acepción *negativa*, «provecho» es *ganancia obtenible*, pero no obtenida y es objeto de consideración jurídica en la medida

---

(34) Una buena muestra de esta restitución mixta civil y penal en el *Exodo*, Cap. 22.

(35) Todavía SÁNCHEZ ROMÁN encuentra la norma del art. 455 C.c. explicable sólo por una función penal implícita (*Estudios*, III, 455).

en que esa frustración de lucro pueda ser repercutida sobre un tercero por vía de indemnización.

La primera cuestión es propia de la teoría de la restitución. La segunda es un apartado del derecho de daños. Dualidad que no obsta para que una y otra acepción del provecho estén conectadas a un idéntico supuesto de hecho como palmariamente manifiesta el artículo 455 al referirse conjuntamente a los frutos percibidos por el poseedor de mala fe y a los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir.

## 1. General

### a) *El fruto*

El Código civil sólo ofrece una normativa articulada para un determinado tipo de provecho, el fruto de los bienes. Únicamente este tipo de provecho ha sido descrito en sus caracteres por el Código civil (arts. 345 y ss.); sólo a él se refiere la normativa posesoria, que constituye el estatuto jurídico más acabado de la teoría de la restitución en el Código; sólo el fruto ha sido a lo largo de la historia objeto de tratamiento particularizado en la doctrina del Derecho común.

La caracterización que hace de los frutos el Código civil en sus artículos 353 a 357 responde a los siguientes datos:

I. El fruto es una *accesión* de la cosa: se vincula directamente a ésta, y se rechaza que el factor capital o trabajo puedan romper la relación de causalidad con la cosa madre. La existencia de capital o trabajo sólo sirve para *cualificar* un determinado tipo de fruto, el industrial frente al natural (art. 355-2.º), y, en su caso, para fundamentar una pretensión al abono de gastos por parte del restituyente de los frutos industriales (art. 356). Pero no para excluir que un determinado producto sea fruto de la cosa de la que proviene por mediación de capital o trabajo, acaso ajenos.

II. El fruto «industrial» no es más que fruto de un predio sobre el que se realiza una explotación agrícola en la que intervienen capital y trabajo. Es, como el «natural» un *producto del campo*. El régimen capitalista de explotación industrial no ha sido previsto en el Código civil (36).

III. El fruto civil al que se refiere el artículo 355-3.º sólo alcanza en el Código a las *rentas de sustitución*, esto es, a una cierta cantidad de dinero de prestación periódica que se recibe como contraprestación

---

(36) SAVATIER, *La communauté conjugale nouvelle*, 1970, núm. 2.



por la cesión del goce directo de un bien (37). Esta caracterización, sin embargo, no se mantiene a lo largo del resto del articulado del Código. Baste pensar que los intereses de las obligaciones y títulos al portador, así como los rendimientos que produzcan las participaciones en una explotación industrial o mercantil, no son rentas de sustitución y, sin embargo, son frutos civiles a tenor del artículo 475.

Los intereses de un capital en dinero y los frutos civiles irregulares no son mencionados en el artículo 355 ni parece que se refiera a ellos la cláusula de extensión analógica que se recoge en el artículo 355 «in fine».

IV. El fruto aparece como rendimiento inmediato o mediato de bienes concretos, no como rendimientos líquidos de la explotación productiva programada de un conjunto de bienes ordenados según una finalidad económica (38).

#### b) *Referencia legal a otros provechos*

Junto a este dato incontestable del protagonismo casi exclusivo del fruto en la normativa del Código civil, no menos cierto es que la propia Ley regula la *restitución de provechos* en múltiples ámbitos, acumulando al nombre de frutos un conjunto de utilidades obtenidas de la cosa que la Ley no especifica en su alcance ni delimita en su concepto, y que indudablemente es voluntad del legislador el someterla a un tratamiento unitario con el fruto. La terminología de este tipo de provechos es variadísima (39). En algunas ocasiones el Código habla de *productos*, bien como expresión sinónima reiterativa, bien como sustitutiva de un concepto más preciso de «fruto» (arts. 1.770, 353, 838, 496, 186, 187, 188, 197, 1.632, etc.). Se habla también de «*aprovechamientos*» (arts. 485, 1.452, 186); de «*rendimientos*» (arts. 1.478, 185, 274); de «*utilidad*» (arts. 477, 399); de «*beneficios y ganancias*» (arts. 393, 475, 1.666, 1.708, 101 y ss. LSA, etc.); de «*ventajas*» (arts. 397, 1.677, 1.715, 1.893). De la misma forma que en estos casos dichos provechos denotan sin más al fruto o bien se superponen a él en cuanto sometidos al mismo régimen, igualmente, y a la inversa, cuando el Código habla en alguna ocasión de *frutos* sin más especificación, el intérprete tiene que entender que dentro

---

(37) Los cánones enfiteúticos no serían rentas de sustitución según POTHIER, ya que no representan el valor de la cesión del uso, sino que sólo cumplen la función de reconocimiento del dominio directo (*Tr. de la comunauté*, núm. 224). De hecho, cuando el canon se convierte en renta territorial, la enfiteusis se asimila funcionalmente al arrendamiento (CÁRDENAS, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, II, 1873, 330).

(38) SAVATIER, *ob. cit.*, núm. 3.

(39) Cfr. GARCÍA CANTERO, *Concepto de frutos en el Derecho civil español*, «RDN» (9), 1955, 61 y ss.

de la mención se hace referencia a otro conjunto de aprovechamientos distintos de los definidos en el artículo 355 (40).

Esta enumeración de provechos distintos del fruto, que el Código civil acostumbra a recoger con frecuencia, responde en el Código y en la Ley en general a una triple preocupación:

1. Definir el alcance de un derecho de goce o, simplemente, de un derecho de percepción o remuneración a costa de los bienes ajenos;
2. delimitar el ámbito del deber de restituir;
3. someter a principios liquidatorios la ejecución procesal de la sentencia que condena a la restitución de provechos (arts. 932 y ss. LEC).

Resumiendo, acaso pueda formularse como regla de enumeración de los provechos que la Ley asimila al fruto, la fórmula recogida en el artículo 932 de la LEC: «Frutos, rentas, utilidades y productos», enumeración a la que todavía tendríamos que añadir la mención deliberadamente vaga de «aprovechamientos» de que habla, por ejemplo, el artículo 186 del Código civil.

## 2. Tipología

### a) *Frutos*

Técnicamente sólo alcanza a los naturales e industriales, y viene legislativamente reducido en su definición a las producciones orgánicas de la tierra. La distinción entre naturales e industriales es hoy intrascendente, dado que, sobre no existir propiamente frutos que no requieran una mínima prestación de capital o trabajo, el Código los somete al mismo régimen de apropiación: la apropiación por «separación» y el régimen liquidatorio de los frutos pendientes del artículo 452.

### b) *Rentas*

En el Código civil admite una doble referencia. Unas veces se predica del rendimiento de un capital (arts. 760, 1.063, 1.347-2.º); en otras ocasiones hace referencia a una prestación homogénea y periódica que, o no es debida con ocasión de un capital, o es debida además del capital (arts. 475, 508, 820, 1.802 y ss., 1.086, 1.349), cumpliendo en estos casos una función autónoma, no vinculada a la

---

(40) Así, cuando el art. 275 C.c. habla de frutos a efectos de la remuneración del tutor, debe entenderse la expresión en el sentido amplio de «aprovechamiento», a que se refiere el art. 186 C.c. (R. BERCOVITZ, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, 1986, 596).

restitución de un capital (41). En la doctrina heredada del Derecho común la renta territorial no es fruto, mas *pro fructibus accipiuntur* (Dig. 22.1.36). Sin embargo, esta equiparación restitutoria con el régimen de frutos no puede ser en realidad más que una consecuencia analógica, ya que realmente no son frutos de la cosa, sino del derecho real (censo) o de crédito (alquiler, renta vitalicia) del que se obtiene la renta. El Código civil las hace fruto de la cosa cuando realmente debería hacerlas del crédito, y las atribuye al poseedor de buena fe del bien ajeno cuando en puridad la posesión de buena fe a efectos de la apropiación de la renta no debería vincularse a la cosa que se cede, si no al mismo derecho inmaterial del que surge la renta (cfr. 1.164 C.c.).

### c) *Intereses*

El interés generalmente se considera como fruto que consiste en el rendimiento de un capital en dinero (42). Pero tampoco en verdad puede afirmarse que el interés en dinero constituya un «rendimiento de la cosa-capital». El dinero no da fruto si no es por su negociación (43), y ni tan siquiera puede considerarse rédito del dinero el mayor valor que el restituyente obtiene por una variación nominal en la capacidad adquisitiva del dinero. El interés será en todo caso fruto del crédito dinerario y no renta de sustitución, ya que, por ejemplo, el mutuario que paga el interés del crédito no goza de la posesión de éste, sino de la del dinero prestado (44).

En cualquier caso, el Derecho tradicional considera a la *usura pecuniae* como rendimiento *vicem fructus* (Dig. 22.1.34), y el propio Código civil los equipara al fruto, como el rendimiento paradigmático de una cantidad de dinero (cfr. art. 1.896 C.c.). El interés como fruto es una cualidad que se predica tanto de los intereses puramente moratorios como de aquellos que, por no necesitar de mora previa, se han dado en llamar «correspectivos» del dinero (45).

---

(41) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil*, I, 1978, 478 y s.; MARTINETTI, *Interessi (dir. civ.)*, Noviss. Dig. Italiano, VIII, 874.

(42) STS 27-X-1944.

(43) Lo que constituye el principio cardinal de la teoría clásica de la usura: Cfr. AZPILICUETA, *Comentario resolutorio de cambios*, 1556/1965, Caps. IX y XIII.

(44) PUGLIESE, *Usufructo, uso e abitazione*, 1972, 341. En este caso puede afirmarse que el fruto civil nace del mismo vínculo jurídico del que deriva el derecho como fuente de renta (VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, 1928, II, 444 y ss.

(45) DORAL y MARTÍNEZ PARDO, *Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses*, «ADC», 1980, 525; GIORGIANI ha criticado la postura dominante en Italia, que considera distinto el fundamento de la obligación de pago de intereses moratorios y los llamados correspectivos, que surgen desde el mismo momento en que se dispone o retiene una cantidad de dinero. El interés moratorio se fundaría, según

La función de esta equivalencia con el régimen de frutos es doble:

I. En la delimitación del ámbito de un derecho de goce sobre bienes ajenos, allí donde el Derecho reconozca una facultad de apropiación de los frutos de la cosa, reconoce igualmente un derecho de retención y apropiación de los intereses cuando la cosa cedida es un capital en dinero. De esta forma, el cuasi usufructuario del artículo 482 no restituye los intereses del usufructo dinerario (46), y la sociedad de gananciales adquiere los intereses cuando el capital privativo aportado consista en una cantidad de dinero (arts. 1.347-2.º, 1.349).

II. Cuando el Ordenamiento discipline un determinado régimen de restitución, allí donde el poseedor quede excusado de restituir frutos de la cosa, por identidad de razón quedará a salvo de la pretensión de restitución de los intereses si el bien a restituir constituye un capital. Este es el caso, por poner un ejemplo, del *accipiens indebiti* de buena fe del artículo 1.897 (47).

#### d) *Plusvalías*

No son frutos, y por ello no alcanza a la plusvalía el derecho de apropiación del poseedor de buena fe ni del titular de un derecho «usufructuario» (cfr. art. 456) (48). Igualmente, la plusvalía del bien restituible no se considera como *gasto* que el legitimado para la restitución deba al tercero. No sólo no es fruto la plusvalía, sino que incluso, con la salvedad de lo que disponen los artículos 1.359 y 1.360 del Código civil para la sociedad de gananciales, las mismas plusvalías extrínsecas que resulten de la aplicación como *impensa* del capital y trabajo del restituyente no se restituyen en cuanto tal plusvalía sino en función del *gasto*, y limitada, por tanto, a la *impensa* causante del mayor valor de la cosa restituida (49).

---

la tesis criticada, en la presunción de daño del acreedor, mientras el correspondiente encontraría su *ratio* en la normal productividad del dinero (*L'inadempimento*, 1974, 144 y ss.). Para MARTINETTI, sólo los intereses correspondientes son frutos civiles, no los moratorios ni los «compensativos», entendiéndose por tales el interés del precio de venta en la circunstancia prevista en el art. 1.501 C.c., apartado 2 (*Interessi*, 860). Tampoco para MONTEL serían frutos los intereses moratorios (*Il possesso*, 1962, 267). Lo cierto es que en el Derecho común se afirmaba la cualidad de frutos tanto de los intereses lucrativos (intereses del préstamo) como del interés indemnizatorio (LAGÚNEZ, *De fructibus*, I, VI, 91 y ss.).

(46) Le pertenecen en cuanto frutos del *commodum temporis*, PUGLIESE, *Usufructo*, 650.

(47) GARCÍA GOYENA, *Concordancias* (1974), 965. Distinto en el Derecho común, aunque con fundamento idéntico: los intereses del indébito dinerario se deben, al igual que los frutos de la cosa (DONELLO, *Commentarium*, XIV, XVII, XVIII).

(48) Las plusvalías de unas acciones sociales no son fruto de las acciones (DE DIEGO, «RDP», 1921, 46 y ss.; STS 6-III-1965).

(49) Cfr. STS 25-XI-1985 y mi comentario en *Cuadernos Civitas*, núm. 10, 3215 y ss.

La plusvalía únicamente se restituye cuando la Ley quiere a toda costa mantener el equilibrio y la legítima expectativa patrimonial de un tercero que deja de disponer del bien en cuestión por razones ajenas a su propia conducta. Son los casos del comprador que ha perdido la cosa en evicción (art. 1.478-1.º) o del coheredero que pretende la colación del bien donado (art. 1.045).

No son tampoco frutos las «reservas tácitas» generadas por las plusvalías del activo de un patrimonio.

e) *El consumo*

El consumo no es fruto de la cosa consumida, sino, en su caso, un daño o un enriquecimiento (50). Pero en el tratamiento doctrinal clásico el consumo ha sido sometido a los mismos parámetros restitutorios a los que responde la restitución de los frutos. De esta forma, siempre que se eligió como modelo de restitución de frutos el del «enriquecimiento» del poseedor, se identifica a efectos de la restitución las obligaciones del poseedor enriquecido con los frutos y el poseedor enriquecido con el consumo del bien. Inversamente, en aquellos modelos de restitución que exigen al poseedor de restituir cualquier tipo de fruto no se dejó de aplicar esta regla exculpatoria a la restitución del consumo: éste, *tanquam fructus*, no es restituible por el poseedor de buena fe (51).

f) *El provecho obtenido por la modificación o cambio de forma del bien ajeno*

El Código civil trata de este tipo de provecho en las normas que regulan la accesión de bienes muebles, y sienta el principio de que no son frutos apropiables (arts. 375: unión de cosas muebles; 383: especificación). El poseedor de buena fe no está exento de restituir, cuando menos, el valor objetivo de la cosa ajena. Más aún, cuando interviene mala fe, el restituyente no sólo pierde el provecho, sino aun su propio capital aplicado a la incorporación (arts. 379-1, 383-3).

---

(50) GURSKY, *Staudinger Kommentar* (1980), § 987, núm. 5.

(51) PUFFENDORF, desarrollando principios propios de la teoría de la restitución, entiende que el *bonae fidei possessor* que consume la cosa restituirá en la medida en que se haya lucrado con ello (*Droit de la Nature et des gens*, II, 384). Pero su traductor BARBEYRAC, en sus notas al texto, rebate semejante interpretación para, remitiendo al régimen de frutos, eximir al poseedor de cualquier obligación (pp. 379, 394).

g) *El uso del bien sujeto a restitución no es un fruto*

En el lugar adecuado veremos que no puede estar sometido a otros parámetros de restitución que los que se deriven de la indemnización del lucro cesante, o alternativamente, en la restitución del enriquecimiento por ahorro de gastos.

Fuera del ámbito de la restitución, en lo que se refiere a los derechos de disfrute de los bienes ajenos que impliquen en una mayor o menor medida un título «usufructuario», el uso de la cosa ajena queda embebido normalmente en la facultad de disfrute de la misma. Bastará un ejemplo. El usufructuario de una acción social, con derecho a la percepción de los dividendos, tiene, a pesar de lo limitado del artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, el derecho a disfrutar de otras ventajas patrimoniales, distintas del dividendo, y conectada con el uso de los bienes (vgr. el uso gratuito de los servicios de la empresa) (52).

h) *Productos*

Una vez hace referencia la expresión «producto» a un fruto civil irregular; así, como ejemplo, los productos de que habla el artículo 932 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el artículo 187 del Código civil. Otras veces, por la naturaleza de la norma que lo recoge, el producto es la producción mecánica de una explotación industrial (art. 590 C.c., al regular las inmisiones de productos industriales). En la mayoría de los casos, el Código civil utiliza la expresión como sinónimo reiterativo del fruto o como equivalente que le sustituye en la formulación legal (arts. 187, 197, 476, 839, 1.634, 1.770).

La problemática tradicional de los productos ha estado centrada en aquellos aprovechamientos de la cosa que obtienen de la sustancia o participan de una manera más o menos intensa del bien capital. Los bosques o las minas constituyen los ejemplos paradigmáticos. Y tradicionalmente tanto unos como otros han sido considerados frutos cuando responden a una explotación ordenada del bien capital del que proceden (53).

---

(52) GIL, *Usufructo de acciones*, 1981, 330.

(53) La *silva caedua* se considera *in fructu* no tanto por su capacidad de renovación cuanto por la naturaleza misma del destino a que están afectados los bienes, no siendo ni tan siquiera esencial que renazca en breve tiempo. CASTILLO SOTOMAYOR, *De usufructo*, XXV, 22; LAGÚNEZ, *De fructibus*, I, VI, 9 y ss. Para la comunidad matrimonial, POTHIER, *Communauté*, núm. 96. La jurisprudencia no es del todo clara; para la STS 5-IV-1977 el arbolado no es fruto; en otros casos la cualidad de frutos se hace depender de si el arbolado es o no objeto de una ordenada explotación

En el derecho de la restitución, y salvo excepciones casuales, el producto está sometido a idéntico régimen sustitutorio que los frutos.

i) *El commodum representativo*

Se obtiene por la pérdida de la cosa sujeta a restitución (arts. 1.186, 1.777). Los frutos, en el sentido más amplio de la expresión, pueden sin duda formar parte de éste como representativo que sustituye a la prestación originaria (vgr. los frutos que obtiene el vendedor de la cosa vendida hasta el momento de ser objeto de una expropiación). Pero, en general, el conjunto de problemas que intenta solucionar la norma que impone una restitución del cómodo representativo nada tiene que ver con la problemática tradicional de los frutos. No se restituyen como provechos del goce de una cosa, sino más bien como compensación a un tercero por la pérdida del bien que le estaba destinado por un título contractual válido, pérdida que, por diversas razones, el destinatario de la prestación no puede poner a cargo, como indemnización, del sujeto obligado a la entrega.

j) *El lucro obtenido por negociación*

El lucro obtenido por la negociación del bien restituible no aparece sometido en el Código a una normativa unitaria. En los pocos casos en los que el Código civil se ocupa de él rechaza su naturaleza de fruto (arts. 1.346-3, 1.352-1, para el régimen de gananciales; 187, 1.897 C.c.). Pero en la dogmática tradicional su regulación ha estado atraída, acaso de modo analógico, por la solución que en cada momento el Ordenamiento ha dado a la restitución de los frutos. No ha sido infrecuente eximir al enajenante de buena fe de cosa ajena de restituir el precio de enajenación acudiendo a la norma que le exime de restituir el provecho obtenido por el goce de la cosa (54). A la inversa, allí donde se acepta una norma restitutoria de frutos,

---

(SSTS 18-VII-1866, 25-IX-1958). En este sentido, Cfr. art. 182 Compilación de Cataluña (fideicomiso) y Part. 4,9,27 (dote). Por lo que respecta al mineral se afirmaba su carácter de fruto en cuanto emolumento del bien (CASTILLO, XXXVI, 12, 21). Confrontar C. MARTÍN RETORTILLO, *Los frutos de las minas*, «ADC», 1952, 1042.

(54) BARBEYRAC, notas a PUFFENDORF, II, 384; según Dig. 6,1,17, el poseedor de buena fe demandado restituye el precio si la cosa reivindicada perece en manos del comprador a quien ha ido a parar la cosa. Según SCHULTZ, este paso se explica por la similitud del precio con los frutos, que el poseedor de buena fe demandado restituye; el precio aparecería como «etwas fruchhähliches» (*Klagen-cession in Interesse des cessionars oder des cedenten in klassischen römischen Recht*, «ZSS», 27 (1906), 91, 96.

ésta suele traerse como apoyo argumental para obligar a restituir el lucro obtenido por la disposición del bien ajeno (55).

Junto al precio de venta del bien tampoco constituyen frutos los restantes tipos de subrogados.

#### k) *Emolumentos inmateriales*

Se hace referencia con ello a la problemática de las ventajas no patrimoniales obtenidas por el disfrute de un bien ajeno. En las pocas ocasiones en las que doctrinalmente se encuentra alguna referencia a las mismas han sido equiparadas o incluidas en la problemática general de los frutos. Sacco (56) pone el ejemplo de la publicación de un manuscrito destinado al inédito realizada sin ánimo de lucro, o el paso por un camino particular para llegar más rápidamente a la vía pública. El Derecho Romano y los tratadistas de Derecho Común inciden en los ejemplos de los placeres sensoriales obtenidos por la simple posesión o disposición de un bien (57).

En el área delimitada por este tipo de provecho inmaterial hay que distinguir entre lo que es el contenido de disfrute de un derecho titulado sobre cosa ajena, y lo que es el contenido de la *omnis causa* en la restitución de provechos. En todo derecho «usufructuario» entra, sin duda, la facultad de disfrute de los emolumentos aquí descritos. En la restitución, sin embargo, sólo pueden incluirse como indemnización del lucro cesante o, en su caso, como ahorro de gastos. Pero también es posible que no entren en modo alguno en el contenido de la restitución.

#### l) *Beneficio neto capitalista*

Aquí la terminología es amplia. Se habla de «ventaja» (art. 1.677), «utilidades» (arts. 399, 477), «rendimientos» (arts. 274, 1.478), «ganancia» (arts. 1.347-1, 1.683, 140 Código de Comercio; 39 y 41 LSA), «lucro» (art. 116 Código de Comercio), «beneficios» (arts. 106 y 107 LSA). Muchas de estas expresiones pueden ser reconducidas a un concepto amplio de fruto, como veremos a continuación al tratar de caracterizar institucionalmente al beneficio neto empresarial. En otras

---

(55) De esta forma, ESSER-WEYERS, *Schuldrecht*, Besond. Teil, 1984, 416. Para la *petitio hereditatis* también fue utilizada esta analogía, *quamvis pretium non sit in fructu* (DONELLO, *Commen.*, XI, XXIII, IX).

(56) *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, 1958, 194.

(57) LAGÚNEZ, I, XXXIV, 20; *satis lucrari dicitur qui voluptatem adimplet*; el comprador de una estatua debería de esta forma las *usuræ recompensativæ* de que habla el art. 1.501-2.º C.c. (*ob. cit.*, núm. 97).



ocasiones, las expresiones citadas simplemente apelan a un concepto líquido de fruto, de los que aparecen ya deducidos los gastos de explotación. Generalmente todas estas expresiones entrarán en un concepto ampliado de fruto.

## ll) *Descripciones de la idea de enriquecimiento*

El Código habla de «provecho» (arts. 1.698-2, 1.893), «enriquecimiento» (arts. 1.304, 1.897, 1.765), «utilidad» (art. 1.158-3) o en forma completamente generalizada de «lo recibido» (art. 1.720).

La problemática de esta especie supera con mucho la tradicional de los frutos. Más aún, la restitución de frutos no ha sido generalmente sino un apartado particularmente diferenciado de una más lata obligación de restituir el enriquecimiento recibido (58). Nosotros haremos en su momento referencia especial a este tipo de provechos cuando tratemos de la idea de enriquecimiento.

## m) *Marginales*

Fuera de una conexión más amplia, quedan algunas especies que cautivaron el ingenio en los tratamientos de la restitución del Derecho Común. Son tradicionales el estudio particularizado del *partus ancillae*, y el de la herencia o legado adquiridos por un esclavo perteneciente a una herencia a restituir bien por fideicomiso, bien por la *petitio hereditatis* (59). Estas especies particulares solían incluirse en la *omnis causa* de la fórmula *restituere*, pero generalmente esta inclusión no obedecía a una cualidad afirmada de fruto del bien restituible.

Todos los provechos aquí enumerados, y cualesquiera otros que por analogía puedan estimarse incluidos en el catálogo anterior, pueden reducirse, a efectos de la restitución, a los siguientes tipos de provechos:

1. Frutos, en una significación ampliada del concepto, como a continuación expøndremos.

---

(58) SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, núm. 22 a) III. Esto puede explicar algunas contradicciones en las fuentes; en Dig. 36,1,59, la expresión *restituere quidquid pervenerit* no se entiende por PAPIANO que alcance a los frutos del fideicomiso. Mas para CELSO (Dig. 36,1,33) la expresión del testador *restituere pecuniam* alcanza a los frutos del fideicomiso.

(59) El hijo de la sierva dada en dote inestimada es de la mujer (Part. 4,9,20). Se restituye con la herencia, mas no como fruto, sino como capital hereditario (DONELLO, *Comm.*, XX, V, XLII y s.). La herencia recibida por el esclavo dotal no es fruto, mas sí el producto que el esclavo consiga con su trabajo (Part. 4,9,25).

2. Plusvalías.
3. Uso.
4. Consumo.
5. Lucro representativo.
6. Lucro de negociación.
7. Otros provechos (provechos «impuestos»: mejoras).

En el tratamiento que haremos a continuación sólo el fruto y el uso requieren un tratamiento diferenciado. El resto de ellos será incluido a efectos de la exposición en la fórmula más genérica de restitución del enriquecimiento o restitución de bienes fungibles.

## V. FRUTOS

### 1. Generalización del concepto de frutos

#### a) *Irrelevancia de la definición legal*

Hay que empezar reconociendo que jamás ha sido tomada en serio la descripción y caracterización que de los frutos hacen los artículos 354 y 355 del Código civil. Esta enumeración no tiene en cuenta ni todos ni los más importantes provechos obtenidos de la explotación de un bien. Dada esta carencia, al intérprete sólo le quedaban dos caminos: o lanzarse al vacío de buscar una regulación inexistente que cuadrara a este tipo de provechos de la cosa no incluidos en la enumeración legal, o flexibilizar hasta el límite de lo posible el concepto normativo de frutos. Este ha sido, naturalmente, el camino elegido.

#### b) *Jurisprudencia*

El Tribunal Supremo, apurando la etimología, sostiene que son frutos industriales del artículo 355 los rendimientos de una industria fabril (S. 5-1-1925). Es fruto el producto obtenido por la explotación de un teatro (S. 23-6-1931), el agua sustraída de manantial ajeno (S. 21-5-1930). Es fruto el dividendo de una acción social (S. 15-6-1982), y el interés de un capital en cuanto representa su «rendimiento directo» (S. 27-X-1944). Son frutos restituibles al autor los beneficios por la explotación de la propiedad intelectual (S. 4-4-1936).

Con estas afirmaciones, que ya hoy no se discuten por nadie, se predica la cualidad de fruto tanto del beneficio de explotación de una unidad de producción no agrícola, cuanto del rendimiento de un capital en dinero, ya bajo la forma de interés, ya bajo la forma de participación o dividendo. Con esto quedan integrados sin más dificultad en el concepto de frutos los dos tipos paradigmáticos de ganancia de una economía capitalista.

c) *Doctrina*

Los tratadistas del Derecho Común se encuentran con textos que califican como frutos a rendimientos que no tienen carácter de producción orgánica obtenida de la tierra o de los animales. No ya sólo la renta de los alquileres —pronto asumida sin estridencia como «fruto civil»—, sino también el salario de los operarios, las *operae servorum*, los productos obtenidos de la sustancia de la cosa, sea o no ésta reproducible (lo era la lana de las ovejas, que tampoco quedó ayuna de tratamiento) (60). Ante esta notoria expansión del concepto, la doctrina opta por proceder enunciando una descripción lata del concepto de fruto para después ir constatando excepciones casuales. El fruto queda definido, de esta forma, como todo provecho, emolumento o utilidad obtenido de la cosa o por ocasión de la cosa (61).

d) *Concepto ampliado de frutos*

Fruto es todo lo que se pueda considerar rédito de una cosa, la renta de un bien. Es fruto lo que se predica como rédito, aunque incorpore en una determinada medida sustancia capital. Así, las minas (Dig. 23.5.18 y 24.3.7.13 y 24.3.8) (62), el arbolado objeto de una ordinaria explotación económica sometida a un plan de reposición de la sustancia (S. 25-9-1958), la caza (Dig. 7.1.9.5 y 22.1.26), siempre que se practique *reditu causa* (63). Es decir, cualquier forma de explotación que, detrayendo el provecho de la sustancia, pueda, sin embargo, ser calificada de explotación «ordinaria» y racional de los bienes «según su naturaleza» (art. 485 C.c.). En cuanto rédito, es fruto la renta que no es correspectiva de un capital, y la que sí lo es, aunque lo consuma. El mantenimiento de la destinación de

(60) TRIFFONE, *Frutti (Dir. intermedio)*, «Enc. del Diritto», XVIII, 200.

(61) *Omnia quaecumque emolumenta, omnia lucra, omnes commoditates et utilitates quae ex re percipi possunt sive ex eius occasione provenit* (CASTILLO, *De usufructo*, XXXVI; LAGÚNEZ, 1, 2; ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*, 5, 1893, 648; GARCÍA, *De expensis*, XXIII, 3, 5); *Quelque utilité appreciable a prix d'argent* (POTHIER, *Propriété*, núm. 334). *Tous les differents sortes des revenus* (DOMAT, *Lois civiles*, L. III, Tit. V, sect. III). Fruto es lo mismo que renta, ya sea en especie o en dinero (DÍEZ-PICAZO, *Estudios de la jurisprudencia civil*, II, 1981, 351) y *Naturaleza jurídica del mineral. ¿Tienen o no la condición de frutos?*, «ADC», 1954, 361).

(62) JAVOLENO, en contra del parecer de LABEON, estima que la cantera no se deteriora mientras quede mármol (Dig. 23,5,18). El lucro de la cantera dotal pertenece al marido, según Dig. 24,3,8; según Dig. 24,3,1,13, si el marido encuentra mármol y lo explota, el mármol es suyo como fruto, pero no debe abonársele el gasto de obtención. Para POTHIER (*Communauté*, núm. 96), y en base a Dig. 23,5,18, la piedra de la cantera no es fruto que entre en el activo de la comunidad matrimonial.

(63) LAGÚNEZ, *De fructibus*, I, XII, 52.

la cosa no es un elemento integrante del concepto de fruto (64). A lo más, puede delimitar el alcance de un derecho de goce sobre cosa ajena (art. 467) y, acaso, la responsabilidad en que se incurra por el deterioro de la sustancia ocasionado por un cambio de destinación. Pero la destinación hace referencia al canon de conducta exigible, no a la naturaleza del provecho; de forma que, cuando este canon se defina como *total irresponsabilidad* (art. 457 C.c. para el poseedor de buena fe), el mantenimiento de la destinación no genera obligación de restituir frutos ni tan siquiera por el cauce del resarcimiento de daños.

En cuanto rédito de la cosa, el fruto es rendimiento que se obtiene de una explotación económica; carece, por tanto, de la naturaleza del fruto el lucro que no se conecta a la posesión de un bien (remuneraciones, primas, comisiones) y aquel que, aunque remotamente vinculado a los bienes, aparecen éstos, sin embargo, como una mera ocasión con la que se actúa una fuente distinta de beneficio. No es, por tanto, fruto lo que obtiene un tercero por la violación de un pacto de exclusiva ajeno o por la lesión de un derecho absoluto material o inmaterial, ni el tesoro. Tampoco lo es el seguro o la indemnización causalizados a la pérdida o destrucción del bien. No es fruto, sin más, el lucro obtenido por el incumplimiento de un contrato; tan sólo, en su caso, el interés del dinero que se retiene o el fruto de la cosa que indebidamente se deja de entregar.

En cuanto rédito, resulta precisa una destinación del provecho a la satisfacción de algún tipo de necesidad que pueda considerarse *planificada*, ya por la naturaleza misma del bien, ya por el destino impuesto a la explotación de los mismos («satisfacción de necesidades familiares» a efectos del art. 1.347-2). Pero no se requiere periodicidad del provecho (65). La «ocasionalidad» es contraria a la idea de explotación programada, de donde resulta que no ser fruto ni el premio de un título, ni la donación, ni el premio de lotería, sin perjuicio todo ello de que el producto ocasional se restituya por otro distinto concepto: el aluvión, por ejemplo, entra en la reivindicación de la finca como *pars rei*.

El fruto puede detraerse como rédito de la sustancia, mas no es rédito la utilización de un bien de modo tal que realiza en un acto el valor en cambio de la sustancia capital (precio de venta de un bien), ni se recibe como fruto lo que supone restitución periódica

---

(64) BARCELONA, *Frutti (Dir. Civ.)*, *Enc. del Dir.*, XVIII, 220. Inversamente, MOSCO, *I frutti nel Diritto positivo*, 1947, 66.

(65) STS 5-1-1925; LAGÚNEZ, I, II, 34.

fraccionada del bien capital (arrotización de crédito) (66), ni el resultado de la destrucción de la sustancia (la carne o el despojo del animal, o la madera del árbol frutal), ni lo que «representa» el bien capital perdido (indemnización) o «convertido» (premio de lotería). El objeto de una pretensión (cosa, actividad) no es fruto de la misma (de ahí lo dispuesto en el artículo 486 C.c.), ni la percepción de cantidades periódicas de dinero que no estén causalizadas a la previa cesión de uso de un bien, a cuyo valor de goce sustituyan: no es fruto, de esta forma, apropiable por el poseedor de buena fe, en contra de alguna decisión del Tribunal Supremo (67), el salario o pensión de Seguridad Social indebidamente pagados a un tercero. Muchos de estos provechos están sujetos a un régimen restitutorio distinto del de los frutos: unas veces se restituirán como cosas muebles, con los plazos de prescripción establecidos en los artículos 1.955 y 1.962 del Código civil; otras veces serán simplemente prestaciones que, en la medida que resulten indebidas, estarán sometidas a lo dispuesto en el artículo 1.895.

No constituye fruto, en fin —aunque parezca ocioso el decirlo—, el conjunto de facultades que integran un derecho subjetivo, por más que según Dig. 22.1.49 «fructus rei est res pignore dare licere».

## 2. El beneficio empresarial neto

### a) *Doctrina*

La doctrina que ha estudiado el ciclo de formación y distribución del beneficio empresarial en España estima de modo unánime que su naturaleza corresponde a la tipología de los frutos. Un fruto como rendimiento del conjunto de los elementos integrados en la unidad de explotación que se denomina empresa, en cuanto excedente del rendimiento sobre el gasto devengado en un determinado período económico (68). Si se trata del beneficio empresarial de una sociedad por acciones o por participaciones hay que desechar justamente, siguiendo a Sánchez Calero (69), las dos siguientes objeciones: que el rendimiento no es fruto porque el capital representa sólo una cifra de valor, y la que sostiene que siendo fruto, se imputa como tal al socio, no a la sociedad. Y aún hemos de rechazar con carácter gene-

---

(66) Díez-PICAZO, *Producción de los bienes y rendimiento económico*, «RCDI», 1978, 475. Si son frutos, según GIL, las reservas sociales que se reparten como cuota de liquidación de una sociedad anónima (*Usufructo de acciones*, 314).

(67) STS cont. admin. 14-VI-1892, 22-III-1893.

(68) ALBIÑANA, *El beneficio y su distribución según la LSA*, «RDM», 1954, 174, 183; SÁNCHEZ CALERO, *La determinación y distribución del beneficio neto en la LSA*, 1955, 29 y ss.; GIL, 218.

(69) *La determinación*, cit., 31 y s.

ral para todo tipo de beneficio empresarial, societario o no, la afirmación de que el rendimiento empresarial no es fruto por constituir, no el rédito de los bienes integrados en la empresa, sino el producto de la iniciativa individual del empresario (70), o porque no existe relación de causalidad entre la cosa y el beneficio (71). Afirmaciones de este tipo olvidan que también el fruto industrial a que se refiere el artículo 355 es un producto de la actividad combinada de capital y trabajo, y que la especial intensidad de uno y otro no rompen la relación de causalidad que la ley establece entre el fruto y la cosa producida, sino que esta intensidad se traduce tan sólo en un mayor coste —deducible por el artículo 356 del Código civil— de obtención del rendimiento líquido. Es así un principio institucional el que afirma que el fruto percibido y restituible por el artículo 455 es independiente de la circunstancia de que el poseedor legítimo hubiera podido o no obtenerlos.

Por las razones dichas en el capítulo anterior, no puede negarse que el rendimiento empresarial sea fruto (72), alegando que la sustancia no queda inalterable. Veremos en otro lugar que en este tipo de fruto irregular la conservación de la sustancia no se consigue mediante la interdicción de una cierta actividad sobre la cosa, sino subordinando el rendimiento del disfrute a la procuración de los gastos de sostenimiento y reemplazo.

#### b) Tipo de fruto

El beneficio neto empresarial es un fruto industrial si se extrema la afinidad etimológica del artículo 355 y se prescinde, como hizo la sentencia de 5 de enero de 1925, del significado usual de las palabras «predio» y «cultivo» (73). Pero igualmente puede considerarse como fruto civil irregular si se acepta que en el Código civil los réditos de dinero, cualquiera sea su fuente, constituyen fruto civil, reservando el calificativo de «industrial» para las producciones orgánicas o mecánicas de la cosa (74). Si el beneficio neto corresponde a una forma empresarial societaria, el dividendo o la participación del socio

---

(70) Esta es la posición de BARCELONA *Restituzione dei frutti e spetanza del profito*, 286 y ss., y de GENTILE, *Effetti del possesso e azioni possessorie*, 1958, 18. Esta doctrina es, sin embargo, criticada por CASANOVA, *Rivendicazione di azienda nel sistema del nuovo Codice*, «Riv. Dir. Comm.», 1942, II, 321 y ss., y MONTEL, *Possesso*, 269.

(71) GURSKY, *Staudinger Komm.*, § 987, núm. 9.

(72) Como hace VENEZIAN (II, 496), contra el entender de PROUDHON.

(73) En este sentido, FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *Usufructo de acciones de sociedades anónimas*, «ADC», 1952, 1196, y GIL, 221 y ss.

(74) CASTÁN, «RDP», 1925, 389; Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia*, II, 351.

es, en todo caso, un fruto civil (75), aunque se reparta con cargo a reservas (76) y con independencia de que tenga o no vencimiento fijo, al contrario de lo que estimó la sentencia arriba citada, pues el argumento pertinente para desentrañar el sentido del artículo 475-2 del Código civil no es el «a contrario», sino el «a maiore ad minus»: si el beneficio que diese una participación sin vencimiento fijo es fruto civil, con mucha más razón lo será el que diese la participación con vencimiento fijo en una explotación industrial o mercantil. Y este fruto civil, al igual que el del artículo 355-3 del Código civil, no es que se produzca por días, sino que se reparte por días.

### 3. Relatividad del concepto de frutos

Un concepto cerrado de fruto no sólo es inútil por la diversidad de provechos que cada forma de producción y explotación de bienes genera en el transcurso de la historia. Ocurre, igualmente, que una enumeración de frutos que pretenda aparecer como catálogo exhaustivo no puede tener dentro de un determinado ordenamiento una pretensión de validez general, pues que sea fruto depende en una considerable medida de qué tipo concreto de problemas pretenda solucionarse a partir de semejante definición. El concepto de fruto es relativo a cada ámbito específico de regulación donde el Derecho pretenda solventar una cuestión atinente al aprovechamiento de bienes ajenos.

#### a) *Facultades de disfrute y obligación de restituir*

Una primera relatividad proviene de la diversidad de respuestas que merecen las preguntas sobre cuál sea el contenido de disfrute permitido al titular de un derecho de aprovechamiento sobre determinados bienes y la de cuál sea el provecho que pueda retenerse o debe restituirse en una determinada obligación de entrega reparatoria de bienes ajenos. Establecer que sea fruto apropiable en la primera cuestión no determina que sea fruto restituible en el área de la restitución.

Una renta vitalicia (arts. 1.802 y ss.) o el interés del préstamo pueden llamarse sin dificultad frutos que obtiene el titular del dinero que cede su disposición a cambio de un crédito. Mas si es un extraño

---

(75) FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *ob. y lug. cit.*; GARCÍA CANTERO, *Notas sobre el usufructo de acciones en la nueva ley de S.A.*, «ADC», 1952, 981; GIL, 245 y ss.; igualmente, STS 15-VI-1982.

(76) GIL, 225.

el que entrega en mutuo o como capital en renta un dinero ajeno, sólo por aproximación puede llamarse frutos respecto a la obligación de restituir al titular originario del dinero. De esta forma tenemos que si alguien sustrae dinero ajeno y lo da en préstamo, el antiguo dueño del dinero no tiene derecho a estos intereses si posteriormente el sustractor cedió su crédito de mutuo a un tercero que lo posee de buena fe.

La caza puede ser un fruto si se pretende delimitar el ámbito permitido de disfrute de un derecho «usufructuario». Pero no es fruto a efectos de la restitución. El que posee de mala fe un aprovechamiento cinegético ajeno adquirirá las piezas cazadas por ocupación, en su caso, o bien las restituirá como daño o como cosa mueble, mas no como provecho del artículo 455 del Código civil.

El usufructuario de un monte está sometido en su explotación al límite de la ordinaria administración según los parámetros de conducta recogidos en el artículo 485. Pero el poseedor de buena fe, que no responde por culpa ni se vincula a un determinado canon de diligencia o conducta («las cortas que solía hacer el dueño», de que habla el artículo 485), no responde por las cortas extraordinarias (77).

El salario de un oficial u obrero puede ser fruto de su trabajo, y así lo admite en general la doctrina del Derecho Común. Pero si X contrata a Y para que cante en su fiesta de aniversario y Z, habiendo retenido previamente a Y, canta en el aniversario de X y cobra los honorarios por tal concepto, esta cantidad no es restituible a Y como fruto, y sólo responderá Z por la lesión del derecho de crédito ajeno.

Otro tanto ocurre con la hipótesis clásica del usufructo sobre bienes materialmente improductivos. El Dig. 7.1.4 admite la constitución del usufructo sobre una estatua, en cuanto capaz de procurar *aliquam utilitatem* (78). Pero el ladrón de una estatua no restituye como fruto el placer que haya obtenido por la posesión de la misma (sí el precio de las entradas cobradas por exponerla al público, o el alquiler que le paga el museo por disponer de ella para una exposición itinerante).

Otro tanto puede decirse de la cesión de la explotación del derecho de imagen que hace una determinada persona a un medio publicitario. El cesionario acaso pueda decirse que adquiere como fruto el rendimiento del derecho cedido. El que indebidamente se ingiere sin título y hace uso de la imagen ajena, restituirá su beneficio como daño, no como fruto del artículo 455.

---

(77) DELGADO *Adquisición y restitución de los frutos*, 582.

(78) LAGÚNEZ I, XXIV, 10.



b) *Títulos concurrentes*

El concepto de fruto es relativo en un segundo sentido, cuando además de una determinada titulación (usufructuaria) para la apropiación del provecho, el legitimado dispone de otro título concurrente que legitima una idéntica o similar facultad de apropiación. El provecho, entonces, aparece indistintamente como fruto o como otra suerte distinta de emolumento.

1.º) La ganancia producida constante matrimonio por la explotación de una obra intelectual que se explota antes de la celebración de éste, es fruto del artículo 1.347-2, obtenido de un bien privativo. Pero si la obra se produce constante matrimonio el título de apropiación de estas ganancias a favor de la sociedad matrimonial es el número 1 del artículo 1.347, la «industria de cualquiera de los cónyuges» (79).

2.º) Siempre ha sido objeto de particular atención el régimen al que dentro de la sociedad de gananciales hayan de estar sometidos los aprovechamientos forestales o mineros de los bienes privativos. Generalmente se tiende a aplicar aquí la norma propia del usufructo y discernir el carácter de fruto del modo de explotación del aprovechamiento forestal privativo (80). Yo sostengo que el arbolado de finca privativa no es nunca, con independencia del modo en que se explote, un fruto ganancial. Cuando ya estaban plantados al momento del inicio del régimen (o al momento en que se hereda la finca), los árboles constituyen sustancia del bien privativo. Si se plantan durante el régimen, el artículo 1.359 rechaza la cualidad de frutos para predicar de ellos el régimen de mejoras en bienes privativos. La sociedad no recupera el árbol como fruto, sino su valor mediante el régimen privilegiado del artículo 1.359-2, que la hace acreedora del aumento de valor del bien mejorado. Mas si el titular del bien privativo mejorado explota comercialmente el aprovechamiento forestal, el rendimiento líquido constituye *ganancia*, ya que la sociedad tiene ahora un título de apropiación que no es el del 1.347-2, sino el del número 1 de este artículo, en cuanto producto de la industria o trabajo del cónyuge titular del bien privativo; o incluso del otro, si es quien explota el aprovechamiento forestal de su consorte.

Todavía más abigarrado aparece este mismo problema en la legislación anterior a la reforma de 1981. De hecho, a los títulos concurrentes arriba enumerados había que añadir el ofrecido por el artículo 1.404 que hacía ganancial a la «expensa» en los bienes privativos, lo que en materia de bosques originó alguna confusión doctrinal don-

---

(79) CORNU, *Regimes matrimoniaux*, 1974, 215.

(80) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, 1984, 406.

de se mezclaban las cuestiones de si el arbolado-expensa era ganancial por ser fruto, o más bien gozaba de este mismo carácter por ser expensas en bienes privativos pagados con fondos gananciales y reputadas comunes por el artículo 1.404 (81).

3.º) El producto de una maquinaria industrial puede, en el ámbito de la restitución, ser fruto de los artículos 451-455. Pero también puede ser una especificación del artículo 383, en cuyo caso no sólo hay títulos concurrentes, sino soluciones normativas diversas, en cuyo examen por ahora no vamos a entrar (82).

4.º) Un título «usufructuario» se puede transformar en un derecho de renta si se dan los supuestos del artículo 494 (retención de los bienes por el propietario ante la no prestación de la fianza) y 517 (reconstrucción por el propietario del edificio usufructuario destruido). Pero puede igualmente convertirse en anticresis cuando el usufructuario retiene la finca para reintegrarse con sus productos del importe de las reparaciones extraordinarias realizadas y que el propietario se niega a satisfacer (art. 502 C.c.). Y a la inversa, manteniendo la misma tipicidad del título de apropiación del provecho, éste puede retenerse en formas distintas de emolumentos. Por ejemplo, en el artículo 507 del Código civil el usufructo de un crédito dinerario confiere al usufructuario que lo cobra un derecho de propiedad asimilado al usufructo impropio del artículo 482: el capital mismo aparece como provecho. Pero si el crédito no es dinerario, habrá que aplicar por analogía (83) el artículo 486 y, quedando el capital para el nudo propietario, el usufructuario sólo recibe el fruto como provecho.

5.º) En una determinada regulación sobre la extensión de un concreto derecho de disfrute sobre cosa ajena, el Ordenamiento puede permitir por diversas razones que el legitimado para este derecho pueda aprovechar como mejora aquello que le está sustraído retener como fruto. Así ocurre con los árboles no maderables de que habla el artículo 485 «in fine» o el producto de las canteras que según el artículo 456 no correspondan como fruto al usufructuario (84). Pero ello no querrá decir que esta mejora haya de ser restituible mediante reembolso en todo caso.

6.º) Una variada casuística suministra en este apartado el usufructo de acciones a que se refiere el artículo 41 de la Ley de Socieda-

(81) Así todavía, aplicando el régimen anterior a la Reforma, STS 3-XI-1986.

(82) Cfr. PUGLIESE, *Usufrutto*, 333.

(83) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Notas al Derecho de Cosas*, de WOLFF y RAISER, 2.º, 126.

(84) El árbol *non caeduu*s puede ser aprovechado en sus ramas para obras de refacción (LAGÚNEZ, I, VI, 49), salvo que se trate de frutales (CASTILLO, XXV, 21). El árbol maderable arrancado por el viento *non est in fructu*, salvo que el usufructuario lo quiera utilizar para reparación de la casa o si lo sustituye, o si el propietario no se lo lleva, en cuyo caso se tienen por derelictos (LAGÚNEZ, *lug. cit.*, 56).

des Anónimas (85). Si la cuota de liquidación de una sociedad anónima no está integrada por reservas, sino por aportaciones y plusvalías, el usufructuario no hace suya, como fruto, dicha cuota, pero adquiere sobre ella la propiedad que le concede el título cuasi-usufructuario del artículo 482 y 507 por recaer en bienes fungibles (86).

El aumento de capital social por emisión de nuevas acciones con cargo a plusvalías (art. 88 LSA) no es fruto y pertenece en dominio al nudo propietario; pero el usufructuario extiende sobre estas acciones su derecho de usufructo por el título de accesión que le procura el artículo 479 («disfrutar del aumento de la cosa usufructuada») (87).

Si el aumento de capital se hace con cargo a reservas o beneficios podría estimarse que las nuevas acciones son frutos, cuestión que, por lo demás, ha originado una amplia polémica doctrinal a favor y en contra de esta tesis (88), y que hoy está rechazada por el artículo 1.352 del C.c. Lo mismo podría decirse para el aumento de capital con suscripción de nuevas acciones que exijan nuevas aportaciones. Aquí se discute además si la solución debe ser idéntica cuando el precio de cotización deba ser igual o menor al valor real de cotización de las antiguas acciones. Pero en uno y otro caso queda todavía la cuestión de saber si al usufructuario le es posible acudir al título concurrente del artículo 479, para extender sobre las nuevas acciones su derecho de usufructo (89).

Se discutiría aquí si el derecho usufructuario se extendería a todas o a una parte de las nuevas acciones y si por analogía con el artículo 502 el usufructuario debería pagar intereses por las cantidades desembolsadas por el propietario.

El aumento del valor nominal de las acciones (art. 94 LSA) no es fruto. Pero de nuevo actúa el título concurrente del artículo 479 y el usufructuario extiende a ellas su derecho de disfrute (90).

---

(85) Un pormenorizado análisis de la doctrina, en Díez-PICAZO, *Estudios*, II, 356 y ss.

(86) GIL, 325 y ss.

(87) GIL, 347 y ss.; RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, 1964, 94 y ss. Cfr. SÁNCHEZ TORRES, *Usufructo de acciones de sociedades anónimas*, 1946, 118.

(88) Estiman que estas acciones no son fruto GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, 998 y ss.; CÁMARA, *El usufructo de acciones de sociedades anónimas en el Anteproyecto argentino de ley general de sociedades*, «ADM», 1971, núms. 119, 120. Son fruto para RUBIO, *ob. cit.*, 94. La jurisprudencia fue vacilante; en materia dotal se estimó que eran frutos de la dote (Cfr. LACRUZ, *Dote*, «NEJ», VII, 863). En las SS. 23-I-1947 y 15-VI-1982 se declara que las nuevas acciones no son fruto.

(89) Lo niega Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia*, II, 361.

(90) GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, 998.

### c) *La tendencia al fruto civil*

La relativización del concepto de frutos se produce en un tercer sentido cuando, como es lo normal, los productos de los bienes están sujetos a un ciclo que comienza con su producción orgánica o mecánica y termina en la transformación en su valor de cambio, la realización monetaria del producto.

En efecto, el concepto de fruto se predica del beneficiario orgánico o mecánico de un bien, pero igualmente de la realización en dinero de la comercialización de aquél. Veremos posteriormente que la normativa procesal de la Ley de Enjuiciamiento Civil referida a la ejecución de Sentencias propicia un entendimiento del concepto de frutos que hace imposible caracterizarlo como un bien *in natura*; *procesalmente la restitución de frutos es la restitución de una cantidad de dinero neta*. Y de hecho es así. En el ámbito de la restitución carecen de relevancia los productos orgánicos o mecánicos que, por lo demás, tratándose de productos de una explotación mercantil, resultan irrevindicables en las condiciones del artículo 85 del Código de Comercio. Con esto queremos decir que, por ejemplo, aunque al mineral se le niegue el carácter de fruto, no se le puede negar igualmente al rendimiento económico de su explotación y comercialización, como implícitamente reconocen las sentencias de 27 de diciembre de 1883, 7 de mayo de 1879 y 8 de julio de 1915, o la reciente sentencia de 28 de mayo de 1986, donde, sin más consideraciones, la restitución de los frutos de una cantera a cargo de un comunero, a favor de su copartícipe, aparece cifrada en una cantidad de dinero proporcional a la cuota. Otro tanto puede decirse de los bosques, donde la sentencia de 25 de septiembre de 1958 da por sentado que, sea cual fuere la discutida naturaleza del arbolado existente en finca parafernial, no es discutible en cambio el carácter de fruto ganancial de la utilidad económica derivada de su explotación.

Puede afirmarse, de hecho, que si se admite que todo fruto es renta y toda renta en dinero es fruto civil (91), todo provecho «industrial» en el sentido del artículo 355 está *tendencialmente* destinado a convertirse en un fruto civil irregular. Y esta tendencia al fruto civil, esto es, al fruto líquido dinerario, no sólo es una consecuencia del ciclo de comercialización de los bienes de producción, sino que se manifiesta en todos los ámbitos y a lo largo de la historia como punto final de la estructura económica. La historia de la propiedad amortizada en España aparece, por ejemplo, para el jurista como la creación de una fabulosa superestructura de rentas territoriales y señoriales caracterizadas como fruto civil (92), y a través de la que se

(91) DÍEZ-PICAZO, *cit.*, II, 351.

(92) Como frutos civiles caracteriza POTHIER los derechos señoriales (*Communauté*, números 229, 230).

sustenta toda una determinada clase social, propietaria de los bienes de producción (93). Y la estructura inversa produce, paradójicamente, el mismo resultado: la desvinculación inmobiliaria en España lleva a una circulación de la riqueza que jurídicamente se somete al régimen de los frutos civiles; a la circulación y el pago de bienes desamortizados a través de los títulos de la Deuda Pública; o, en un efecto más limitado, a las pretensiones «moderadas» de lanzar al mercado los bienes amortizados mediante el disfrute indirecto pagado por los cánones enfitéuticos (94).

No otra cosa distinta ocurre hoy con el mercado económico capitalista, donde la «propiedad» se trastoca en un mero derecho al fruto civil pagado como dividendo societario o en un interés como renta de títulos o depósitos financieros.

## VI. LA NATURALEZA DE LA ADQUISICION DE PROVECHOS POR EL POSEEDOR DE BUENA FE

### 1. Una declaración jurisprudencial

«La percepción de frutos es el modo de expresarse la posesión misma y halla su fundamento en el trabajo del poseedor para la obtención de los frutos civiles y aun de los naturales producidos en el ámbito de una gestión jurídica y económica de la finca, desempeñada por el poseedor; siendo todos los frutos la contrapartida en favor del poseedor por haber asumido la gestión *iure proprio* de la cosa, los riesgos y responsabilidades consiguientes» (STS 17-3-1983).

En pocas ocasiones se ha decidido el Tribunal Supremo a realizar un excursus sobre el fundamento del derecho que consagra el artículo 451 del Código civil. Desde luego, nunca lo había hecho antes con la contundencia de esta sentencia, que resuelve un conflicto de daños

---

(93) JOVELLANOS confesaba que la propiedad vinculada había creado una situación tal que rara vez el propietario del suelo era quien se adueñaba los frutos del mismo (*Informe sobre la ley agraria*, ed. 1977, 215). El mayorazgo aparece como una propiedad de frutos feudales integrados por rentas territoriales y señoriales. Por esta razón, «tierra» en Part. 4,26,2, significa «maravedíes que el rey pone a los ricos omes en lugares ciertos» (Cfr. CLAVERO, *El mayorazgo*, 1974, 103).

(94) Establecía como programa FLORIDABLANCA en su *Instrucción reservada de Estado*, XIII, que «no se amorticen bienes en lo venidero sin mi licencia y que se puedan y deban subrogar en frutos civiles las dotaciones pías, quedando los bienes estables de forma que con censos, juros, acciones de bancos y otros réditos semejantes que no estén sujetos a reparaciones y cultivos, como las casas y las tierras, se asegure la subsistencia y las cargas de las dotaciones pías». El proyecto moderado de practicar la desamortización mediante la enajenación del dominio útil tuvo siempre acendrados valedores, aunque acabó sucumbiendo; Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, *El marco político de la desamortización en España*, 1981.

entre el poseedor y un tercero, no un problema de relación propietario-poseedor, circunstancia ésta que no puede olvidar el intérprete. Y esta sentencia constituye una muestra de cómo una excesiva retórica en la fundamentación de los fallos puede poner en peligro la validez misma del fallo que se quiere fundar en derecho.

En efecto, si es el *principio del trabajo* el que fundamenta el derecho del artículo 451 (*pro cultura et cura*, *Inst. De rer. divis*, p. 35), no se ve qué sentido tiene la referencia a los frutos naturales. En segundo lugar, se hace una remisión a los riesgos para fundar el derecho del art. 451. Si con ello se quiere decir que el poseedor asume el riesgo de que su gestión económica no resulte productiva, ello es completamente cierto, mas no se ve qué pueda tener que ver ello con el caso en cuestión, pues de hecho cualquier persona que asume por propia cuenta una gestión de este tipo asume el riesgo de su fracaso. Si lo que se quiere decir es que el riesgo es el de la *cosa poseída*, el desacierto no admite duda: el poseedor de buena fe no asume ningún riesgo frente al propietario, ni aunque por su propia ineptitud malbarate la cosa. Por último, si éste es el fundamento de la adquisición de frutos, no se ve qué lo distingue de la posición del poseedor del artículo 455, pues ninguna de las declaraciones de la sentencia arriba transcrita deja de tener cómoda aplicación al poseedor de mala fe.

Afrontaremos esta cuestión dando un rodeo. Veremos primero cuáles son los sistemas posibles con los que el Código civil pudiera haber articulado la protección posesoria en cuanto a los frutos.

## 2. Sistema del abono de gastos

Una solución racional al problema de los frutos obtenidos en una gestión posesora pasa por someter esta cuestión al mismo régimen al que se sujetan los gastos. Los provechos pertenecen al poseedor legítimo, que abonará al receptor los gastos de producción y, acaso, la remuneración por su actividad personal. Es un sistema muy simple que el Código civil ha aceptado en el artículo 356 para el poseedor de mala fe y, en general, para cualquiera que obtenga, pero no retenga, los frutos para sí. La interposición de capital y trabajo ajenos no harían perder al provecho la naturaleza de frutos (el artículo 355-2.º establece que no la pierden), mas tampoco alterarían la congruencia del artículo 354, y los frutos serían del propietario. Es decir, sería del propietario el derecho de crédito por la cantidad de dinero líquida representativa del valor de los frutos, descontados los costes.

Este es el sistema que Grocio consideraba más ajustado a la ley natural (95), por más que en la *Instituta* de Justiniano es la propie-

---

(95) *De iure belli ac pacis*, II, VIII, XXIII.

dad del poseedor de buena fe lo que parece más acomodado al *Derecho de Gentes*.

En verdad, una fundamentación de la protección posesoria *pro-cultura et cura* no exige más derechos que éste que concede el artículo 356, con el que queda perfectamente salvaguardado el equilibrio patrimonial del poseedor. La industria del poseedor sería un fundamento del abono de gastos (como es la del comunero en 1.063 del Código civil, por ejemplo), mas no una *ratio* definitiva para crear un título de dominio. De hecho, ésta era la solución de P.3.28.38 respecto a los frutos industriales no consumidos por el poseedor, así como para una autorizada doctrina del Derecho común (96).

### 3. Régimen de frutos como un puro sistema indemnizatorio

De no existir en el Código civil las normas posesorias, el régimen de frutos respondería a los siguientes principios:

1.º El poseedor de buena fe respondería por culpa leve (arts. 1.094 y 1.104 C.c.) y restituiría los frutos que el poseedor legítimo hubiera podido obtener. Respondería también de la pérdida o deterioro (97). Y la culpa se predicaría tanto sobre su desconocimiento de lo indebido de su posesión (error inexcusable) cuanto del modo de proceder sobre la cosa (diligencia del *pater familias*).

2.º El poseedor de mala fe no restituiría sin más los frutos percibidos, sino en cuanto éstos representaran el valor de la privación del goce del propietario. En cuanto *fur*, responde del caso como si estuviera en mora. Los daños a resarcir se medirían conforme al criterio del artículo 1.107 para el incumplidor doloso (98).

Los artículos 451 y 457 del Código civil no han derogado ningún principio de la responsabilidad civil aquiliana. No existe tal derogación, sino que el Código parte de considerar que el poseedor de buena fe procede lícitamente sobre la cosa. Falta el requisito de la ilicitud, como falta en la injerencia oficiosa en asuntos ajenos con ánimo *rem aliena gerendi* (cfr. art. 1.887, «hechos ilícitos»). Esta licitud no puede derivarse del principio *pro cultura et cura*, sino de la regla

---

(96) SAVIGNY, *Posesión*, núm. 22, III, nota; WINDSCHEID, *Pandekten*, I, núm. 186; GLUCK, *Pandette*, VI, p. 222.

(97) Es discutido si en el marco del artículo 1.107 C.c. responde sólo el incumplidor culposo o también el «deudor de buena fe», no exonerando en este último caso sino la imposibilidad objetiva no imputable; Cfr. nuevamente JORDANO FRAGA, *Las reglas generales de la responsabilidad contractual*, «ADC», 1985, 277 y ss.; PANTALEÓN, *Del concepto de daño*, cit., 557 y ss.

(98) Cfr. SACCO, *Possesso, denuncia di opera nuova e de danno tenuto*, 1960, 108 y ss.

sentada en el artículo 457, a tenor de la cual el poseedor de buena fe puede proceder sobre la cosa como lo haría el dueño. Esto es lo que dicen las fuentes, que el *bonae fidei possessor* está *domini loco* y ahí se razona su estatuto privilegiado (Dig. 22.1.25.1; 41.1.48) (99). A partir de la *litis contestatio* cesa el régimen excepcional mantenido *fictione iuris*: el poseedor de buena fe *tanquam in mora* restituirá el valor de los enajenados, los consumidos y los *neglecti* (100).

#### 4. Régimen de frutos sometidos al cálculo del enriquecimiento

Según lo expuesto al inicio de este trabajo, la ciencia jurídico-teológica española de los siglos XVI y XVII parte del principio de que en materia de restitución el poseedor de buena fe está sometido a una única regla: restituye en cuanto por la cosa se haya enriquecido. De acuerdo a ello, el *bonae fidei possessor* restituye todos los frutos de la cosa que aún conserve *in natura* en su poder (deducidos los gastos), y los consumidos en cuanto por ellos se haya enriquecido (101). Obsérvese —la puntualización es de Luis de Molina— que los *percipiendi* no los restituye no porque no esté en culpa, sino por cuanto con ellos él no se enriquece.

El poseedor de mala fe, y en general todo aquel que responde «ex acceptione» está sujeto a la restitución como un ladrón: todos los provechos obtenidos de la cosa y todo el daño.

El sistema transcrito es generalización de la solución particular que para la petición de la herencia se instaura el SC Iuventiano, y se impone como regla de «Derecho Natural» en los tratadistas centroeuropeos del Derecho de Gentes, que, sin citar muchas veces las fuentes de donde los toman, transcriben a la letra las soluciones de la doctrina escolástica española (102).

Retazos de la teoría del enriquecimiento aplicada a los frutos no ha dejado de haber jamás. Windscheid señalaba que los frutos enajenados por el poseedor de buena fe pueden ser reivindicados por el propietario, salvo que el vendedor estuviera sujeto al saneamiento, pues respondería entonces en una medida mayor que la de su propio enriquecimiento (103). La P.6.14.4 exime al poseedor de herencia de buena fe de la restitución de los frutos consumidos. Pero G. López

---

(99) VANGEROW, *Pandekten*, I, núm. 326, Anm. 1. Puede verse allí una amplia exposición doctrinal y referencias a autores.

(100) SAVIGNY, *Sistema*, V, 73.

(101) MEDINA, *De restitutione*, Q. 10; SOTO, IV, VII, 2; MOLINA, Disp. 718, 724.

(102) PUFFENDORF, II, 385 y s.; GROCIO, II, X, IV y s.

(103) *Pandekten*, I, núm. 186; ya también en PUFFENDORF, II, 396, lo que fue calificado de absurdo por BARBEYRAC.



(glosa «dellos») estima que esta exención no cabe respecto de los naturales, con los que evidentemente se enriqueció; e igual doctrina se repite para los naturales consumidos en la glosa «despendidos» a P.3.28.38.

## 5. Sistema de frutos en función de la industria del poseedor

De acuerdo a este modelo, el poseedor de buena fe retendría los frutos que hubiera obtenido de la cosa por su trabajo e industria y la aplicación de su propio capital. Este sistema no era enteramente aceptado en P.3.28.38, sino para los industriales consumidos, mas no para los extantes *in natura*, que se restituían con acción real.

De acuerdo al modelo que ahora exponemos, se restituyen según Donello los frutos percibidos y no consumidos: se restituirán todos los naturales, y el aparente argumento en contra de Paulo en Dig. 22.12.5.1 —que habla de que el poseedor hace suyos «todos» (*omnes*) los frutos— es interpretado como «todos» los que percibe con su trabajo, pero también con la industria de un tercero (104). A la inversa, «contra el parecer de muchos» (*plurimi*) (105) los industriales que se conserven *in natura* no se restituyen (106).

Al rechazar Donello el modelo de restitución por el enriquecimiento, la conclusión respecto a los consumidos se impone por sí sola: el poseedor de buena fe no responde por culpa, y carece de importancia que se haya enriquecido (107).

Idéntica solución ofrece Covarrubias para los frutos industriales consumidos: no se restituye, pues responden al trabajo y capital del poseedor aunque se haya enriquecido con ellos de acuerdo con P.3.28.38 y en contra de la opinión de Bartolo. Sólo en los juicios universales (petición de herencia) entran en la acción los industriales consumidos (108). Esta opinión, de acuerdo a la Partida citada, es suscrita por García, y aun extendida a la petición de herencia, pues en P.6.14.4 no se establece que el poseedor de la herencia deba restituir los industriales consumidos (109).

De hecho, ésta era la única diferencia que la doctrina del derecho común quiso apreciar entre el poseedor de buena fe y los demás obli-

(104) *Comm.*, IV, XXV, VIII y ss.

(105) En realidad, casi todos: COVARRUBIAS, POTHIER, THIBAUT, SAVIGNY, WINDSCHEID y otros varios mantenían lo contrario.

(106) *Comm.*, IV, XXVI, III.

(107) *Comm.*, IV, XXV, III y s.

(108) *Variae Resolutiones*, I, III, 6, *tertia conclusio*. En el mismo sentido, GREGORIO LÓPEZ, glos. «gana» Part. 3,28,38.

(109) *De expensis*, XXIII, 40, 41.

gados a la restitución de bienes ajenos: que los frutos consumidos no se restituyen ni tan siquiera si con ellos se hubiera enriquecido el poseedor (110). Más aún, para Windscheid, de las fuentes no se deduce otra cosa con claridad que la facultad de consumo de los frutos, reconocida al poseedor de buena fe (111).

## 6. La relevancia del «titulus possessionis»

Este modelo es concurrente con cualquiera de los anteriores, pero añade un nuevo dato de discriminación, el título por el que se entró a poseer.

El poseedor de buena fe con título, según Covarrubias (112), hace suyos los frutos naturales, no ya por su trabajo e industria, sino por estar *domini loco*; pero estos frutos se restituirán, si consumidos, siempre que con ellos se haya enriquecido. Los extantes le serán concedidos al actor *officio iudicis*. El de buena fe sin título no hace suyos los naturales. Si son extantes, se piden con acción real; con la *condictio sine causa* si ya se han consumido siempre que *ex eis factus est locupletior*. En cualquier caso, la *causa possessionis* serviría como título para la usucapión trienal de los frutos extantes *in natura*.

Según P.3.28.40, el poseedor de mala fe sin título o con título reprobado restituye, junto a los *percepti*, los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir. El de mala fe con título, sólo los percibidos.

## 7. La solución del Código civil

La solución que ofrece el Código civil no puede ser más simple, si bien en ocasiones esta simplicidad se consigue a costa de la claridad o de la justicia, sobre todo por la carencia de solución que recibe el problema del poseedor de buena fe después de haberse interrumpido legalmente la posesión. El Código civil hace descansar su simplicidad en la circunstancia, no poco extraña, de no haber seguido ninguno de los modelos antes expuestos.

1.º El poseedor de buena fe hace suyos todos los frutos, sin distinguir entre naturales e industriales, entre extantes o consumidos (113).

---

(110) SAVIGNY, *Sistema*, V, 73; POTHIER, *Propriété*, núm. 338; THIBAUT, *Pandekten*, núm. 709. Dudoso era si los industriales extantes no se adquirían o bien se adquirían, pero con la obligación de restituir: WINDSCHEID, *lug. cit.*, con exposición de doctrina en este sentido.

(111) WINDSCHEID, *Pandekten*, *lug. cit.*; GLUCK, VI, p. 229.

(112) *Variae Resol.*, I, III, 6.

(113) En el derecho alemán no hay en concreto ninguna norma que exima al poseedor de buena fe de restituir frutos. Esta norma se obtiene por inducción, ya que

2.º) El poseedor de buena fe no se reembolsa, por lo arriba dicho, los gastos de producción de los frutos.

3.º) Es indiferente el título por el que se entró a poseer. En rigor, es indiferente si existe o no título (114). Téngase además en cuenta una práctica jurisprudencial de la que el Tribunal Supremo ha hecho uso, consistente en casar la sentencia de instancia siempre que se condenara a restituir frutos sin haber declarado previamente la mala fe. El Tribunal Supremo se limita a casar la sentencia sin entrar, por su parte, a considerar si la situación del restituyente era tal que justificase el calificativo de mala fe. Una excepción a esta doctrina en sentencia de 21 de abril de 1961, donde el Tribunal Supremo «infiere» la mala fe del hecho de que la Audiencia hubiera condenado a restituir los frutos.

En consecuencia, el sistema del Código civil queda delimitado de la siguiente manera: a) el poseedor de buena fe no responde del daño que al propietario le suponga la privación de la cosa; b) el poseedor de buena fe no restituye el enriquecimiento obtenido por el disfrute de la cosa ajena. El artículo 451 es la contradicción más frontal que existe en el Código civil a la pretendida asunción en nuestro sistema del principio del enriquecimiento injusto y, como tal, la norma posesoria viene siendo considerada un cuerpo extraño por todos aquellos autores que quieren hacer del enriquecimiento la guía del derecho de restitución (115).

## VII. CARACTERIZACION GENERAL DEL REGIMEN DE RESTITUCION EN EL CODIGO CIVIL

Creo que el régimen restitutorio a que responde nuestro Derecho puede ser en sus rasgos generales completamente caracterizado mediante las tres siguientes proposiciones:

1.º) El derecho de la restitución, y de la restitución de provechos en particular, está en una gran medida caracterizado por una *expan-*

---

el poseedor de buena fe sólo restituye los frutos excesivos (§ 993 I «BGB») y no está sujeto a la acción de enriquecimiento: KOBL, *Das Eigentümer-Besitzer Verhältnnis*, cit., 223.

(114) Que no se requiere título para la adquisición de los frutos lo mantiene, entre otros, DELGADO, *Adquisición*, cit., 557 y ss.

(115) Para JAKOBS constituye un anacronismo en el «BGB», contrario al propio sistema, la norma que exime al poseedor de restituir frutos (*Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre der ungerechtfertigte Bereicherung*, 1964, 77); igualmente, SACCO, *L'arricchimento*, 185; PEREIRA COELHO, *O enriquecimento e o dano*, 1970, 110 y ss. Como privilegio del poseedor de buena fe lo entendieron también los redactores del «BGB» (*Motive*, III, 401; GURSKY, *Staudinger Komm.*, Vorb., §§ 987-993, núm. 4); como residuo histórico, SCHULTZ, *System*, 328.

sión de las normas que regulan la liquidación de la gestión posesoria de los artículos 451 y ss. del Código civil.

2.º) La inexistencia con carácter general de una regla de propiedad para justificar la atribución de los provechos al legitimado para la restitución.

3.º) La *interconexión* entre restitución y reparación del daño por vía de indemnización.

Trataremos de cada una de estas proposiciones por separado.

## VIII. LA TENDENCIA EXPANSIVA DE LAS NORMAS SOBRE LIQUIDACION POSESORIA

Las normas que contienen los artículos 451 y ss. del Código civil constituyen el derecho común de las liquidaciones posesorias en general (116); esto es, con independencia de la forma por la que se haya accedido a la posesión. Esta tendencia expansiva se hace posible en el Código civil por la desaparición de otros cánones restitutorios distintos de los de la *reivindicación* y por las *lagunas* que en materia de restitución sufren las distintas técnicas particulares que a lo largo del Código civil regulan los efectos de la obligación de restituir.

### 1. La inexistencia de otros criterios generales de restitución

#### a) *El estatuto jurídico de todo poseedor*

Las condiciones de posibilidad para que las normas de liquidación posesoria se hayan convertido en el estatuto de todo poseedor (117) han sido en parte ya estudiadas por mí en otro lugar (118), por lo que aquí, añadiendo algunos datos, me permitiré ser breve.

A diferencia de lo que ocurría en Derecho romano, según Savigny (119), la posesión no es en el Código civil un mero presupuesto de la usucapión (papel al que en gran parte está aún reducida en el Code Napoléon), ni una simple legitimación material para el ejercicio de la defensa interdictal. Que ello es así se prueba por el dato de que el supuesto de hecho que el Código civil recoge bajo la denominación de *posesión* es mucho más amplio que el que sirve de presupuesto para la usucapión. Hay posesiones enumeradas en el Código

(116) DORAL, *Liquidación de la gestión posesoria*, «RDP», 1977, 399 y ss.

(117) La expresión es de DELGADO ECHEVERRÍA, *Adquisición*, 557 y ss.

(118) *Ius aedificandi y accesión*, Cap. VI.

(119) *Tratado de la posesión*, núm. 2.

civil que jamás pueden convertirse en formas de posesión hábiles para la usucapión, al faltar el concepto de dueño. Más aún, la buena fe posesoria del artículo 433 no coincide con la que el artículo 1.950 requiere para la usucapión. Aquélla admite que el carácter indebido del título sea su propia nulidad, mientras ésta, en la usucapión ordinaria, exige la validez del título.

En la usucapión ordinaria el poseedor es forzosamente un tercer poseedor, mientras que cualquier forma de llegar a la posesión es bastante para servir de presupuesto a las normas recogidas en los artículos 430 y ss.

El artículo 433 se independiza de la misma ineficacia del título. Puede haber buena fe en una posesión correcta conforme a Derecho, pero sobre la que actúe un título que pueda hacerla retroactivamente ineficaz [el impago del artículo 1.124, por ejemplo (120)]. Más aún, en una decidida corriente jurisprudencial que en otros lugares he expuesto (121), la buena fe se hace incluso independiente del carácter absolutamente firme del título y se lleva a afirmar, contra el tenor del artículo 433, que quien tiene un *ius possidendi* estable puede ser un poseedor de buena fe a efectos de los artículos 451 y ss., es decir, un poseedor que por prescripción legal sólo podría basar su buena o mala fe sobre una previa *posesión indebida o viciada*. Acaso constituya el artículo 185 Compilación Cataluña la expresión más perfecta de esta metamorfosis de la buena fe posesoria, al decir que el heredero fiduciario cobrará las mejoras hechas en el bien fideicomitado si las ha realizado de «buena fe como si las realizare en bienes de su plena propiedad».

Con esto tendríamos completada una evolución en la que el campo de aplicación de los artículos 451 y ss. no quedaría ya limitado a resolver situaciones posesorias *indebidas*, donde no se ostenta el *ius possidendi* sobre el bien. Cubriría ahora todo el ámbito de la restitución, y la buena fe requerida para retener el provecho a tenor del artículo 451 *quedaría asimilada sin más al modo de diligencia del buen padre de familia con el que se haya actuado sobre la cosa*.

De esta forma, las normas de liquidación posesoria se habrían desprendido del carácter *preventivo* propio de la reivindicación, alcanzando a las restituciones *reversivas* en las que el dominio hubiera previamente y de forma válida pasado al sujeto posteriormente obligado a restituir.

Los artículos 451 y 455, que regulan la restitución de provechos resultantes de una gestión posesoria, no aparecen entonces como una

---

(120) BADOSA, *Justo título*, «NEJ», XIV, 704 y ss.

(121) *Ius aedificandi y accesión*, Cap. VI; *Cuadernos Civitas de Jur. Civil*, números 7, 8, 9.

normativa *especializada* de la reivindicación, que eventualmente pueda ser extendida de modo analógico a otros ámbitos. Más bien se predica de ella el carácter de *régimen general*, que sólo cederá ante una regulación claramente especializada.

Esta tendencial expansión, propiciada, como digo, por una cierta generalización no siempre meditada de lo que es la buena y la mala fe posesoria, llega incluso a provocar una auténtica inflación en uso de principios y argumentos posesorios, traídos sin más escrúpulo allí donde se requiera acudir a una *ratio* suficiente que el legislador en ocasiones no da. Los ejemplos son infinitos; basta con unos pocos.

El artículo 760 del Código civil disciplina la restitución de los bienes hereditarios poseídos por un indigno obligando a la restitución de los frutos al poseedor legítimo. Realmente eran aquí posibles varias explicaciones. Según una de ellas los restituiría porque de hecho accede gratuitamente a la posesión; no se podría, por tanto, fundar un derecho de apropiación de frutos en la presuposición legal —acaso latente en el artículo 451 del Código civil— de que el fruto se retiene porque de hecho se accedió a la posesión pagando un precio que no corre a riesgo del propietario que reivindica (122). Puede acudir-se a una segunda justificación y entender que acaso el artículo 760 sea un vestigio de la antigua *petitio hereditatis* en la que se restituyen los frutos de la herencia. Podemos, en tercer lugar, remitirnos, con Lacruz (123), al principio tradicional en materia de indignidad según el cual el indigno *potest capere sed non retinere*. A pesar de todas estas posibilidades, la doctrina antigua y moderna prefiere fundar la norma en una *ratio* posesoria: el indigno es de mala fe, de ahí que el artículo 760 sea congruente con el artículo 455 (124).

El poseedor de la herencia del artículo 197 no restituye los frutos, sino desde el día en que se presenta quien erróneamente fue declarado fallecido. En rigor, el derecho a retener los frutos podría justificarse por una función de administración cuasi usufructuaria similar a la de los representantes del ausente de los artículos 186 y 187. No obstante ello, se prefiere —sin duda con razón— acudir a una *ratio* posesoria: los retiene porque es de buena fe, de acuerdo al artículo 451 (125), ya que, de no serlo, y por analogía con el artículo 186, restituiría en la medida del artículo 455.

Los frutos de los bienes colacionales no se deben a la masa, sino desde el día en que se abra la sucesión (art. 1.049). No requiere ma-

---

(122) En el Derecho alemán, el poseedor de buena fe que recibió la cosa por título gratuito restituye los frutos (§ 988 «BGB»).

(123) *Derecho de sucesiones*, I, 1971, 114.

(124) GÓMEZ, *Ad Leg. Tauri*, 11, IX, X, XI, XII, núm. 26; DOMAT, *Lois civiles*, 2.<sup>a</sup> parte, II, sect. III; LAURENT, *Principes*, IX, núm. 23; art. 2.037 Código portugués.

(125) DE CASTRO, *Derecho civil de España, II Derecho de la persona*, 1984, 553; SERRANO, *La ausencia en el Derecho español*, 1943, 420.

yor explicación que si el donatario retiene los frutos del bien donado es porque con la donación se hizo dueño de los mismos. Pues bien, como si esta razón no fuese bastante, García Goyena señala que la norma es de justicia dada la cualidad de poseedor de buena fe que el donatario ostenta (126).

Más aún, una norma propia de la liquidación posesoria se impone en ocasiones en las que el propio Código especifica que la apropiación de los frutos no deriva del carácter de poseedor del artículo 451, sino de otra titulación distinta. Según la redacción del Código civil anterior a 1981, el marido tenía el usufructo de la dote inestimada de la mujer. Pero en verdad este usufructo no era más que un excurso verbal para justificar que el marido retenía los frutos de la dote (127), pues la liquidación de las impensas sobre la cosa dotal no seguían el régimen del usufructo (art. 487), sino el posesorio, por disponerlo así el artículo 1.368.

#### b) *Petitio hereditatis: restituciones sucesorias*

Como advertí en un capítulo anterior, en el Código civil desaparece el único modelo de restitución al que la tradición del Derecho común vinculó con carácter general el canon «enriquecimiento» como módulo de restitución, la *petitio hereditatis*. Hasta que hace su aparición el SC Iuventiano, el poseedor de una herencia restituye todos los frutos producidos por ella, antes y después de la adición, los frutos de los frutos, y los provechos asimilados a frutos (Dig. 5.3.20.6; 5.3.25.20; 5.3.26; 5.3.27; 5.3.29; 5.3.52). Con el SC citado, el poseedor de herencia de buena fe sólo estará obligado a restituir *in quantum factus sit locupletior*, lo que se traduce en las siguientes consecuencias prácticas: el poseedor de buena fe no restituye los intereses del precio de la cosa hereditaria vendida (Dig. 5.3.20.6; *idemque in similibus causis est servandum*); el poseedor de buena fe que deja de poseer antes de la acción de petición sólo responderá frente al heredero en cuanto se haya enriquecido; si el poseedor vende una cosa de la herencia y el comprador sufre posteriormente la evicción, frente al heredero se entiende que el poseedor nada ha adquirido de la herencia, pues nada queda en su poder (5.3.20.18); el mismo precio de venta, según Ulpiano y Paulo, no se restituye si el poseedor no se enriquece con él por haberlo donado o malgastado (5.3.23; 5.3.36.4); si la cosa hereditaria se ha destruido o consumido o malgastado, el poseedor de buena fe no responde de ello, sino en la medida en que hubiera obtenido alguna remuneración o se hubiera enriquecido de

---

(126) *Concordancias*, 1974, 447.

(127) LACRUZ, *Dote*, «NEJ», VII, 870.

otra manera (5.3.25.11); si alguien, de buena fe, estima ser heredero universal, piensa Marcelo que si consumió malgastando la mitad de la herencia, se entiende consumida de la mitad de la que no es heredero, si bien Ulpiano estima más justo que restituya la mitad del residuo (5.3.25.12-15); el poseedor hereditario sólo restituye los frutos con los que se enriqueció (5.3.40.1). El poseedor recobra *todas* las mejoras, aunque ya no existan (5.3.38).

En materia de frutos, la solución definitiva de la *petitio hereditatis* implicaba el régimen siguiente: restituirá los frutos que aún resten en natura, deduciendo gastos, y los consumidos en cuanto se hubiera enriquecido con ellos.

La restitución por el enriquecimiento está hoy en el Derecho alemán en materia de petición de herencia (128), pero en el Derecho español desaparece ya desde el mismo momento en que se redactan las Partidas donde el poseedor de herencia queda sujeto al mismo régimen de restitución que el del poseedor ordinario (PP.3.28.38 y 6.14.4). La jurisprudencia anterior y posterior al Código civil, de modo casi unánime, establece el principio de que el poseedor de herencia de buena fe hace suyos los frutos percibidos de los bienes (129). Y todo ello queda hoy confirmado porque la *ratio* de la diferencia ha desaparecido con el artículo 433. En efecto, la diferente solución que el Derecho común acepta para los frutos en la reivindicación y la petición de herencia se justificaba sólo en que el título sucesorio inválido no era un *justo título*, a diferencia del que ostentaba el poseedor sometido a la reivindicación (130). Hoy el artículo 433 no requiere que el título sea justo, en el sentido del artículo 1.952 del Código civil. El artículo 197 del Código civil es prueba de indudable valor.

EL régimen de la *petitio hereditatis* en el Derecho español hoy no puede ser otra cosa que una construcción por vía de interpretación, dada su carencia de regulación. Y las soluciones doctrinales no dejan en algún caso de pecar de cierta contradicción, pues, admitiéndose sin dificultad que el poseedor de herencia de buena fe hace suyos los frutos (131), no se dejan, sin embargo, de aplicar soluciones parciales que sólo tienen cabida en un régimen restitutorio que esté regido por los criterios del enriquecimiento (132); cuestión ésta que

---

(128) §§ 2018, 2020 «BGB».

(129) SSTS 31-XII-1890, 6-XII-1899, 12-X-1901, 15-II-1902, 20-XI-1959. En sentido contrario, 20-IV-1917 (Cataluña).

(130) DONELLO, XIX, XIII, XIV.

(131) Según ROCA SASTRE (*Notas*, KIPP-COING, II, 204), sólo en normas posesorias, no sucesorias, se funda la obligación de restituir el heredero aparente; Cfr. también VALLET, *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, 1984, 652. En Francia, PLANIOL-RIPERT, IV, núm. 337.

(132) Así, en materia de deterioros y dispendios de la cosa hereditaria, PLANIOL-RIPERT, *lug. cit.*, LACRUZ, siguiendo a GULLÓN, *La acción de p.h.*, «ADC», 1959,



plantea la dificultad de si hoy el régimen de la *petitio hereditatis* es divisible, es decir, si se pueden aplicar criterios posesorios en lo referente a la restitución de frutos y reembolso de gastos, mientras se aplica a la pérdida o enajenación de la cosa estrictos principios derivados del enriquecimiento, tal como los hemos recogido arriba.

En el Derecho español no sólo no queda rastro de una vertebración de las restituciones sucesorias en torno a principios similares a los del Derecho romano, sino que ni tan siquiera en materia de frutos encuentra una validez general el apotegma «*fructus augent hereditates*», que, por lo demás, limitaba, como hemos dicho, su alcance a los frutos percibidos y aún no consumidos. El principio *fructus augent* quiere ser deducido por doctrina y jurisprudencia de la norma que el artículo 1.063 refiere al estado de indivisión (133). Según este artículo, «los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios...». En rigor este precepto tan sólo quiere significar que los frutos y rentas obtenidos de la masa indivisa *se computan* a efectos de la partición y que, si exceden de la cuota de cada partícipe, este exceso será abonado al resto de los coherederos; pero la norma no contiene pronunciamiento alguno sobre la legitimidad que cada partícipe ostente para obtener en propiedad los frutos que le corresponden en proporción a su cuota ex artículo 399 del Código civil. Y tampoco nos distancia demasiado del artículo 399 la doctrina jurisprudencial que quiere deducir del artículo 1.063 el derecho de los copartícipes a exigir la restitución de frutos frente al coheredero que los obtiene, sin necesidad de esperar al momento de la partición (S. 21-5-1963). Y digo que no existe tal distancia entre los artículos 399 y 1.063 porque el primero ha de interpretarse sistemáticamente limitado por el derecho que el artículo 398 concede a la mayoría para administrar la cosa común, derecho que puede ir, desde la sustitución del goce directo por el indirecto de la cosa común, hasta el reparto de las utilidades según un plan contable sometido a ejercicios económicos (134). Repito, pues, que el artículo 1.063 sólo contiene una norma que impone la computación y, en su caso, abono de estos frutos en el momento de la partición, pero no excluye un derecho de propiedad similar al del artículo 398, si bien, como éste, limitado por lo dispuesto en el artículo 398. Y aun todavía puede añadirse lo establecido en el artículo 1.408 del Código civil, a cuyo tenor «se darán

---

199 y ss., 227, entiende aplicable a la *petitio* el régimen del pago de lo indebido: si vendió la cosa hereditaria restituirá el precio, aunque lo haya malgastado (*Sucesiones*, I, 312, not.).

(133) Vid. ALBALADEJO, *Derecho civil*, V, 1.º (1972), 272, y allí referencias SSTS 12-XII-1958, 7-I-1966, 28-X-1977.

(134) Sobre el art. 399 C.c., Cfr. MIQUEL, *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, V-2.º (1984), 431 y ss.

(de la masa común) alimentos a los cónyuges, o, en su caso, al sobreviviente y a los hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber; pero se les rebajarán de éste en la parte que excedan de los que les hubiere correspondido en razón de frutos y rentas». Este «se darán» habrá de tomarlo como un simple «podrán tomarse» por sí mismos, cuando nadie esté específicamente encargado de la administración de los gananciales en liquidación.

Todavía, para finalizar con esto, habría que determinar qué derechos tiene la administración en la cosa común, si los tiene, para, en el supuesto del artículo 1.063, privar a cada uno de los herederos, antes de la partición, de los frutos y utilidades que le corresponda en razón a su cuota. Y cabe además advertir que la norma del artículo 1.063 no se superpone a la del artículo 451, de modo que, cuando el coheredero posea toda la herencia de buena fe como único propietario retendrá los frutos del bien o bienes sucesorios como cualquier otro poseedor (135).

Fuera del propio artículo 1.063, el principio *fructus augent* tiene aún menos virtualidad para convertirse en principio general de las restituciones sucesorias. Ya hemos visto que la solución del artículo 760 se ha explicado tradicionalmente por criterios posesorios, no sucesorios. La rescisión de la partición (art. 1.074), la nulidad de la partición celebrada con alguno a quien se creyó heredero sin serlo (art. 1.081), la preterición testamentaria y particional (arts. 814 y 1.080), la nulidad testamentaria (arts. 673 y 687), la acción de complemento de legítima (art. 815) (136), la desheredación injusta (artículos 851 y ss.), etc., no pueden por menos que estar sometidos en materia restitutoria sino a los mismos principios que la clásica petición de herencia, y, en consecuencia, sujetos hoy al criterio del artículo 451-455. Otro tanto puede decirse de la revocación de la donación en carácter de mejora del artículo 827, o la revocación por inoficiosidad de las donaciones ex artículos 651-654 del Código civil. No sólo no hay retroactividad en cuanto a la restitución de frutos, sino que incluso el momento a partir del cual se deben frutos no es el de la muerte del causante, sino el de la demanda, al menos en lo que respecta al artículo 654 (136 bis).

(135) LACRUZ, I, 222; VALLET, *Panorama*, II, 854.

(136) Qué acción corresponde al legitimario para pedir el complemento a que se refiere el artículo 815 C.c. se hace depender por la doctrina de cuál sea el título sucesorio por el que se deba o pueda atribuir la legítima; recientemente, PEÑA, *Naturaleza jurídica de la legítima*, «ADC», 1985, 849 y ss., y VALLET, *Observaciones en torno a la naturaleza jurídica de la legítima*, «ADC», 1986, 3.

(136 bis) El criterio en el Derecho común era diverso. Se restituían los frutos de la cosa donada desde la muerte del donante (VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum illustrium*, Cap. 38, núms. 1 y ss. En el *lug. cit.*, el autor desarrolla una doctrina completa sobre el alcance restitutorio de frutos de las donaciones y mejoras.

El artículo 1.049 establece que los frutos y rentas del bien donado colacionable se deben a la masa desde la muerte del causante, momento de apertura de la sucesión. En mi opinión constituye ésta una norma irregular, pues, siendo propia de la colación por aportación, fue conservada por el P. 1.851 y después por el Código civil sin preocuparse del cambio que el artículo 1.045 supuso, y cuya novedad frente a otros ordenamientos el propio García Goyena hacía constar. El artículo 1.049 es tomado del artículo 856 del *Code*, donde tiene su sentido dado la forma de aportación que allí conserva la colación hereditaria. Por mi parte, no he encontrado en la doctrina patria un tratamiento claro de cómo se realiza en el artículo 1.049 esta aportación de frutos a la masa. No he podido averiguar de la lectura de los autores si entienden este «deberse» como una restitución de estos frutos y rentas a la masa o si la aportación se realiza igualmente por imputación (137). Porque, en efecto, este «deberse» puede ser entendido de dos maneras:

1. Los frutos y las rentas se aportan a la masa y entra en partición, de acuerdo al principio *fructus augent*, lo que contradice el dominio que al donatario el Código civil reconoce sobre la cosa, que no entra en comunidad. Todavía habría que pensar que esta aportación sería del valor de los frutos, no de éstos *in natura*, pues en caso contrario habría que reconocer un derecho de los coherederos a administrar el bien donado.

2. Puede entenderse en segundo lugar que este «deberse a la masa» no quiere decir otra cosa sino que los frutos (que se calcularán no por los que el bien donado produzca, sino por los que produzcan otros bienes hereditarios de la misma especie que el colacionado, art. 1.049-2.º) entran a formar parte del «valor» colacionable de la cosa, que se imputa a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.045: a partir de la apertura de la sucesión, el valor de los frutos aumentaría el valor imputable del bien donado, y, con ello, reduce en perjuicio del colacionante la porción a tomar de la masa restante.

Las consecuencias de una u otra interpretación no son sólo de estilo. Imaginemos que en la herencia no existen bienes bastantes para igualar a los otros comuneros en una porción equivalente a la del colacionante, pero que, a pesar de ello, la donación no es inoficiosa. En este caso, de acuerdo a la primera interpretación, los frutos entrarían en partición y participarían de ellos los coherederos, quedando acaso el colacionante excluido de tomar una porción de los mismos;

---

(137) Realmente la doctrina parece sin duda pensar en una auténtica restitución de frutos. MANRESA lo fundamenta en el art. 1.063; SCAEVOLA, en el art. 1.095. Cfr. DE LOS MOZOS, *La colación*, 1965, 293 y ss. El autor se plantea si para los frutos pendientes se aplica el art. 452 o la normativa del usufructo. Cfr. igualmente VALLET, *Panorama*, II, 803 y s.

con la segunda interpretación, la computación de frutos sólo sirve para *acrecentar* la desigualdad, pero en ningún caso los coherederos que no puedan ser igualados tomarían parte de ellos, como tampoco la tomarían del bien capital colacionado, que es excesivo, mas no inoficioso.

Yo creo que la interpretación correcta es la segunda, y que el artículo 1.049 es sólo un remedo del principio *fructus augment*, en el cual los frutos y rentas no entran en la masa, sino que se computan a efectos de fijar definitivamente el valor de la donación colacionable.

Creo que puede decirse lo propio del artículo 847 del Código civil, a cuyo tenor, «para fijar la suma que haya de pagarse a los hijos o descendientes (cuya legítima el testador ha permitido conmutar), se atenderá al valor que tuvieran los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos y rentas hasta entonces producidos». Yo no creo, contra lo que entiende Pantaleón (138), que este artículo responda al principio *fructus augment* ni que sea un argumento decisivo en contra de la directa eficacia particional de la conmutación del artículo 841. Cualesquiera que sean las diferencias con el artículo 1.049 (en éste los frutos se deben a la masa «desde el día de la apertura de la sucesión», no desde el día de la donación; el art. 847, a diferencia del art. 1.049-2.º, ordena tener en cuenta los «frutos hasta entonces producidos»), creo que este precepto merece la misma interpretación que el anteriormente estudiado. No veo contradicción, como tampoco en el artículo 1.049, en que los frutos pertenezcan a un heredero y que, sin embargo, se computen para calcular las legítimas de los restantes.

### c) *Conditiones*

De la misma forma que el Código civil no ha regulado las restituciones sucesorias de acuerdo al principio *fructus augment* ni ha hecho uso de la exención de enriquecimiento como módulo restitutorio del poseedor de buena fe de bienes hereditarios, el Código civil excluyó de igual manera otro de los tradicionales parámetros de restitución suministrados por el Derecho romano, la *condictio*. En cualquier desplazamiento patrimonial realizado sin causa y que pudiera ser recuperado mediante una *condictio*, el restituyente obtenía los frutos (Dig. 12.1.4.1.; 12,6,15), solución que se extiende al Derecho común (P. 5.14,37) justificándose la diferencia con la restitución resultante de la *reivindicatio* en que en aquélla la propiedad se ha transmitido *sine causa* (139), mientras que el poseedor reivindicado posee un *título de-*

(138) *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II (1984), 1386.

(139) Cfr. DONELLO, *Comm.*, XIV, XVIII, XIX; POTHIER, *De l'action condictio indebiti*, núm. 172.

rivado del causante de su posesión. Sea de ello como fuere, en el Derecho moderno el *accipiens indebiti* no restituye los frutos sino en la misma medida que otro poseedor cualquiera, dada la irrelevancia que para el artículo 433 tiene la razón por la que la posesión que se llega a adquirir tiene el carácter de indebida (140). El artículo 1.897 debe ser entendido a este respecto como una *remisión* implícita a las normas de la posesión, como el artículo 1.898 contiene una remisión explícita en lo referente a mejoras y gastos. Por lo demás, si así no fuera, y la restitución de frutos fuese consecuencia general de la *condictio*, no se explicaría por qué el artículo 1.896 pone esta restitución a cargo sólo del *accipiens* de mala fe.

Al igual que hemos dicho respecto a la petición de herencia, puede de nuevo plantearse la cuestión de si el régimen restitutorio de la *condictio* es o no divisible; porque si respecto a los frutos su estatuto no es distinto al del poseedor, en lo que atañe a la pérdida y desmojora de la cosa, así como en lo referente a la enajenación de la misma, el artículo 1.897 le hace responder según los principios del enriquecimiento (141).

Una excepción importante al principio anteriormente establecido contiene el artículo 1.126: el que pagó anticipadamente ignorando la existencia del plazo podrá reclamar del acreedor los intereses o los frutos que éste hubiese percibido de la cosa. La excepción parece justificada, pues se entiende que el beneficio del plazo ya se imputó al sinalagma como aumento del precio que el *solvens* hubo de pagar por la cosa.

## 2. Las lagunas del Código civil en materia de restitución

### a) *General*

La virtud expansiva de los artículos 451 y siguientes supone su capacidad de regulación de todos aquellos supuestos que, distintos de la reivindicación, carezcan de una normativa claramente diferenciada. El campo específico de esta aplicación generalizada va a resultar el modelo de restitución que en el capítulo anterior habíamos enu-

---

(140) Que el *accipiens* de buena fe hace suyos los frutos se admite hoy comúnmente: LACRUZ, *Elementos*, II, 3.º (1986), 613. Cfr. VILÁ REYES, *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el C.c.*, tesis (Palma de Mallorca, 1986); 413; según MARTINETTI (*Interessi*, 874), después de la mora se restituirán intereses.

(141) Según LAURENT, si se quiere ser consecuente con el principio de enriquecimiento que domina esta materia, sería preciso restituir los frutos, pues éstos le habrán enriquecido (*Principes*, XX, núms. 372, 375). En el Derecho francés esta conclusión parecería más clara si se tiene en cuenta que también el *accipiens indebiti* de mala fe cobra los gastos útiles (art. 1.381), como en la *petitio hereditatis*.

merado como *modelo II*: la restitución que surge de la pérdida de eficacia de un título por el que se entró a poseer. En el *modelo III*, antes de la mora el poseedor goza de un título «usufructuario» (reservista, heredero fiduciario, heredero a término) que le exime de toda restitución. Otro tanto cabe decir del *modelo IV* (obligación de reintegración en los supuestos de cesión temporal del uso). En estos dos modelos hay que aceptar, aunque ninguna norma del Código lo diga, y de acuerdo con el Derecho romano (142), que a partir de la mora la posesión se hace indebida a efectos del artículo 455, tanto si antes podían como si no podían retener provechos en el disfrute de la posesión detentada. Esta mora coincidirá generalmente con el día de presentación de la demanda, pero puede serlo por cualquiera de los otros medios recogidos en el artículo 1.100 del Código civil. Quiero advertir aquí que el artículo 1.095 no es la norma *general* para resolver la cuestión de saber a partir de qué momento se deban los frutos. No es norma general porque, en primer lugar, su ámbito se reduce a la «obligación de dar» lo que no corresponde, por ejemplo, a la relación propietario-usufructuario cesante en la posesión. Pero, además, al referirse al «no adquirirá derecho real», pone de manifiesto que está pensando en las obligaciones de transmitir la propiedad. Por tanto, no se puede aceptar con carácter general que el legitimado para la restitución tiene derecho a los frutos desde que el restituyente «tiene la obligación de entregarla». Pienso que es la mora del artículo 1.096 la que tiene tal eficacia general por su analogía con la «cesación de la buena fe» del artículo 451 del Código civil.

Otro tanto cabe decir del artículo 451 en relación con el 1.945 del Código civil: hay que rechazar la aplicación de este artículo en lo referido al momento en que nace la obligación de restituir en acciones personales al contrario de la abundante jurisprudencia que señala el día de la contestación a la demanda como el instante en que nace la obligación de restituir frutos en las acciones de restitución de contratos nulos (ejem. TS 14-6-1976). El momento debe venir marcado por la mora, producido en cualquiera de los modos del 1.100, que podrá coincidir o no con los artículos 1.095 y 451 del Código civil.

#### b) *Nulidad y rescisión*

Los artículos 1.295 y 1.303 obligan a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses cuando sea rescindida o anulada la obligación. El Código civil no contiene solución particular para

---

(142) Dig. 22,1,2; 22,1,3; 22,1,14,1; 22,1,39. Según SAVIGNY (*Sistema*, V, 53 y ss.), a efectos de la *litis contestatio*, la mora se asimila a la *mala fides* de las acciones reales. En las acciones personales consistentes en una *repetitio*, la mora no desempeñaría papel alguno, pues los frutos se deberían desde el principio. La mora era eficaz en las acciones personales en las que se pretendía una cosa nueva (*quod meus non est*). Cfr. PAULO, en Dig. 22,1,38.

la redhibición de la venta del artículo 1.486. Pero a tenor del Derecho romano estaba asentada en los mismos principios: se restituye *in integrum* y ninguno de los contratantes puede retener en su poder nada de lo que hubiese obtenido de las cosas o precio objeto del contrato (Dig. 4.4.24.4; 4.6.28.6; C. 2,48; Dig. 21.1.23.9) (143). El fruto, en consecuencia, no entraría en la cuantía del «*id quod interest*» si el comprador no es culpable de la ineficacia del título; tampoco entrarían los intereses del precio si el contratante inocente era el vendedor. En el Derecho francés, donde el *Code* no disciplina una particular consecuencia restitutoria de los contratos nulos, la Doctrina ha llegado a entender que los efectos de aquélla no alcanzan a los frutos (144). En España se ha entendido que los artículos 1.303 y 1.295 constituyen normativa especial, que excluye lo establecido con carácter general en el artículo 451 (145). Pero Delgado Echeverría ha defendido que el artículo 1.303 no contiene especiales normas restitutorias que puedan entenderse con validez general. La restitución de los frutos en el artículo 1.303 (también en el 1.295) se debe, según el autor, a una presuposición, en la mayoría de los casos cierta, según la cual, el que está pasivamente legitimado por la acción de nulidad es el que ha provocado la causa de ineficacia del vínculo; se presupondría, por tanto, su mala fe; lo que no pasa de ser una defectuosa presuposición legal cuando ambos contratantes son de buena fe (por ejemplo, la amenaza provenía de un tercero). En estos casos, Delgado entiende que el Código civil no contiene otras normas restitutorias que las que pueden extraerse del pago de lo indebido, y a tenor de ellas responderá el poseedor de buena fe por los frutos obtenidos de la cosa que se restituye (146).

El Tribunal Supremo, en una Jurisprudencia que hoy puede considerarse mayoritaria, ha sostenido que el artículo 1.303 no excluye lo dispuesto en el artículo 451, apoyando semejante doctrina en dos suertes de razones: 1) El artículo 1.303 sólo contendría el aspecto obligatorio de la restitución derivada de un contrato nulo; las consecuencias reales habrá que entenderlas remitidas a las normas que reglamentan la liquidación de la gestión posesoria; 2) el artículo 1.303 contiene sólo una referencia general a los frutos, que deberá ser con-

---

(143) Para el Derecho común, el carácter de *in integrum* de la restitución excluía la retención de los frutos de la cosa comprada: MOLINA, Disp. 353; DOMAT, 1.<sup>a</sup> part., tít. II, sect. XI; GARCÍA GOYENA, *Conc.*, 751.

(144) PLANIOL-RIPERT, VI, núm. 321: sólo desde el día de la demanda; los autores aplican análogicamente las normas del pago de lo indebido. En contra, LAURENT, XIX, 62.

(145) Para la nulidad, MORALES, *Posesión y usucapión*, 1972, 143; para la rescisión, MORENO QUESADA, *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, XVII, 2.º, 169.

(146) *Comentarios al C.c. y Comp. forales*, XVII, 2.º, 291 y ss.; *Adquisición y restitución*, 560 y ss.

cretada en cada caso según los criterios ofrecidos por los artículos 451 y 455 (147).

La justicia de esta solución parecería aún mayor en el caso del artículo 1.486, puesto que el comprador que adquiere la cosa con vicios es por definición un comprador de buena fe.

A las razones expuestas por el Tribunal Supremo podríamos añadir aún un tercer argumento: la compensación *impropia* de los frutos con los intereses. Llamo impropia a esta compensación porque se produciría de modo global, no hasta la cuantía de la concurrencia, y porque en principio no exigiría el requisito de la liquidez del artículo 1.196-4.º (la deuda de frutos es siempre una deuda ilíquida). Compensaciones impropias de este tipo son recogidas en algunos casos por el Código civil (arts. 1.120, obligación condicional, y 1.519-1.º, frutos de la cosa vendida y retraída).

Después de esta exposición de las razones que abonan la aplicación de las reglas posesorias a este régimen restitutorio, creo que el tema puede ser replanteado desde una óptica distinta a la tradicional. Es decir, no se discute que el régimen posesorio resulte de congruente aplicación a las resultas de la *invalidéz*, pero se discute que encuentre aplicación a la ineficacia de negocios sinalagmáticos donde se entrega cosa por cosa o cosa por precio.

Respecto de lo primero, la razón no sólo debe descansar en un principio de congruencia normativa. La aplicación del régimen posesorio encuentra su razón primera en la *concurrencia empírica* entre las acciones restitutorias derivadas de un título ineficaz y las propias de la reivindicación. En efecto, creo que esta concurrencia puede expresarse con una doble fórmula. De un lado, la *difuminación* de sus ámbitos de aplicación. En este orden de ideas baste destacar la existencia de una considerable corriente jurisprudencial que considera como especies de *invalidéz contractual* los negocios de disposición de bienes ajenos o parcialmente ajenos (SSTS. 14-3-1983, 27-9-1978, 6-3-1981, entre las más recientes) (147 bis), siendo así que estas especies constituyen el ámbito propio de la reivindicación. De otro lado, y al margen de esta anómala vinculación entre ineficacia e invalidéz de los negocios traslativos, la realidad es que el propio legislador vincula efectos jurídicos diversos a supuestos que empíricamente coinciden o pueden coincidir por lo que respecta a la posición del restituyente. En este orden de ideas, por ejemplo, no se encuentra una cabal justificación de por qué, en lo referente a los frutos, debe ser diversa

---

(147) SSTS 18-XII-1862, 17-II-1922, 23-X-1932, 10-II-1970, 14-VI-1976, 14-III-1983. Jurisprudencia contraria: 9-II-1949, 1-II-1974.

(147 bis) Cfr. MIQUEL, «CCJC», núm. 3 (núm. 62), y DELGADO, «CCJC», número 2 (núm. 42).



la posición de quien adquiere cosa ajena de buena fe (el contrato es válido, y el dueño no puede accionar contra él en nulidad) y la de quien adquiere con error de derecho del padre o del tutor bienes para los que ha de contar con autorización judicial (contratos que, en sentido amplio, pueden considerarse inválidos). Otro tanto ocurriría con la posición respectiva de quien adquiere de un comunero la totalidad de la cosa (contrato válido, a mi entender) y de quien adquiere de buena fe de persona casada en la hipótesis del artículo 1.322 (que es de anulabilidad).

Junto a esta difuminación de los supuestos empíricos existe igualmente una *alternatividad* en la elección de medios restitutorios. En efecto, hemos dicho más atrás que el artículo 348 no presupone cuál es el medio por el que el poseedor llegó a la posesión (pudo haber sido por un título nulo). Pero es que además una abundante y no siempre correcta doctrina jurisprudencial en sede de reivindicatoria viene exigiendo para la prosperabilidad de la acción el requisito de la petición de nulidad del título del demandado, siendo así que en numerosos casos este título puede ser «válido» (es decir, con los requisitos del art. 1.261 C.c.). A la inversa, de una declaración de nulidad puede el Código civil no predicar efecto restitutorio alguno, en cuyo caso habrá que acudir a los artículos 451 y siguientes. Ocurre esto en el ámbito sucesorio; en este sentido, estoy de acuerdo con la tesis recientemente sustentada por Capilla (148), según la cual, los efectos restitutorios (frutos, prescripción, etc.) de la nulidad de un testamento deben ser los de la *petitio hereditatis*, dado que la *nulidad* en cuanto tal produce sola eficacia declarativa.

De aquí que en muchas ocasiones la *actio* recuperatoria resulte *convertible*; puede reivindicarse solicitándose la nulidad del título del poseedor o puede pedirse la nulidad del título y su consecuente efecto restitutorio. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 6-6-1986, donde la heredera demanda nulidad por simulación absoluta, igualmente podría haber demandado en reivindicación previa solicitud de nulidad del título de la demandada. Otro tanto en la especie resuelta en Sentencia del Tribunal Supremo 8-5-1986: petición de nulidad, por parte de los herederos fideicomisarios, de una donación hecha por la fiduciaria (ya fallecida) extralimitando sus poderes, donde los demandados eran poseedores actuales y destinatarios de la liberalidad.

Esta empírica equivalencia entre la situación posesoria del tercero reivindicado y del contratante que posee inválidamente, quiebra, como dije antes, cuando estamos ante un contrato sinalagmático.

---

(148) *Nulidad e impugnabilidad del testamento*, «ADC», 1987, 40 y s.

Es aquí donde artículos como el 1.303 ó 1.295 encuentran su sentido. No es que la retroactividad imponga aquí sus efectos o que la nulidad o rescisión-resolución de los contratos implique o conlleve mala fe por parte del deudor (aunque en la mayoría de los casos pueda ser así, al menos cuando, en régimen de resolución, se maneja un concepto de buena fe tendencialmente idéntico al de deudor incumplidor). Más bien se trata de la propia actuación del sinalagma. El Código civil parte en estos casos (también arts. 1.124, 1.486) de conceder legitimación individual a una de las partes; se presupone entonces una situación que la perjudica. Por ejemplo: el deudor incumplidor del artículo 1.124 retiene la cosa y no paga el precio (con cuyos intereses pudiera compensarse el acreedor); el acreedor dispone de una cosa que estructuralmente no está en relación de equivalencia con el precio pagado por ella, y con el que se lucra el vendedor (art. 1.486).

El Código paladinamente ha establecido en estos casos que no desea una compensación impropia de frutos e intereses, a diferencia del artículo 1.120 (que no es hipótesis restitutoria) o del artículo 1.519 (donde esta compensación *forfaitaire* probablemente responde a otras razones). La compensación impropia es una regla de hecho a la que, sin duda, puede tenderse por razones de economía procesal y aligeramiento de la prueba (cfr. para un caso particular STS 29-6-1987). Pero no expresa un principio de derecho que impida probar al acreedor que los frutos de la cosa restituible exceden de los intereses del precio.

De otro lado, aplicar el artículo 1.897 (pago de lo indebido) en materia de contratos nulos o resueltos, como mayoritariamente se acepta en Italia y sostiene entre nosotros Delgado, supone o puede suponer una profunda mutación de la idea de sinalagma. En efecto, de entender que el *accipiens* en contrato nulo o resuelto puede ser un contratante sujeto al artículo 1.897 (retendrá los frutos) se impone saber cuál es la posición de su cocontratante, igualmente *accipiens* de la prestación que retiene. Creo que no se compadece con la idea de sinalagma que el *accipiens* acreedor (de «buena fe») retenga los frutos o intereses mientras que el *accipiens* deudor (de «mala fe») restituya unos u otros; si así fuera, el acreedor acumularía inadmisiblemente el interés positivo de cumplimiento (retendrá el fruto o el interés) y el interés negativo de resolución (recuperará los frutos de la cosa comprada o los intereses de la cantidad entregada).

### c) *Ineficacia retroactiva*

La ineficacia que alcanza efectos retroactivos generalmente se tiende a considerar como fundamento de la obligación de restituir los frutos de la cosa. Al menos, éste era el principio del Derecho común para

las obligaciones condicionales y el pacto de Ley comisoría (148 bis) o las donaciones «mortis causa» revocables (149). Pero, de hecho, en el Código civil el efecto retroactivo no alcanza, por regla general, a los frutos cuando se trata de una condición suspensiva, unilateral o bilateral (art. 1.120), y por lo que respecta a la condición resolutoria, el artículo 1.123 no especifica con claridad el alcance del efecto retroactivo, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 1.041 P. 1.851. Lo cierto es que los ejemplos que suministra el Código civil no favorecen la idea de que el efecto retroactivo de las condiciones provoque la restitución de frutos. Baste pensar en el artículo 1.519, en relación con el 1.506 (resolución de la venta por pacto de retracto), en el artículo 651, párrafo segundo, que sólo obliga al donatario que incumple la condición a restituir los frutos percibidos a partir de este momento. La mejor doctrina estima que el heredero bajo condición resolutoria no restituye los frutos por analogía con el artículo 800, sino que será aplicable el artículo 451. De la misma forma que tampoco se restituirán en la hipótesis del heredero sometido a término inicial del artículo 805 (150). Incluso el administrador de una herencia sometida a condición suspensiva (arts. 801-803 C.c.) no restituirá al heredero todos los frutos, dada la remisión del artículo 804 a las normas sobre administración de los bienes de un ausente (arts. 184-186 C.c.).

Siempre que el artículo 451 resulte aplicable a un supuesto de restitución del que no pueda predicarse estrictamente el concepto de la buena fe propiamente exigido en el artículo 433, se deducirá la buena fe de otras circunstancias concurrentes: no haber provocado la ineficacia del título y/o haber procedido sobre la cosa con la diligencia media de los artículos 1.094-1.104 del Código civil.

### 3. Límites en la aplicación de las normas posesorias

El entramado normativo que constituyen los artículos 451 a 457 tiene, no obstante, unos límites que deben ser mantenidos si se ha de proceder a su aplicación generalizada a supuestos distintos de la relación propietario-poseedor en la acción de reivindicación. No todas las normas que disciplinan la liquidación posesoria constituyen el Derecho común de la restitución.

---

(148 bis) En las obligaciones condicionales de dar, según SAVIGNY (*Sistema*, II, 248), los frutos se entregaban con la cosa (contra, VANGEROW, I, núm. 116). Se exceptuaba el legado condicional, donde el heredero conservaba los frutos. En el pacto de ley comisoría, el comprador adquiere los frutos, pero los restituirá al vendedor (Dig. 18,3,5).

(149) GOYENA, *Febrero*, II, núm. 1.292. Ya antes, MOLINA, *De Iustitia*, Disp. 287, número 13; GÓMEZ, *Variae resolutiones*, II, 4, núm. 21.

(150) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, 1957, 219; LACRUZ, *Sucesiones*, I, 498, 502.

a) *Interrupción legal de la posesión*

La Jurisprudencia todavía no ha llegado a una solución definitiva y satisfactoria sobre lo que deba entenderse por *interrupción legal* de la posesión a efectos de los frutos de que habla el artículo 451. Se entiende comúnmente (en el P. 1.851 la remisión era explícita) que la interrupción legal es la interrupción civil de que habla el artículo 1.455 y desarrollan los artículos 1.946 y 1.947. Pero no está definido el momento procesal en que dicha interrupción tenga efectos para interrumpir la buena fe en la percepción de frutos. La Jurisprudencia mayoritaria entiende que la interrupción legal tiene lugar en el momento de la contestación de la demanda, doctrina que no evita la existencia de pronunciamientos divergentes y que por lo demás resulta criticada por los autores (151). Con independencia de la solución que se estime pertinente, lo cierto es que el momento procesal de cesación de la buena fe a efectos de los frutos no se puede aplicar sin más a otros tipos de restituciones de provechos.

Sin ir más lejos, los artículos 187, 197, 651 ó 1.049 establecen tiempos distintos a partir de los cuales comienza la obligación de restituir (151 bis). Para el artículo 1.897, y de acuerdo con los principios, la obligación de entrega de los frutos debe tener lugar desde el momento en que el *accipiens indebiti* se haya constituido en mora, dado el carácter obligacional de la acción de repetición. Para el retracto legal la Sentencia de 10-2-1966 niega que el artículo 451 pueda ser aplicado con efectos de restituir frutos a partir del momento de interposición de la acción de retracto. Por lo que respecta al artículo 455, no existe problema, dado que, a tenor de la regla *fur semper in mora* (cfr. art. 1.185, 1.896), la interrupción de la posesión constituye un momento irrelevante. Véase, por lo demás, lo dicho en el apartado 2.a) de este capítulo.

---

(151) Se hace coincidir la interrupción civil con el momento de la contestación a la demanda (SS. 4-III-1893, 11-VI-1903, 17-II-1922, 10-IV-1956, 5-V-1964), con la interpelación judicial (SS. 12-II-1948, I-II-1964), desde el acto de conciliación (8-II-1963), desde la interposición de la demanda (17-III-1964), desde el emplazamiento para contestar a la demanda (10-X-1918). En la doctrina, la diversidad de criterios es similar. Cfr. DELGADO, *Adquisición*, 597 y ss.; MORALES, *Poseción y usucapión*, 360 y siguientes. La S. 8-V-1986 entiende que se interrumpe con la citación, no con la demanda ni la contestación, ni mucho menos con el acto de conciliación; pero de hecho, esta S. sólo concede frutos al actor desde la firmeza de la S. de instancia. Esta S. viene a sostener que no hay obligación de restituir sino desde el momento en que la S. ha puesto fin a la duda de los derechos de las partes. Idea que deriva de la confusión entre la cesación de hecho de la buena fe con la cesación de efectos de la buena fe.

(151 bis) El art. 651 C.c., sin embargo, no debe aplicarse a otras formas de lesión de la legítima. Así, la acción de complemento del art. 815, la desheredación, la preterición o la misma reducción de legados, si éstos ya están en poder del legatario. En estos casos, la posesión del restituyente es inicialmente indebida. Habría entonces que aplicar el régimen posesorio y los frutos se restituirían (en mi opinión) desde la demanda en cuanto *interruptora* de la posesión ex art. 451.

### b) Responsabilidad del poseedor

La norma que regula la responsabilidad del poseedor y que recoge el artículo 457 constituye un criterio excepcional dentro del sistema de nuestro Derecho civil y, por tanto, no puede aplicarse más allá del ámbito del tercer poseedor contra el que se ejercita una acción real. Este poseedor de buena fe ni responde por culpa antes de la demanda ni después de ella está en mora a efectos de prestar el caso fortuito (152). Y no es que la interrupción legal no suponga mora, pues en el Derecho común la *litis contestatio* produce en las acciones reales los mismos efectos que la mora (153), sino que la mora del poseedor de buena fe no se extiende más allá de la obligación de reembolso de los daños, sin alcanzar a la asunción del riesgo, como expondremos en otro lugar.

Es muy dudoso que este régimen privilegiado pueda extenderse al *accipiens indebiti* de buena fe, dado que no existe razón para que no le resulten de aplicación los principios generales contenidos en los artículos 1.096, 1.100 y 1.101. No obstante, creo que puede aceptarse que el *accipiens indebiti* no responde por culpa antes de la mora, pues él, por definición, no conoce su cualidad de deudor (154). Pero, sin duda, después de la mora responde a tenor de los principios generales (155).

El artículo 457 no es aplicable a efectos de responsabilidad a ningún supuesto de restitución en los que el obligado a restituir ostente el estatuto jurídico de *deudor* (art. 1.103 C.c.). No es aplicable tampoco a los supuestos de restitución que recogimos bajo el epígrafe de *modelo III*, regido en este ámbito por los principios que regulan la responsabilidad por custodia, y que de manera detallada recoge el artículo 1.122 del Código civil. Tampoco es aplicable a la obligación de reentrega de la cosa cedida temporalmente para su disfrute en concepto distinto del de dueño (*modelo IV*) (arts. 497, 1.555, 1.766, 1.744). Por disposición de los artículos 1.094 y 1.104, es igualmente inaplicable a la restitución con función solutoria. El artículo 457 es, por fin, aplicable al poseedor de herencia del artículo 197, por evidentes analogías con el poseedor (156).

---

(152) DONELLO, *Commentarium*, XX, V, XXI; GARCÍA GOYENA, *Conc.*, 226.

(153) SAVIGNY, *Sistema*, V, 53. La cuestión fue por lo demás muy discutida; de hecho, la mora se produciría normalmente en un momento anterior a la «*litis contestatio*».

(154) GARCÍA GOYENA, 965, contra el criterio del art. 1.379 Code; DONELLO, XIV, XVIII, XI, fundándolo en la eficacia traslativa de la *solutio indebiti*. En Francia, la doctrina corrigió el criterio del art. 1.379 (LAURENT, XX, núm. 376; PLANIOL-RIPERT, VII, núm. 746). En contra, entre otros, DERNBURG, *Pandekten*, II, núm. 141.

(155) § 818-4.º «BGB», de acuerdo, según DERNBURG, a los criterios del Derecho común (II, núm. 141).

(156) GARCÍA GOYENA, 179.

c) *Gastos*

En cuanto a los gastos hechos en la cosa, sólo para las hipótesis de restitución derivadas de la ineficacia inicial o sobrevenida del título (*modelo II*) resultan aplicables las normas posesorias (157). Siempre que se trate de la restitución de bienes sobre los que se tiene un título de uso temporal, cada supuesto típico queda regulado por el Código civil con normas específicas, que excluyen la simple aplicación del artículo 453 (arts. 487, usufructo; 1.573, arrendamiento; 1.751, comodato; 1.779, depósito; etc.). En la restitución que responde al modelo de sucesión temporal (*modelo III*) creo que la norma aplicable por efecto de la remisión del artículo 783-2.º (mejoras en bienes fideicomitidos) es el articulado propio de la relación usufructuaria (arts. 487, 500, 522), no el artículo 453, a diferencia de lo que estima comúnmente la doctrina (158). La misma solución estimo aplicable en cualquier tipo de reserva hereditaria (159). La razón es que, no siendo el poseedor el titular definitivo de los bienes, y reteniendo para sí los provechos obtenidos a lo largo de una posesión estable en el tiempo, no es justo que pueda imponer al sucesor en la posesión la carga de un desembolso que acaso no esté en condiciones de hacer. En la tradición del Derecho común el sucesor fiduciario, como igualmente el poseedor del mayorazgo (Ley 46 de Toro), responde al modelo usufructuario, y no está *domini loco*, privilegio del que a lo largo de la historia sólo ha disfrutado el poseedor civil de buena fe. Que la remisión explícita o implícita en este modelo de restitución se realiza a las normas usufructuarias y no a las posesorias lo prueba el artículo 1.122 *in fine* para el caso de mejoras hechas en los bienes cuya entrega está sometida a condición suspensiva.

La restitución con función solutoria no puede tener otro régimen de gastos que el propio del depositario (art. 1.779).

## IX. LA RESTITUCION DE PROVECHOS NO RESPONDE A UNA REGLA DE PROPIEDAD

En los modelos en los que más intensamente se hace patente el principio de restitución de provechos (modelos I, II y V, en nuestro esquema) existió desde siempre la tendencia a configurar dicha restitución como una consecuencia de la titularidad sobre los frutos. Sobre todo, en el régimen paradigmático del artículo 455, el fundamento de por qué el propietario recuperaba los frutos percibidos quería encontrarse en la declaración de propiedad del artículo 354. Para otros

(157) Cfr. mi trabajo, *Ius aedificandi y accesión*, Cap. VI.

(158) LACRUZ, *Sucesiones*, I, 623; OSSORIO, *Manual*, 284, 292; VALLET, I, 307.

(159) VALLET, I, 836.

casos (arts. 1.295, 1.303) la regla de propiedad podía siempre fundamentarse en la eficacia retroactiva de la caducidad del título o en la consideración de que, de hecho, el dominio nunca había salido de manos del contratante que entregó la cosa. A la inversa, allí donde el obligado a restituir un bien quedaba exonerado de la restitución simultánea de frutos (art. 451), esta exoneración se quiso ver como consagración legal de un título de apropiación contrario al artículo 354, una *regla de propiedad* que destruía el efecto atributivo de la citada norma.

### 1. No necesaria propiedad sobre la cosa madre

La regla de propiedad afirmada como criterio guía de la restitución de provechos no sólo no es cierta por lo que se refiere a la titularidad del fruto. Ni tan siquiera respecto de la cosa sobre la que gravita la restitución es precisa una titularidad dominical para fundamentar un derechos a los frutos obtenidos de ella.

#### a) *Intereses*

En todo acto de disposición de un capital en dinero ajeno, los intereses que el disponente infiel (mutuario, censualista, rentista) debe al titular antiguo del dinero no deriva de la propiedad sobre la cosa, que ya no es suya. Este interés es un fruto del crédito, y sólo por una regla de imputación distinta de la de la propiedad pueden ser restituidos al antiguo titular del capital. Y a decir verdad, ni tan siquiera estos intereses se restituyen *como fruto*, sino como *daño*. Es por esta razón por la que se consideraba usura lo que se cobraba como fruto de un capital prestado: puesto que la cosa era del prestatario, no había razón lícita para pretender que la cosa fructificara para el prestamista, no para su dueño (160).

#### b) *Títulos concurrentes*

Cuando existen unos títulos concurrentes, dominical uno, crédito otro, que legitimen la restitución del provecho, los frutos se deben por el crédito, no por el dominio. La renta de alquiler pertenece al dueño en cuanto arrendador, no en cuanto dueño. En el conflicto entre el propietario del inmueble y el poseedor de buena fe del derecho de arrendamiento, los frutos civiles se le deben a éste, aunque de hecho la cosa esté poseída por un poseedor de mala fe en concepto

de dueño que en rigor debería restituir a tenor del artículo 455. Cuando el depositante no es propietario de la cosa, los frutos y provechos que se deben en virtud del artículo 1.770 se restituyen al depositante, no al dueño (161). Esto es, de modo general, *fuctus pertinent creditori*. El fruto que el propietario obtiene mediante el éxito de una acción reivindicatoria es recuperado por el comprador —necesariamente de mala fe— frente al vendedor obligado al saneamiento (art. 1.478-2.º).

#### c) *Irrelevancia relativa de la transmisión del dominio*

En toda restitución que deba tener lugar por la ineficacia del título por el que se llegó a poseer, o por la inexistencia de una causa bastante para transmitir el dominio, la restitución de provechos, caso de ser afirmada, es completamente independiente de la previa cuestión de si el dominio se transmitió o no. El artículo 1.897, por ejemplo, puede y debe ser interpretado con independencia de si el pago indebido transmitió o no la propiedad del bien. La transmisión inmediata del dominio del legado *per vindicationem* del artículo 882 no tiene nada que ver con la atribución de frutos al legatario desde la muerte del testador, pues su fundamento se halla en el artículo 1.095 y en la regla *fructus pertinent creditori*. Es posible un efecto dominical, como el recogido en el artículo 882, sin que tenga lugar una simultánea atribución de la propiedad sobre los frutos, como demuestra la legislación de Partidas en un supuesto similar al presente (162); y posible también la inversa, como se prueba con la solución clásica de la donación uxoria: la muerte del cónyuge donante hacía eficaz la donación inicialmente nula, mas la retroacción de sus efectos al día de la donación sólo alcanza los frutos, no al dominio (163). La restitución de frutos del artículo 760 se dará con independencia de si se entiende que el indigno recibe una delación válida pero retroactivamente ineficaz, o si aquella delación ya fue originalmente nula. La restitución de frutos en las circunstancias del artículo 651 se produce a partir de un momento en el cual el donante aún no ha recuperado el dominio de la cosa.

#### d) *Riesgos*

El título de atribución de frutos, concurrente o no con una regla de propiedad, depende en una considerable medida de la *asunción*

(161) ROCA JUAN, *Comentarios al C.c. y Comp. forales*, XX, 1.º, 245 y s.

(162) La Part. 6,9,33 resuelve en el mismo sentido que el art. 882 C.c. la polémica doctrinal sobre el momento de transmisión de la propiedad del legado (Cfr. LÓPEZ, glos. «señorío»). Pero a tenor de la L. 37, los frutos no le pertenecían, sino desde el día de la adición de la herencia, lo que el autor de la glosa creyó había sido corregido posteriormente por la ley recopilada 1, Tít. 18, Lib. 10.

(163) COVARRUBIAS, *Opera*, I, 20.



*del riesgo*. La circunstancia de que el artículo 1.468 conserve el principio de pertenencia de frutos al comprador, siendo así que el Código civil desechó el sistema de transmisión consensual de la propiedad del P. 1.851, pone de manifiesto que la norma no dependía de aquella atribución, sino de la atribución del riesgo al comprador (164). En la venta condicional la atribución del riesgo al deudor-vendedor constituye una regla más fuerte que la eficacia retroactiva de la condición cumplida: de ahí que este vendedor retenga el fruto (165). El mandatario comunica todo el provecho obtenido con la gestión a la persona del mandante (art. 1.720). Mas es así porque éste asume el riesgo de «que el negocio no haya salido bien» (art. 1.728). El marido ostentaba un título usufructuario sobre la dote inestimada de la mujer, pero la P. 4.9.20 especificaba que los hijos de la sierva dotal serían del marido sólo si éste asumía el riesgo de su muerte, además del riesgo de deterioro; *ratio* que fundamenta el glosista en que *debet spectare lucrum ei cui spectat damnum*.

## 2. No regla de propiedad sobre los frutos

### a) «Propiedad» sobre los frutos

Decir que los frutos pertenecen al propietario de la cosa no significa, al contrario de la que parece suponer el artículo 354, que la Ley haya creado un *título de propiedad* distinto de los enumerados en el artículo 609 del Código civil. En realidad la declaración del artículo 354 es superflua, pues va sobreentendido por el artículo 348 del Código civil que el dueño de una cosa lo es de toda la cosa, también de los frutos pendientes; y que el dueño de un bien puede proceder según su arbitrio sobre la sustancia de la cosa y extraer de ella el rendimiento que la misma sea capaz de proporcionar. Por ello, el principio de que el propietario adquiera los provechos de su cosa que posee y disfruta no es ninguna relación jurídica a la que el Derecho necesite prestar atención (166). Dado que, cuando un tercero aparece interfiriéndose en el uso de la cosa, o bien el propietario deja de estar legitimado para percibir los frutos, o bien los adquiere en concepto distinto del de propietario de la cosa (los alquileres los adquiere como arrendador); o bien los recupera de un tercero, pero en cuanto acreedor, no en cuanto dueño, del fruto percibido.

Decir que un tercero disfruta de la cosa ajena no significa otorgarle un título de adquisición distinto del artículo 609 del Código

---

(164) COVARRUBIAS, *Variae Resolut*, 1, XV, 2.

(165) ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, 1972, 212 y ss.

(166) Cfr. SAVIGNY, *Poseción*, núm. 2.

civil, sino señalar que puede proceder sobre la cosa. El artículo 451 del Código civil no crea un título de propiedad, sino que define un modo lícito de proceder sobre los bienes ajenos: el poseedor podrá retener el lucro y no estará sujeto a la indemnización de los daños. Cuando la Ley le permite retener los frutos, no le está exonerando de la regla de propiedad del artículo 354, sino de la regla de obligación por la que estaría sujeto a indemnizar al propietario el valor del goce de la cosa, la obligación de entregar una cantidad de dinero, que en el Derecho común se recuperaba por *condictio*. Tan cierto es esto que la «deuda» de frutos era siempre *compensable* con el crédito de gastos que el poseedor pretendiera deducir contra el dueño. Para evitar esta compensación el poseedor tendría que haber adquirido los frutos «iure proprietatis», no con su simple estatuto privilegiado de *bonae fidei possessor* (167). No hay en el Derecho español, a diferencia del BGB, una norma que atribuya al poseedor de buena fe la propiedad sobre los frutos (& 955) y otra que le exima de restituirlos por enriquecimiento o por daño (& 987). En el Código civil, el artículo 451 formula una norma de restitución bajo la apariencia textual de una regla de propiedad.

b) *Frutos pendientes: frutos civiles*

El poseedor de buena fe tiene derecho a una parte proporcional de los frutos pendientes al cesar en la posesión, y hace suyos por días los frutos civiles (arts. 451, 452). Pero es claro que los frutos pendientes al cesar en la posesión no «pertenece» en una parte al poseedor, sino al sucesor que los percibe, y que será deudor de una cantidad de dinero líquida equivalente a los días de posesión de buena fe (168). Estos frutos no pueden ser reivindicados *pro parte* por el poseedor caso de que el propietario los venda sin su autorización, ni pueden salir de la masa de la quiebra o del embargo de acreedores del dueño que sucede y percibe los frutos. Es también claro que en cuanto acreedor de una cantidad de dinero proporcional a los frutos, el poseedor saliente no sufre el riesgo de la pérdida posterior de éstos en manos del propietario entrante en la posesión (169). Por igual razón, contra el tenor del artículo 472-1.º, los frutos pendientes al comenzar el usufructo no «pertenece» al usufructuario, ya que, si fallece al día siguiente de constitución del usufructo sin haberlos recogido

---

(167) GARCÍA, *De expensis*, XXIII, 52, 53.

(168) Cfr. DELGADO, *Adquisición y restitución*, 583.

(169) En contra de esta opinión, que es común, PUGLIESE (*Usufruto*, 357) cree que se tratará de una copropiedad por cuotas, para salvar al menos sobre la cuota expectante la validez de los actos de disposición realizados por el poseedor cuando estaban pendientes.

pertenecerán al nudo propietario, no a los herederos del usufructuario (170).

El poseedor de buena fe no es *propietario* de los frutos civiles obtenidos por contrato celebrado por el poseedor anterior (171). La sucesión en la posesión no implica cesión del derecho de crédito, como tampoco lo implica la venta de la cosa respecto de los alquileres contratados anteriormente por el vendedor. Ocurre simplemente que el poseedor está excusado de la obligación de restituir un pago que recibe indebidamente, así como el pagador queda liberado por el artículo 1.164. Una propiedad sobre los frutos civiles sólo podría obtenerse mediante cesión del contrato del que surge el derecho a los frutos (172). De ahí que, si el arrendatario de la finca poseída por un tercero de buena fe como dueño paga a su acreedor (propietario de la finca), la regla de «pertenencia por días» no implicará, a riesgo de caer en el absurdo, que el poseedor de buena fe pueda reclamar este pago: no podrá hacerlo al arrendatario, pues el pagó a su acreedor, ni podrá repetir del dueño, pues él cobró lo que se le debía. El propietario no ha de comunicar nada al poseedor en este caso.

Pero además estos frutos no pueden ser reivindicados, al constituir cantidades de dinero. Con razón en el Derecho común se asimilan a los consumidos, y se restituyen por *condictio* (173) o por la acción de gestión de negocios (174).

Los frutos civiles no «pertenecen» a persona distinta de su contratante por el solo hecho de que «sustituyan» a otros frutos directos de la cosa que acaso sí le pertenecerían. De esta forma, el poseedor mediato de mala fe restituye los civiles por el artículo 455, por más que el propietario no tenga derecho a los frutos industriales si el poseedor inmediato es de buena fe. Y a la inversa, el propietario no podría reclamar del poseedor inmediato de mala fe los frutos industriales si hay un poseedor mediato de buena fe que no restituye los civiles; en caso contrario, el beneficio que la Ley ha querido procurarle quedaría inútil, al tener el poseedor mediato de buena fe que responder frente a su arrendatario por el saneamiento a que le obliga —también sobre los frutos— el artículo 1.553 del Código civil.

La escisión entre la propiedad y la atribución final de los frutos, cuando de mala fe se trata, es tanto mayor cuanto más irregular es la naturaleza del fruto. Si el precio del fruto es fruto, el *contrato* por el que se vende el fruto *no es* del propietario, pues él no es

---

(170) DEMOLOMBE, X, núm. 367.

(171) VENEZIAN, II, 461.

(172) DELGADO, *Adquisición*, 585 y ss.

(173) SAVIGNY, *Sistema*, V, 71.

(174) DONELLO, XX, V, XXXIV.

contratante; pero ni siquiera *es una cosa del dueño* lo que se cede por dinero, a diferencia del alquiler de la cosa poseída. El beneficio que, en cuanto dividendo, se reparte como fruto civil pertenece al poseedor de buena fe de la acción, aunque de hecho dicho beneficio corresponda a operaciones concertadas en un ejercicio económico anterior al ejercicio en que se poseen.

### c) *Mala fe*

La mala fe en el artículo 455 no es un elemento constitutivo de la carencia de título de adquisición, sino un elemento constitutivo de la obligación de restituir (175). Ya de momento es claro que el propietario no tiene un título dominical sobre los «frutos podidos percibir», que no es un provecho obtenido de la cosa. Respecto a los frutos civiles la solución no puede ser diversa que la descrita para el poseedor de buena fe, pues no parece que el mero hecho de conocer la falta de título convierta al poseedor de mala fe en un gestor de negocios que actúe con efectos representativos para el dueño.

Pero es que incluso los frutos auténticamente obtenidos de la cosa *son del poseedor*, y perfectamente enajenables por él. La restitución es siempre una deuda de dinero, como se desprende de lo siguiente:

1.º Los gastos hechos para la obtención del fruto son abonables al poseedor de mala fe por el artículo 356 del Código civil. La regla contenida en este precepto (*fructus intelligitur nisi de deductis impen-sis*), no es sólo el fundamento de una pretensión de reembolso por parte del poseedor de mala fe (que encontraría el escollo del artículo 362 C.c.), sino una *determinación del concepto de fruto*: sólo el rendimiento líquido, descontados los costes de producción, es fruto; luego sólo esto se restituye en cuanto fruto. No es que el poseedor pueda accionar independientemente para el reembolso de estos costes, o que pueda compensarlos con su deuda de frutos, sino que puede distraer estos costes del mismo concepto de frutos restituibles. En consecuencia, lo que se entrega es una cantidad de dinero (cfr. S. 28-5-1986).

2.º Las normas contenidas en la LEC sobre la ejecución de sentencias ilíquidas suponen que en el espíritu de la Ley el fruto sólo es restituible como cantidad neta de dinero (176). Cuando la sentencia condene a entregar una cantidad ilíquida de «frutos, rentas, utilidades y productos» (art. 932 LEC), el deudor (a diferencia de la liquidación de daños, cfr. art. 929) presentará la liquidación con arreglo a las bases fijadas en la sentencia (cfr. art. 360 LEC). No presentán-

(175) BARCELONA, *Frutti*, 222 y ss.

(176) DELGADO, *Adquisición*, 612 y ss.

dola, pasará por la que presente el acreedor, que sólo será rechazada en lo que se pruebe ser inexacta. Si no hay conformidad se sustancia la pieza por los trámites de los artículos 937 y siguientes. Pero si la condena es a entregar frutos *en especie*, si el deudor no los entrega en el plazo que se fije, se reducen a dinero (art. 947 LEC); es decir, el régimen es distinto al de la condena a entregar cosa determinada, ya que en este caso, según la LEC, «pondrá al acreedor en posesión» de la cosa (art. 926). Y, además, esta cantidad de dinero a que se reduce la deuda de fruto en especie no es el simple precio del fruto enajenado, sino su valor al día de la condena (art. 947). Obsérvese, además, que si la condena de frutos es una cantidad ilíquida, no se producen los intereses de que habla el artículo 921 LEC.

#### d) *Frutos excesivos*

Otro tanto puede decirse respecto de los frutos excesivos. Siempre que el poseedor de buena fe deba responder por dolo, a tenor del artículo 457, esta responsabilidad no es un elemento excluyente de su pretendido derecho sobre el fruto, sino un fundamento para hacerle responder por ello. El fruto excesivo es un fruto (Dig. 7,1,48,1), mas se restituirá no porque se hayan dejado de adquirir, sino porque se responde del daño de acuerdo a un patrón de conducta fijado por la Ley (177). Que el carácter excesivo del fruto no es un elemento característico de la noción de fruto apropiable o restituible, sino una cuestión atinente a la responsabilidad, se prueba percatándonos de que el poseedor de buena fe en concepto de dueño no responde por culpa y, por tanto, tampoco responde del exceso. Pero el poseedor de buena fe en concepto distinto del de dueño responderá por la misma culpa por la que tendría que responder si su posesión fuese *conforme a Derecho*. En este caso los frutos excesivos serán restituidos, no porque precluya el efecto del artículo 451, sino porque se entregan como partida indemnizatoria (178).

### 3. *Adquisiciones atípicas de frutos*

Nos referimos en este epígrafe a un conjunto de supuestos donde el Derecho reconoce una facultad de apropiación de frutos, en los que, sin embargo, falta un título típico de disfrute sobre la cosa aje-

---

(177) Según WOLFF-RAISER, el usufructuario se apropia de los frutos excesivos, pero los restituirá al propietario como indemnización (*Derechos reales*, II, 87).

(178) La aplicación de los §§ 987 y ss. «BGB» al *Fremd-Besitzer* ha sido discutida en Alemania; Cfr. KOBEL, *Das Eigentümeer*, cit., 161; GURSKY, *Staudinger Komm.*, Vorb., 987-993, «BGB», núm. 14.

na, y faltan además los presupuestos en que se pueda fundar una *bonae fidei possessio*. En estos casos podemos clasificar este derecho de apropiación según la escala de intensidad de la relación que vincula al perceptor con la cosa.

1.º El legitimado carece de cualquier título típicamente usufructuario que le permite adquirir los provechos. Pero tiene reconocido por el Derecho una facultad de apropiación de todos o una parte determinada de los frutos, facultad de apropiación que el Derecho sólo concede bajo la condición de limitar la libre decisión sobre el destino de estos provechos. La Ley impone como necesario un determinado destino de los frutos. Esta es hoy la hipótesis del artículo 165 del Código civil, respecto a los frutos de los bienes del hijo; pertenecen al hijo aquéllos, pero «se entregan» a los padres. Este precepto, de redacción desgraciada, no impone a favor de los padres un derecho de renta en frutos, sino una administración con derecho de apropiación destinada.

Supuesto similar constituía el antiguo artículo 1.368 del Código civil sobre los frutos de parafernales. Más que como usufructuario, el marido se los apropiaba como administrador con destinación necesariamente determinada a la satisfacción de cargas matrimoniales.

Consecuencia práctica de esta facultad de apropiación por administración destinada es que los acreedores del perceptor carecen del derecho de embargar los frutos para pago de deudas personales del administrador del patrimonio ajeno (SS. 7-7-1889, bienes del menor; 13-1-1916, frutos de los parafernales).

2.º Adquisición de frutos en razón al sostenimiento de las cargas del patrimonio ajeno o de la persona del titular de este patrimonio.

En estos casos, la administración de bienes y representación de personas viene compensada por una apropiación de frutos que técnicamente se define como *remuneración*. Casos encuadrables en este supuesto son los recogidos en los artículos 186 del Código civil (posesión temporal de los bienes del ausente) y 275 del Código civil (percepción por el tutor de los frutos del patrimonio del pupilo). El concepto de posesión temporal de que habla el artículo 186 del Código civil es absolutamente inapropiado si se quiere explicar por el artículo 451 el fundamento del derecho de apropiación que aquella norma recoge (179); bastará decir que el representante del ausente del artículo 186 no posee como dueño, ni es irresponsable en su gestión, ni es ilimitado el derecho de disfrute sobre el bien del ausente. A mí

---

(179) La discutida naturaleza de la remuneración del representante del ausente, así como el concepto de posesión temporal, han sido magistralmente tratadas por DE CASTRO, *Derecho de la persona* (1984), 518 y ss.

me parece fuera de toda duda que los hijos del ausente tienen derecho a sacar los frutos del embargo por deudas del «poseedor temporal», cuando no estén atendidas las necesidades alimenticias a las que se refiere el precepto. Igualmente, el derecho del artículo 275 del Código civil no convierte al tutor en dueño incondicional de los frutos. El incumplimiento de la correlativa obligación de administración y alimentos supondrá la privación del derecho de apropiación (180).

3.º Retribución en razón de frutos. En estos casos el fruto no es el contenido del derecho de apropiación, sino el baremo de obtención de una cifra monetaria de remuneración que no está integrada por frutos. Un ejemplo lo constituye el artículo 274 (remuneración del tutor). Este derecho ni tan siquiera puede llamarse renta de bienes, sino un fruto civil asimilable al salario. Pero de la misma forma que no es el fruto el contenido del derecho de apropiación, la remuneración, teniendo en cuenta otros baremos, puede incluso sacarse del capital, pues el monto del rendimiento líquido ni tan siquiera es la cantidad máxima de remuneración (181).

4.º La retención de frutos, *id est*, la excusa de la obligación de rendir cuentas y restituir, puede no fundarse en título alguno, sino en una *presuposición legal* de que el producto de los bienes ha sido consumido en interés del patrimonio (ajeno) del que se obtiene, o en la satisfacción de necesidades cuya cobertura estaba a cargo de este patrimonio. Esta presuposición se traduce en la exención legal de rendición de cuentas (arts. 165, 1.439 C.c.) (182).

#### 4. La relevancia actual del principio «*omni causa*»

Como es sabido, el Derecho romano-común consideró que la fórmula *restituere* implicaba una prestación compleja en la que, junto a la cosa, entraban sus frutos, los daños y accesiones de la cosa. «*Omni causa*» se refiere, no obstante, a una circunstancia procesal. Denotaba la idea de que el actor tiene que poder conseguir con la sentencia todo aquello que tendría de habersele entregado la cosa en el momento de entablarse el proceso (183).

En lo que a nosotros interesa, las consecuencias procesales de la estructura compleja de la fórmula *restituere* se centraban en la cues-

---

(180) BERCOVITZ, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, 596.

(181) Autor y *ob. cit.*, 594.

(182) Se admite la prueba en contrario de que los frutos no han sido destinados a las necesidades familiares. Claramente lo dice el art. 1.439 para el régimen de separación. Implícitamente, debe reconocerse esta posibilidad también en el art. 165, pues en caso contrario no se habría desterrado el antiguo usufructo paterno.

(183) SAVIGNY, *Sistema*, V, 40.

ción de cuándo en la acción petitoria se entendían incluidos los frutos a pesar de no contenerse en el *petitum* una reclamación expresa. Las construcciones fueron prolijas, pero de escasa utilidad actual dado que partían de la doble presuposición de que la acción de petición de frutos era una acción real, y de que el juez no estaba esencialmente vinculado al principio dispositivo, dada la admisión de una actuación *ex officio* (184).

Hoy el problema puede formularse en función de diversos factores: fundamentalmente, el alcance de la congruencia procesal y la posibilidad de un ejercicio independiente de la acción de frutos respecto de la acción de petición de la cosa.

#### a) *En cuanto a los frutos*

1.º Si se piden frutos en especie, se corre el riesgo de que la demanda no alcance a los producidos después de ella, además de que se choque con la insalvable dificultad de una falta de identificación de estos frutos. Por ello, al igual que ocurre en el derecho de daños, le resulta preferible al actor pedir una cantidad ilíquida, con fijación o sin ella de las bases de liquidación en la sentencia (art. 360 LEC). El período de ejecución (arts. 932 y ss. LEC) cubre de esta forma los frutos producidos después de iniciado el proceso.

2.º Si la sentencia condena a la entrega de cantidad líquida de frutos, entrará en juego el artículo 921 LEC y se deberán los intereses fijados en esta norma hasta el momento de la plena ejecución de la sentencia. Y ello, como consecuencia del principio *omni causa*, aunque dichos intereses procesales no hayan sido pedidos en la demanda (STS 20-10-1986).

3.º Yo no creo que hoy sea posible una condena a frutos o intereses (distintos del art. 921 LEC) cuando éstos no hayan sido incluidos en la acción de restitución de la cosa. En nuestro Derecho rige el principio dispositivo y la exigencia de la congruencia procesal, y aunque en alguna ocasión el Tribunal Supremo haya relajado esta exigencia, parece que todo lo más a lo que se llega es a permitir que, dados los hechos constitutivos de la pretensión por las partes, el juez prescinda de la equivocada calificación con la que han sido presentados para, ofreciendo una nueva calificación del supuesto, proceder a una condena que no entraba en el margen de previsibilidad de las pretensiones de las partes (185).

---

(184) Cfr. GUZMÁN, *De evictionibus*, XIII, 84 y ss.; COVARRUBIAS, *Var. Resoluciones*, I, III, 1.

(185) STS 13-XII-1985.



El Tribunal Constitucional ha elevado a «cuestión constitucional» el principio de congruencia procesal en el marco del artículo 24 CE cuando la violación de tal exigencia procesal conlleve una lesión del principio de contradicción; lesión que se dará cuando el fallo contenga puntos que por su novedad no hayan podido ser discutidos y combatidos por la parte perjudicada en el curso del proceso (186).

Desde luego, no es posible una condena procesal a la restitución de frutos al margen del principio dispositivo cuando la referida condena exija una serie de pronunciamientos o presupuestos previos, como pueda ser, de modo paradigmático, la declaración de mala fe, declaración necesaria cuya exigencia interpreta de modo riguroso el Tribunal Supremo. Más dudoso será cuando la condena no requiera tal tipo de pronunciamiento previo. Así, por ejemplo, la deuda de intereses del artículo 1.108 del Código civil que se produce con independencia de la fijación, cuantía e imputabilidad del daño (187). Otro tanto cuando los frutos se deban de pleno derecho como accesorio de la cosa, sin otro requisito adicional de imputación al actor. En este sentido, el Tribunal Supremo ha estimado en Sentencia de 7-7-1986 que no es incongruente la sentencia de instancia que condena a la entrega de frutos accesoria de la entrega del legado, aunque aquéllos no se hubieran particularmente pedido. Creo que de asentir esta doctrina, igualmente tendría cabida en casos como los de los artículos 1.095 y 1.468 del Código civil.

4.º Los frutos pendientes entran, sin duda alguna, en la *omnis causa* como parte de la cosa, sin necesidad de petición adicional. Es independiente de cuál sea la acción que se ejercite.

5.º El propietario que reclama los frutos no puede hacerlo sin pedir simultáneamente la restitución de la cosa o, acaso, la declaración de propiedad sobre la misma (188). Mas esto es así cuando se ejercite una acción real (reivindicación, petición de herencia), no necesariamente cuando la acción sea de otro tipo. Desde luego, no lo será cuando la acción y la restitución subsiguiente no estén fundadas en la previa propiedad sobre el bien, sino en una relación crediticia como puede ser la acción de nulidad o rescisión (arts. 1.303, 1.295) o la *actio depositi* en el artículo 1.770 del Código civil, etc. Tampoco el *solvens* debe probar aquel extremo en el artículo 1.896.

6.º Según Delgado —que, sin embargo, se opone de *lege condenna*—, la acción de petición de frutos se extingue sólo con la prescripción de la principal, de manera que una usucapión del fruto

---

(186) SST Const. 8-X-1985, 14-I-1987.

(187) Para LAURENT, XVI, 320, los intereses moratorios se entienden comprendidos en la petición del capital.

(188) DELGADO, *Adquisición*, 633.

por el artículo 1.955 o la prescripción de la acción real sobre muebles del artículo 1.962 no serían obstáculo a la petición posterior de los frutos (189). Esta conclusión, como el propio autor advierte, puede padecer de contradicción valorativa con la prescripción quincenal del artículo 1.966.

Ciertamente, ya se ha dicho, la acción de petición de frutos no tiende a la restitución de cuerpos ciertos. No sólo con la prescripción del artículo 1.955, sino incluso antes, en mi opinión, el poseedor de mala fe adquiere la propiedad de los frutos. Tanto más cuanto que de ordinario éstos se consumen o se transforman en dinero, si no constituían ya desde antes una cantidad de dinero. No hay sobre ellos acción real, y el restituyente es deudor de una cantidad, que, a falta de plazo particular, estaría sometida al juego de la prescripción quincenal del artículo 1.964 (190). Hay que rechazar la doctrina tradicional —tributaria de la concepción real de la restitución de frutos— que pensaba como factible una usucapión separada de los frutos, que, ordinariamente, se cifraban en un trienio (191).

Yo estimo, aunque reconociendo que no existe tampoco un fundamento definitivo para tal tesis, que la acción de restitución de frutos percibidos no prescribe con la acción principal, y no se extingue con la usucapión de la cosa principal. Creo, en definitiva, que la acción personal no está condicionada a la prescripción de la acción real (o personal) sobre la cosa ni a la usucapión del fruto como cosa cierta.

#### b) *En cuanto a los daños*

1.º Hoy en el Código civil no es preciso acudir a determinadas formas procesales específicas para conseguir un pronunciamiento jurisprudencial. El Tribunal Supremo afirma continuamente que el nombre de una acción sólo tiene relevancia en su caso para determinar la competencia jurisdiccional, ya que no es preciso el *nomen iuris* cuando de los propios términos pueda inferirse la naturaleza de la pretensión (192). En el Derecho romano, el Dig. 6,1,13 permitía deducir en el seno de la reivindicatoria la propia acción de daños sin necesidad de acudir procesalmente a la fórmula de la *Lex Aquilia*. Otro tanto, y mayormente, en el Código civil: en la reclamación de un bien pueden entrar todas las acciones y pretensiones concurrentes

---

(189) DELGADO, *Adquisición*, 633 y s.

(190) Así, LACRUZ, *Elementos*, III, 1.º (1979), 71; con más detalles, PEÑA, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 1981, 166.

(191) MOLINA, Disp. 718; LÓPEZ, glos. 8 a Part. 3,28,39. La tesis defendida en el texto se encuentra en VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum illustrium*, Cap. 38 *in fine*.

(192) Cfr. STS 5-X-1985.

a la restitución. De ahí que exista una cierta confusión en las declaraciones sentadas en la sentencia 8-4-1930 al decir que el corte de pinos de la finca, autorizado por la Administración, no puede entrar como pretensión accesoria de la acción real, teniendo que haberse instado la vía del artículo 1.902 del Código civil.

2.º La responsabilidad civil entra en el ámbito del principio de congruencia. En cuanto tal, como declara la sentencia última citada, la acción reivindicatoria no puede alcanzar otros extremos que el específico de la restitución. Esto no es sólo así para los daños en la cosa, sino para los mismos frutos *percipiendi*, que constituyen una partida del lucro cesante. Estos «frutos» no entran automáticamente en la reivindicatoria (193).

3.º Todo tipo de daño puede ser solicitado procesalmente sin necesidad de probar el dominio previo, puesto que no se fundamenta en ellos. Bastará probar la existencia de un interés patrimonial jurídicamente protegido, que, generalmente, será la propiedad sobre la cosa, pero podrá ser cualquier otro.

4.º Respecto a la prescripción de estos daños, creo en primer lugar que no están sometidos al plazo anual del artículo 1.968-2.º del Código civil. Su fuente se encuentra en los artículos 455 y 457, no en el 1.902. Regirá entonces el plazo general del artículo 1.964. No obstante ello, los daños en la cosa no podrán reclamarse (el autor carecería de interés patrimonial) cuando haya prescrito la acción sobre la cosa o ésta haya sido usucapiada. Otro tanto cabe decir de los frutos que el autor hubiera podido percibir *después* de que haya prescrito la acción sobre la cosa o ésta se haya usucapiado.

### c) *Autonomía de las acciones de frutos*

No hay fundamento para pensar que la acción de restitución de frutos se transmite con la propiedad, ni tan siquiera, a falta de precepto expreso, parece que se pueda reclamar por el adquirente la cesión de la acción (194). Los frutos percibidos y podidos percibir antes de la enajenación se deben por el tercero al enajenante. Lo dudoso en este caso consiste en saber qué tiempo rige la prescripción. No veo otra solución que aplicar en este caso el artículo 1.964. Así lo hizo el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de enero de 1975 sobre

---

(193) Según SAVIGNY, estos frutos cabían en la reivindicación, pero no en acción separada o *condictio* (*Sistema*, V, 81).

(194) Cfr. GURSKY, *Vorb.*, §§ 987-993, núm. 16; en contra, WOLFF-RAISER, I, 589; los anotadores españoles entienden igualmente que la acción de frutos y daños se transmite con la propiedad (592).

la restitución de frutos por el poseedor de mala fe que ya había entregado la cosa.

### 5. La conexión riesgo-provecho

En nuestro Derecho, la localización del riesgo cumple en determinados supuestos la función cardinal de determinar la correlativa atribución de provechos. Ciertamente que muchos casos no ocurren de esta manera. Baste pensar en el artículo 457 donde el poseedor de buena fe acumula los provechos y la exención de riesgo, y el de mala fe carga con el riesgo y con la restitución de frutos. O en el artículo 1.897, donde se entiende mayoritariamente —y nosotros también lo hemos sostenido— que el que de buena fe recibe el pago indebido, retiene el provecho y se exime del riesgo (195). El artículo 1.304 es otro ejemplo: el incapaz limita al enriquecimiento su restitución; pero si éste excede al valor de la prestación es claro que este exceso lo conserva en su poder. Y por último cabe citar al artículo 1.158-3 del Código civil: el deudor cuya obligación fue satisfecha por un tercero contra la voluntad de aquél desplaza al pagador el riesgo de que no le haya sido útil el pago, pero no está en el sentido del artículo que haya de restituirle en mayor medida del nominal de la deuda cuando su efectivo enriquecimiento excede a este nominal.

Fundamentalmente, la conexión riesgo-provecho se da en los negocios de los que surge la obligación de entregar la propiedad o la posesión en concepto de dueño. En toda obligación de entregar cosa determinada dentro de un género no puede el *tradens* ser obligado a la entrega de frutos, sino desde el momento en que la prestación sea determinada (arts. 884, 1.552-3.º C.c.), o retroactivamente, desde el momento en que se constituyó en mora. Mientras la prestación queda solamente determinada en el género, el riesgo permanece en su persona. Por esto decía Luis de Molina con la perspicacia que le caracterizaba, que era injusto, por usurero, que el comprador recibiera del vendedor un alquiler como fruto civil si la cosa estaba sólo determinada en el género, pues el comprador acumularía de modo desproporcionado el fruto y la exención del riesgo (196).

Evidentemente, el principio de libertad de estipulación constituye el criterio definitorio del Derecho privado. Pero ha pasado ya la época en que consideraban lícitas todas las formas de autorregulación de intereses. El control a través de la eficacia de las cláusulas generales, de la buena fe y el orden público (cuando no directamente por la misma ley, como en la regulación de los derechos de los consumi-

(195) Cfr. KOPPENSTEIMER, «NJW», 1971, p. 1769.

(196) *De Justitia*, Disp. 326.

dores) sitúan al intérprete en la situación que tan elegantemente describía De Castro (197) advirtiendo que las normas dispositivas tienen una pretensión de eficacia institucional que impiden sean derogadas convencionalmente sin una causa bastante en perjuicio de uno de los contratantes. Esto, creo, que debe ser aceptado en el campo que ahora nos ocupa; una desconexión convencional entre provecho y riesgo allí donde la ley lo establece como contenido natural de una obligación (arts. 1.095, 1.182, 1.452, 1.468, 883) no puede ser aceptada en perjuicio de la parte más débil sin un previo análisis de la suficiencia de la causa. A mí me parece, por ejemplo, que una desconexión convencional de los efectos recíprocos contenidos, respectivamente, en los artículos 1.720 y 1.728 del Código civil en perjuicio del mandatario no es de por sí una convención legítima, al menos manteniéndose en los límites de este tipo contractual. Igual creo de recibo en el artículo 1.689 del Código civil; los socios son libres para pactar la forma de distribución del beneficio social, pero un pacto del tipo en el que un socio participa en la ganancia excusándose de todo riesgo no podría ser llamado sociedad, sino préstamo (198). Quiero poner de nuevo dos ejemplos del admirado Luis de Molina, en los cuales la conexión riesgo-provecho es rota, respectivamente, en favor de cada una de las partes del contrato. Es injusto, decía el autor, un pacto por el que se vende un bien por pago anticipado del precio que probablemente la cosa tendrá en el futuro, reservándose por su parte el vendedor el derecho de gozar por su parte de este bien durante un tiempo sin correr con el riesgo. A la inversa, si se compran ovejas al precio actual de mercado con la condición de que el vendedor las guarde durante un tiempo corriendo con los riesgos y entregando los frutos al comprador, habría usura, y habría que restituir el valor de estimación del riesgo y la custodia (199).

Y el principio de correlación no está sólo referido al fruto. Volviendo a otro ejemplo de Molina (200): el vendedor que contrata en territorio sometido a la tasa de precio, pero el precio de venta se fija de acuerdo a otro territorio donde la mercancía no está sometida a tasa, para entregar precisamente en este último, sólo actuará lícitamente si el riesgo de la pérdida durante el transporte lo sufre él. Otro tanto podemos decir con las plusvalías reales del bien restituible; si éstas han de entrar en la restitución (art. 456 C.c.) es lógico que el legitimado soporte las minusvalías también reales sin cargarlas en la cuenta del restituyente. Otro tanto cabe decir de los normales deterioros de la cosa por su uso o por el tiempo cuando la posesión del bien restituible se apoya en un título. El artículo 481 del Código civil puede ser considerado en este caso como una norma general al

---

(197) *Las condiciones generales de los contratos*, «ADC», 1961, 295 y ss.

(198) Soto, VI, VI, 1.

(199) *Disp.*, 358, 362.

(200) *Disp.*, 364.

respecto, en el sentido de que el uso legítimo que causa minusvalías por deterioros del bien no es una fuente especial de restitución. Este principio de correlación entre plusvalía y minusvalía es especialmente relevante en los supuestos de pendencia de la condición a que se refiere el artículo 1.122, números 3.º y 5.º (201); o en la obligación de sanear la evicción en la compraventa (art. 1.478-1.º).

Sólo de esta conexión institucional entre riesgo y fruto puede obtenerse un argumento, no digo definitivo, pero sí de enjundia para interpretar el artículo 1.182 en el sentido clásico *res perit emptori* (202), pues de por sí el artículo 1.182 sólo resuelve la cuestión de la liberación del deudor, no pronunciándose sobre el desplazamiento del riesgo al acreedor y consecuente inaplicación del artículo 1.124 del Código civil. Otro tanto puede decirse de la venta de herencia a que se refiere el artículo 1.533; el vendedor no tendrá que responder de la pérdida fortuita antes de la venta, pues también desde antes de la venta pertenecen los frutos al comprador (203). Otro tanto en el contrato de opción, al pertenecer los frutos al vendedor hasta el ejercicio de la opción, le corresponde su riesgo (204). Igualmente con la reserva de dominio: con independencia de si el comprador es propietario sometido a condición resolutoria o está su adquisición sometida a la condición suspensiva del pago, lo cierto es que el riesgo es del comprador, pues de él son también los frutos; otra muestra más de que la regla *res perit domino* no constituye de por sí un principio «fuerte» en nuestro sistema (205). Y por último, en la obligación suspensivamente condicionada el riesgo de pérdida pertenece al vendedor, pero también porque retiene los frutos, no alcanzando ni a unos ni a otros el efecto retroactivo de la condición cumplida (206).

## X. UNIDAD DE LOS REGIMENES DE RESTITUCION E INDEMNIZACION

### 1. General

En el Derecho anglosajón se sostiene que «Restitution and unjust enrichment identify exactly the same area of law» (207). *Unjust enrichment* constituiría el *causative event* del derecho de restitución, el

---

(201) ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, 326 y s.

(202) ALONSO PÉREZ, 300.

(203) ALONSO PÉREZ, 339.

(204) ALONSO PÉREZ, 351.

(205) ALONSO PÉREZ, 372; R. BERCOVITZ, *La cláusula de reserva de dominio*, 1971, 103 y ss.

(206) ALONSO PÉREZ, 212 y ss.

(207) BIRKS, *Introduction*, 17, 26; GOFF-JONES, *The law of the restitution*, 3 y ss.

único suceso causante de esta consecuencia normativa, de la misma forma que el *tort* describe como *causative event* el área del derecho de daños. La reparación del daño no sería una función propia del derecho de restitución.

«La restitución es independiente de la injuria», y esto, según Soto (208), en un doble sentido:

a) Puede nacer sin ella; más aún, el derecho estricto de la restitución es aquel en que el poseedor «*tenetur ex sola re accepta*», no por razón del hecho injusto.

b) La restitución no queda afectada por el curso ulterior del aspecto satisfactivo: el perdón, la prescripción del delito, las razones que excusan la pena, el mismo no-deber de sujetarse voluntariamente a la pena, nada de esto excluye el derecho de restitución: «en el Purgatorio *no se restituye, se satisface la pena*». Tanto es así, que para el derecho de restitución —continúa el autor— es indiferente si te prestaron *cuatro* o robaste *cuatro*: en todo caso debes cuatro.

Pero la distinción pronto pierde el carácter de radicalidad con el que comienza afirmándose: los bienes personales de contenido no patrimonial que han sido lesionados por una injerencia ilícita —continúa el autor— sólo pueden restituirse mediante compensación del daño (209). El lucro cesante que se debe por la mora se restituye, siendo así que no se quitó, y hay que extremar la teoría diferencial del daño para conceptuar esta compensación como una restitución: lo que se podía haber tenido es como si se tuviera ya en el momento en que se produjo el daño por injerencia (210).

En nuestro Derecho, la restitución es, en gran medida, un aspecto más en la teoría de la reparación del daño, y desde luego no es indiferente el modo por el que se entró a poseer o del que surge la obligación de restituir. En el Derecho español no existe una especial teoría de la restitución, sino, a lo más, especiales cualificaciones de la obligación de reparar o excepciones a la misma. Y todo ello porque entre nosotros no existe un único suceso causante que describa completamente el área del derecho de restitución.

## 2. El provecho restituible como una especie de reparación del daño

### a) *Fructus percipiendi*

La restitución de los frutos percipiendi no tiene en el Código civil ningún fundamento posesorio. No es un efecto del modo en que se llegó a poseer ni una restitución del disfrute indebido o del valor

---

(208) *De iustitia*, IV, VI, 1.

(209) *Ob. cit.*, núm. 3.

(210) *Ob. cit.*, núm. 5.

del provecho, sino la medida del daño causado al legítimo poseedor por la privación del goce de la cosa. El fruto percipiendi no puede ser reivindicado, y tampoco puede ser objeto de una pretensión de enriquecimiento, pues su fundamento está en el ilícito extracontractual. En cuanto no es restitución de frutos, el Código civil podía haber obviado la referencia al mismo, dada la aplicabilidad del artículo 1.106 vía 1.902.

El artículo 451 atribuye al poseedor de buena fe los frutos percibidos, eximiéndole de restitución. Pero por sí solo, este precepto no le eximiría de restituir la ganancia frustrada, pues, en principio, la buena fe no excluye la culpa leve que el artículo 1.104 eleva a fundamento de toda responsabilidad. Es el artículo 457 —al eximirle de responsabilidad— y no el artículo 451, al que hay que acudir para razonar la sustracción del poseedor de buena fe a la sujeción del artículo 1.103.

Todo ello explica por qué un autor como Domat, con su habitual claridad expositiva, llama a la deuda de frutos una *espèce de dédommagement*, una reparación por la pérdida de la *jouissance* que el autor sitúa expositivamente inmediatamente detrás del tratamiento sistemático del *dommage intérêt* (211).

#### b) *Intereses*

Siempre que se deba restituir un interés moratorio o los intereses correspectivos que no requieren mora y corren automáticamente por la sustracción, disposición o retención de una cantidad de dinero, estos intereses pueden caracterizarse de modo indistinto como el rendimiento del capital o como la cifra *forfataire* del daño sufrido por el acreedor: expresa la cuantía del lucro cesante y la del provecho obtenido. Otro tanto ocurre con el interés compensatorio de los frutos de la cosa vendida, de que habla el artículo 1.501-2.º del Código civil, donde equivale al lucro cesante y al provecho obtenido por la posesión de la cosa comprada. Y esta función de equivalencia conlleva el resultado práctico de que los referidos intereses se deben, aunque el acreedor no pruebe la consistencia de la ganancia frustrada, y aunque el deudor logre probar que no ha existido tal daño (212). A la inversa, aunque el deudor pruebe que no obtuvo provecho alguno de este capital o del precio de la venta aún no pagado, o que el fruto de la cosa comprada se ha perdido sin su culpa.

Hay, sin embargo, supuestos en que el titular de un derecho de disfrute sobre la cosa se ve privado de ella sin culpa del obligado

(211) *Lois civiles*, III, V, III.

(212) Así, por ejemplo, en sede del art. 1.682 C.c., LAURENT, XVII, 249.



a procurar la practicabilidad de ese derecho o incluso haciendo uso este tercero de un derecho reconocido. En estos casos, el interés que el Ordenamiento concede al titular como sustitutivo del disfrute es una cifra exclusiva del provecho, no la cuantía del daño indemnizable. Pero este provecho restituible es *ganancia frustrada*, que, sin embargo, el Derecho no considera daño imputable a un tercero. Véase por el usufructo, las hipótesis descritas en los artículos 494, 495 y 517 del Código civil.

c) *Momento de la entrega*

El Código civil no considera como un efecto de la mora en los artículos 1.096 y 1.101 la restitución del provecho obtenido, sino la indemnización de la ganancia frustrada. Cuando la restitución de la cosa ya lleve implícita la obligación de entregar el provecho (arts. 1.095, 1.468), no hay problema, pues éstos son debidos antes de la mora, y, por tanto, también después. Pero no ocurre lo propio cuando el obligado a restituir es un heredero fiduciario, o un reservista, o un usufructuario, o un arrendatario; el Código civil no establece cuándo se debe el provecho al sucesor en la posesión. Realmente puede estimarse que, a partir de la interpelación o reclamación extrajudicial, este poseedor se hace de mala fe a efectos de los frutos (213). Pero puede igualmente estimarse que no es así y que la mora no produce otros efectos que los del artículo 1.101. El resultado, sin embargo, sería equivalente, pues el provecho obtenido representa *tendencialmente* al daño sufrido por el legitimado por la privación de la cosa (214); sería equivalente restituirlo como provecho o como daño.

d) *El lucro como daño*

El lucro obtenido puede ser un baremo para el cálculo del daño, o, mejor, una partida que se integra como elemento de la indemnización del artículo 1.106. Pero puede, además, constituir el objeto mismo de la acción de responsabilidad. Esto es particularmente claro en el artículo 9 de la Ley de 1982 de protección al honor, la intimidad y la propia imagen, o en el artículo 63 de la Ley de Patentes, a las que, dada su importancia, nos referiremos en otro lugar más

---

(213) En jurisprudencia relativa a arrendatarios que continúan en la posesión después de cesar el tiempo fijado en el contrato, el TS suele estimar que la pérdida de buena fe a efectos de los frutos se produce antes del pleito (S. 24-1-1952: desde el requerimiento de desalojo). En jurisprudencia social, en cambio, se remite al momento de la sentencia (5-11-1955), confundiendo entre cesación de buena fe y cesación de los efectos de la buena fe.

(214) BARCELONA, *Frutti*, 226.

oportuno. En estas leyes, obsérvese que es la acción de responsabilidad civil el medio técnico de «destinar» el provecho obtenido al titular del bien lesionado.

### 3. La acción de restitución de provechos puede ser una acción de reparación del daño

En relación con lo dicho en el epígrafe anterior, hay casos donde el Derecho no regula otra forma de hacer efectiva la restitución si no es por el cauce de la acción de reparación. La acción de reparación actuará de acuerdo a criterios de restitución, orillando el contenido específico que le otorga el artículo 1.106.

#### a) Responsabilidad civil delictual

La responsabilidad civil derivada de delito está en primer lugar orientada a la restitución (sic) de la cosa que ha sido objeto del delito (arts. 101, 102 C.p.). Y esta restitución, como el artículo 101 señala, es forma y contenido de la acción de responsabilidad civil. La restitución «es el medio de hacer viable la responsabilidad civil derivada de delito; prescrito el delito, no cabe en vía penal una acción de restitución, que no tiene otro cauce procesal que la acción de responsabilidad» (STS 2.<sup>a</sup>, 26-1-1955); la restitución, según Groizard, «es la fórmula práctica más natural y sencilla para conseguir el objeto de responsabilidad (215). Es una forma de reparación del daño exclusivamente centrada en los delitos contra los bienes, no cabiendo en los delitos contra las personas, donde la responsabilidad civil se articula por la indemnización de daños y perjuicios del 102-2.<sup>a</sup> C.p. (STS, 2.<sup>a</sup>, 16-10-1953). Por esta razón, no es la restitución una simple reintegración posesoria, sino un «resarcimiento» por reentrega de la posesión (216). Y también esto explica que no sean concurrentes la restitución y la indemnización cuando aquélla salda completamente la cuantía del daño (SSTS, 2.<sup>a</sup>, 28-11-1983, 18-1-1984).

Al igual que la restitución civil, la restitución como contenido de la acción de responsabilidad penal alcanza *omni causa* (abono de deterioros y mejoras) (217), y de acuerdo al artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Juez determinará todo lo preciso para la efectividad de la restitución (nulidad del título, gastos y frutos) (218).

(215) 'El Código penal de 1870 concordado y comentado, II, 1872, 527.

(216) CÓRDOBA, MOURULLO, TORO, CASABO, *Comentarios al Código penal*, II, 1976, 569.

(217) PACHECO, *El Código penal concordado y anotado*, I, 1867, 493.

(218) CÓRDOBA, MOURULLO, TORO y CASABO, 572, 574.

El «receptor civil» del artículo 108 del Código penal (quien por título lucrativo participa en los efectos de un delito o falta) está obligado al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su lucro; esta indemnización sólo se extiende hasta la cuantía del lucro, que hay que restar de la indemnización que deban satisfacer los responsables criminales (STS, 2.ª, 12-12-1975). El Tribunal Supremo ha afirmado que idéntica cuantía de responsabilidad por el lucro corresponde al receptor del artículo 546 bis a) del Código Penal (20-1-1984), de forma que, al restituirse la cosa objeto de la receptación, queda cubierta su responsabilidad civil y no responderá ni solidaria ni subsidiariamente por la cuota de autores y cómplices (20-3-1984). Hasta la cuantía del provecho obtenido, la responsabilidad civil del receptor es solidaria con la de los autores (14-2-1983, 18-1-1984).

De acuerdo a la jurisprudencia arriba transcrita, tenemos que, el provecho es objeto de una acción de responsabilidad civil y que ante determinados sujetos, esta responsabilidad civil se extiende sólo hasta la cuantía del provecho, fuera de los criterios del artículo 1.106 del Código civil.

#### b) *Restitución de frutos al poseedor*

Frente a la usurpación o injerencia de un tercero, el poseedor de buena fe puede pretender de éste una restitución de provechos. En estos casos su legitimación no puede estar basada en la propiedad del fruto, tanto más cuanto que esta «propiedad» está condicionada a una *percepción* que él no realiza, bien porque la realice el tercero, bien porque se destruyen frutos pendientes.

Si se trata de un usurpador —incluso del propietario—, el artículo 460-4.º le concede acción interdictal durante el plazo de un año para recuperar la cosa con los frutos obtenidos por el usurpador (219).

Si no se produjo una privación de la posesión por la posesión contraria de un tercero, sino que, simplemente, la injerencia de éste produce un daño en los frutos o en la expectativa de los frutos, la STS 17-3-1983 concede al poseedor de buena fe acción del artículo 1.902 para ser indemnizado de la pérdida de frutos (plantaciones enterradas por corrimiento de mineral), incluso pendientes, que, sin ser propiedad del poseedor, constituyen un interés patrimonial legítimo a efectos del artículo 1.902. Un derecho subjetivo al fruto no es condición necesaria de aplicación del artículo 1.902 del Código civil (220).

---

(219) Cfr. DELGADO, *Adquisición*, 595; los frutos entran en la condena de la acción interdictal (art. 1.658 LEC).

(220) El Derecho de daños no protege derechos subjetivos. Cfr. CONSTANTINO, *Contributo alla teoria de la proprietà*, 1967, Cap. II; COMPORTI, *Diritti reali in generale*, Trat. CICU-MESSINEO, VIII, 1.º, 1980, 74 y ss.

#### 4. La función de reparación limita la restitución de provechos

##### a) *Zuweisungsgehalt*

La segunda comisión redactora de BGB introdujo una modificación al precepto que posteriormente sería el parágrafo 812 del Código alemán. En lugar de exigir que el enriquecimiento restituible se hubiese producido *auf dessen Vermögen* del titular de la acción, se corrige la expresión y el texto aparece redactado con la expresión *auf dessen Kosten*. Con ello, la acción de enriquecimiento no estaría causalizada al montante de la privación efectiva sufrida por el titular del bien. En función de ello, el enriquecimiento restituible al titular que sufre una *Eingriff* no es el que éste hubiera obtenido o la cuantía de la privación efectiva. Objeto de la acción de enriquecimiento será lo que al titular del bien le estaba «destinado» (*zuweisend*) por el Ordenamiento al asignarle la titularidad de un determinado derecho, el contenido (*Gehalt*) de provechos que el Derecho reconoce como reservados a la titularidad de un bien o derecho absoluto (221).

Esta concepción ha hecho fortuna más allá de las fronteras alemanas (222), y se acepta como principio institucional en materia de enriquecimiento que la restitución no está delimitada por el daño del titular. Todavía se discute si ese *contenido de destinación* reservado al titular de un bien es *todo el lucro* derivado de la intervención o el *valor objetivo real* del bien ajeno del que se dispone, usa o consume (223).

##### b) *Derecho español*

La doctrina arriba transcrita ha sido rechazada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual en dos sentencias recientes asume y configura con carácter general la doctrina de que la acción de restitución del enriquecimiento no puede sobrepasar el límite del daño real si éste es menor que el provecho obtenido o procurado a un bien.

---

(221) CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung, Gesamm. Schriften*, 1968, I, 234 y ss.; LARENZ, *Schuldrecht, Bes. Teil*, 1981, 537; ESSER-WEYERS, *Schuldrecht, Bes. Teil*, 1984, 400.

(222) SACCO, *L'arricchimento*, cit.; PEREIRA COELHO, *O enriquecimento e o dano*, 80 y ss.; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações en geral*, I, 1982, 432 y ss.

(223) Para SCHULTZ (*System*, 420 y ss.) es restituible todo el lucro de intervención en los bienes ajenos; de la misma forma, JAKOBS (*Eingriffserwerb*, 61 y ss.); si bien uno y otro entienden que debe tenerse en cuenta la relación de causalidad. Para CAEMMERER, *Bereicherung*, 254, el enriquecimiento restituible es el valor objetivo del uso, consumo o disposición de la cosa ajena.

La sentencia de 5 de octubre de 1985 (224) resuelve un caso de lo que en Derecho alemán se conoce como *Eingriffskondition*: los demandados han usurpado una parte de la finca ajena, presentándola como propia a la Administración a efectos de obtener la concesión de un volumen de edificabilidad, que de hecho obtienen. Cuando el demandante solicita licencia, se le deniega por haber agotado el demandado el volumen de edificabilidad. Ante la pretensión de que los demandados restituyan el enriquecimiento obtenido, el Tribunal Supremo concluye que la doctrina del doble límite impide conceder una indemnización que supere el daño cifrado en la pérdida de los metros cuadrados en cuestión. Ocorre, no obstante, que en esta sentencia tanto los planteamientos del recurrente como la propia doctrina del Tribunal pecan de bastante confusión. Realmente lo que el demandante solicita es el lucro cesante de los pisos que dejó de construir (era, en efecto, constructor de profesión), pero lo pide, al menos en casación, como *enriquecimiento* obtenido por los demandados. El propio Tribunal, al exponer la doctrina citada del doble límite, lo que hace en el caso concreto es negarle indemnización por el lucro cesante. Es evidente que si es éste el sentido que el Tribunal Supremo da a la doctrina del doble límite, la sentencia es completamente errónea, pues jamás se ha dicho que el daño emergente sea el límite cuantitativo de indemnización del lucro cesante.

La sentencia de 25 de noviembre de 1985 (225) resuelve un conflicto de los conocidos en el derecho de enriquecimiento como *Verwendungskondition*. El demandante reclama a su madre —que le ha desahuciado de la casa donde vivía— el mayor valor que la finca ha adquirido por efectos de las mejoras hechas en aquélla. Los tribunales de instancia sólo reconocen derecho al abono de gastos hechos. Recurrida en casación por pretendida violación del principio que veda el enriquecimiento injusto, el Tribunal Supremo recuerda la doctrina del doble límite para establecer que el recurrente no tiene derecho a solicitar más dinero que la cuantía de su propio detrimento patrimonial. Doctrina perfectamente congruente con lo dispuesto en el artículo 453 del Código civil.

La doctrina del doble límite no es, sin embargo, generalizable de modo absoluto. Y desde luego no lo es en la materia que constituye el centro de nuestro trabajo. El poseedor de mala fe no sólo restituye el daño (lucro cesante = *fructus percipiendi*), sino también el provecho obtenido por el disfrute del bien ajeno. Veremos que en otro conjunto de supuestos es también inaplicable. Y es preciso, además,

---

(224) *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 9, coment. ALVAREZ CAPE-ROCHIPÍ, p. 2959.

(225) *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 10, y mi comen. en página 3215.

advertir que en no pocas ocasiones el mayor provecho es restituible como representación de un *lucro cesante probable*: el lucro cesante que hubiera obtenido el dueño de no haber sido privado de la cosa, y que acaso alcanza la misma cifra que lo que el tercero obtiene sin derecho de este bien (los pisos que construye y vende la demandada los podría haber construido y vendido la empresa constructora propietaria del suelo en la sentencia citada de 5 de octubre de 1985), o el lucro cesante que supone la pérdida del «valor de cesión» que el propietario hubiera obtenido si el tercero hubiera acudido a él en circunstancias de mercado y hubiese pagado dicho valor de cesión. Pero esto será tratado en otro lugar.

*(Continúa en el tomo XLI, fascículo I, pág. 5.)*