

Restitución de provechos (y II) *

ANGEL CARRASCO PERERA

XI. EL «ID QUOD INTEREST» EN LA RESTITUCION

1. General

Todas las cuestiones conectadas con la reparación del daño, esté o no vinculado con el problema de la restitución, adquieren en nuestro Derecho la impronta característica que suele definir a una cuestión de hecho. En efecto, todo tratamiento sustantivo del daño queda mediatizado en el Derecho español por una particular contextura procesal del problema. En primer lugar, la existencia de una restrictiva jurisprudencia a la hora de valorar la existencia y alcance de los lucros cesantes. En segundo lugar, la marcada tendencia de nuestro Tribunal Supremo a considerar como *quaestio facti* la existencia y cuantía de los daños sufridos por el actor. Esto determina una completa inseguridad en el intérprete a la hora de ofrecer criterios que no tienen después constancia expresa o medios de verificación en las Sentencias de la Sala de Casación. Tomemos un ejemplo reciente. En la sentencia de 25 de diciembre de 1986 se discute como cuestión de fondo los posibles derechos indemnizatorios del arrendatario con derecho de retorno que ve retrasada la entrega del nuevo local. En la primera instancia se establece que el módulo indemnizatorio se fijará atendiendo a:

1) el importe de la renta mensual de un alquiler de vivienda similar a la desocupada, desde el día en que debió realizarse el retorno.

2) La resultante de multiplicar 25.000 pesetas por los meses que median entre la fecha exigida para el retorno y el día de la ocupación efectiva. La Audiencia Territorial, en cambio, cifra la indemnización tomando como módulo el criterio del artículo 84 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, referido al incremento de la renta exigible a los arrendatarios que ejerciten el derecho de retorno. Recurrída la senten-

* La primera parte de este estudio se ha publicado en el tomo XL, fascículo IV, página 1055, de este Anuario.

cia, el Tribunal deniega el recurso por entender que la Sala de Instancia es libre para aplicar el módulo valorativo que estime conveniente.

El problema del *id quod interest* es fundamentalmente una cuestión relativa al alcance del lucro cesante. Todavía no se ha intentado —que yo sepa— en este punto elegir una vía media entre la admisión de la pretensión del daño y su denegación —con palabras del Tribunal Supremo— «por no haberse conseguido demostrar la seguridad de la ganancia que se dice frustrada». Vía media que se puede trazar en la admisión de la pretensión al lucro cesante, pero deduciendo del montante el precio del riesgo de que la ganancia no tuviera lugar por la concurrencia de otras concausas. Cuanto más lejana fuera la expectativa, mayor sería la deducción por precio del riesgo. Es una solución que alguna vez he visto propuesta por autores antiguos y que merece la pena ser explotada (226).

2. *Id quod interest*

a) *General*

Bajo esta expresión se recoge en el Derecho romano la definición de una magnitud diferencial: lo que media (*inter est*) entre dos estados de cosas, antes y después de producido un suceso que causa una variación patrimonial. Cuando la diferencia en menos puede ser imputada a un tercero, el *interest* es la cifra del daño resarcible. En la *Lex Aquilia* aparece como la definición misma del daño indemnizable (Dig. 9.2.21.2; 9.2.22.1; 9.2.23.1; 9.2.23.4; etc.) El *id quod interest*, dirán los clásicos, no es sólo que nos falta o lo que no hemos obtenido, sino lo que nos falta de lo que tuvimos y lo que no hemos conseguido y pudimos conseguir (227). Por su propia definición, y por su diferencia con la simple *aestimatio rei* —que no es más que una partida del *interest* (228)—, la noción de *interest* es la variable *subjetiva* del daño, la cuantía del mismo, tomadas en consideración todas las circunstancias patrimoniales particulares del sujeto dañado (229).

La sustracción de un bien en cuanto tal no es un daño que sufra el titular del bien, puesto que al seguir disponiendo de la reivindicación no se puede decir que el dueño tenga ahora menos de lo que antes tenía. Tampoco, por tanto, lo es la disposición no eficaz de

(226) Así, los ejemplos de la destrucción de la cosecha antes de su maduración, o la muerte del animal antes del crecimiento en que pueda prestar todo su servicio: Cfr. SOTO, IV, VI, 5.

(227) DONELLO, *Commentarium*, XV, IV, I.

(228) La bibliografía fundamental entre nosotros la constituyen sendos trabajos de PANTALEON (tomo II, *tesis, cit.*), y BADOSA, *La negligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, 2 y ss.; 864 y ss.; 984 y ss.; remitimos a estas páginas lo atinente al concepto de *interest*.

(229) LARENZ, *Schuldrecht*, I (1982), 445.

bienes ajenos (230). Sólo una disposición que es eficaz para el dueño es de por sí un daño patrimonial. La circunstancia de que un tercero haya usado o disfrutado de la cosa restituible no es de por sí tampoco un daño. Por sí mismos, los provechos obtenidos por el uso o disfrute de la cosa ajena no son una partida del *interest*, si no se tienen en cuenta las circunstancias subjetivas del legitimado; y de hecho, cuando estas ventajas son restituidas no lo son en nuestro Derecho (art. 455) en función del daño, puesto que la restitución se hace con indiferencia de que el dueño o legitimado hubiera podido o no por su parte obtener el provecho que ahora se le restituye.

«Interest» es el resultado de proceder sobre la cosa de modo que resulte un daño patrimonial en el objeto restituible. Daño es también la privación del goce cuando al dueño le *interesaba* no haber sido privado de ese goce. Entran, por tanto, en el daño resarcible en la restitución los deterioros o pérdidas de la cosa y los frutos que el legítimo poseedor pudiera haber obtenido de la posesión del bien (231). Los provechos obtenidos, por su parte, entrarán en la cifra del *interest* cuando equivalgan al valor de la privación del goce de la cosa, mas no cuando la excedan; puede afirmarse en general que los provechos obtenidos de la cosa restituible equivalen tendencialmente al daño resultante de la privación del disfrute, y de ahí, los *fructus percepti* tienden a equivaler a los *percipiendi* por el legítimo poseedor. De todo ello puede deducirse una regla: siempre que en la restitución (recuérdese que nos referimos a la restitución de cosas) deba computarse el daño en la cifra del *interest* resarcible (arts. 1.124, 1.896, 455), los frutos que el obligado a la entrega haya percibido de la cosa deberán considerarse «razonablemente» como la cuantificación del daño realmente sufrido por el actor. Constituye la razón de probabilidad más fuerte para dar por probada la existencia de una ganancia frustrada. Repito, ello es importante en aquellos preceptos donde la ley estatuya una reparación de daños y no una restitución de provechos, como el artículo 1.124; en estos casos, la prueba del provecho obtenido por la indebida posesión debe bastar para dar por probada la existencia y cuantía del lucro cesante.

b) *Interest y aestimatio rei*

Sabido es que en el Código civil la noción de *interest* (indemnización de daños y perjuicios en la expresión más común) engloba todas las partidas económicas que deben prestarse por la pérdida o deterio-

(230) TUHR, *Tratado de las obligaciones*, I, 1934, 59. También sería daño indemnizable la disposición no eficaz que por cualquier razón de hecho o de derecho dificulte o encarece la recuperación: Cfr. Dig. 4,7,1.

(231) POTHIER, *Propriété*, núm. 336.

ro de la cosa debida. No sólo el daño en el sentido estricto o consecuencias negativas del incumplimiento, sino la misma estimación objetiva del bien sujeto a restitución (*aestimatio rei, gemeinen Wert*), que en el Código civil suele aparecer como partida del daño emergente, unas veces nombrado como *valor* y otras como *precio* de la cosa. Así lo demuestran, por ejemplo, los artículos 1.135-2.º, 1.136, 1.147, 1.150, 1.185, 1.896, 1.295-3.º, etc.) (232). Esto ha sido en gran parte posible porque el Código civil adopta —según la doctrina mayoritaria— el principio de que el caso fortuito liberatorio es igual a no-culpa en 1.105 y 1.182. Si así no fuera, el deudor de «buena fe» (expresión del art. 1.107) o el simple poseedor de *buena fe* obligado a restituir y que no lo hace, pero que, sin embargo, la pérdida no puede considerarse como fortuita, debería la *aestimatio rei*, y sólo quedaría excusado de prestar el daño «diferencial» del artículo 1.106 (233). Pero dada aquella identificación, el deudor no culposo ni prestaría la estimación objetiva ni estaría sujeto a la indemnización por el daño adicional sufrido por el acreedor. De esta forma se puede apreciar, por ejemplo, que en sede de resolución del artículo 1.124 no es extraño que el acreedor solicite la resolución y los daños contractuales (que debería ser el interés negativo), y el Juez acceda a esta pretensión incluyendo en la cifra del daño la estimación positiva del objeto del contrato (234). Esta identificación, o mejor, relación *consuntiva* en el concepto de interés, hace que el poseedor de buena fe que pierde sin culpa (es decir, que ignora excusablemente lo indebido de su posesión) no indemniza al dueño, según el artículo 457-1.º, ni la cuantía del daño del artículo 1.106 ni la estimación objetiva de la cosa poseída (235).

c) *Concepto patrimonial de interés*

El *interés* del legitimado para la restitución no tiene como límite máximo el valor de la cosa perdida, deteriorada o enajenada, ni tampoco su valor objetivo de uso o disfrute; ni tan siquiera allí donde se diga que, en caso de pérdida, el *valor* constituye el objeto de la restitución (arts. 650, 1.307, etc.). Ningún precepto del Código civil limita en este punto al artículo 1.106. El daño a resarcir, como fruto

(232) Acaso sea el art. 1.147-2.º C.c. donde más claramente se muestre la diferencia entre indemnización y precio de la cosa perdida: BADOSA, 986.

(233) Cfr. LACRUZ, II, 1.º (1986), 280; JORDANO FRAGA, «ADC», 1984, 109; «ADC», 1985, 276. Cfr. BADOSA, *passim*. Cfr., en este sentido, la responsabilidad por el valor de la cosa de que habla el art. 1.784 C.c. Igualmente, el art. 1.135-2.º del Código civil sobre la indemnización por pérdida culposa de las prestaciones alternativas.

(234) STS 3-X-1985 y comentario de DELGADO ECHEVERRÍA, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 9 (núm. 236). STS 17-VI-1986 (Comentario de DELGADO ECHEVERRÍA en «CCJC», núm. 11).

(235) Según BADOSA, el art. 457 C.c. no sería una norma de *perpetuatio*, sino de prestación del interés indemnizatorio, *ob. cit.*, 848.

percipiendi por privación del disfrute de la cosa, puede ser mayor que este mismo valor de disfrute. Así, por ejemplo, porque el propietario hubiera obtenido los frutos con menos coste del que se ve obligado a reembolsar por el artículo 356. Estos costes (*impensae in fructus*) son debidos al poseedor de mala fe, pero necesariamente habrá que deducir de ellos el ahorro de gastos que se ha frustrado al propietario que obtiene la posesión (236). El daño por pérdida o deterioro que ha de prestar el poseedor de mala fe por el artículo 457, puede ser superior al valor objetivo de la pérdida del deterioro, extendiéndose a otros intereses patrimoniales del actor (237); así, por ejemplo, el daño emergente en otros objetos que formaban una unidad con el bien restituible (*Vermögensfolgeschaden*) (238).

En la mayoría de los casos, este *plus* sobre el valor objetivo, medido ya en el momento de la recepción de la cosa (art. 650) o en el de la pérdida (art. 1.307), se traduce en la indemnización del *mayor valor* que la cosa tuvo a lo largo del tiempo en que debía ser restituida. Esto es algo que acepta todo el Derecho común, basándose en la concepción *diferencial* de la teoría del *interest*: si teniendo derecho a la restitución en un momento anterior a la pérdida (pérdida no liberatoria), le *interesaba* al legitimado que se le hubiera restituido en este momento, por ejemplo, porque en él podía vender más caro el bien (239). Esto es particularmente intenso cuando la obligación de restituir no nace a partir del momento en que se ejercita la acción (esto es, generalmente, cuando se sitúa en mora al obligado), sino que el demandado está desde siempre obligado a la restitución, cuales son los poseedores del artículo 455 o el *accipiens indebiti* del artículo 1.896. Así, el mismo García Goyena (240) expresamente sustentaba esta opinión para el *accipiens* de mala fe: el valor de la cosa perdida restituible sería el *mayor valor* que ésta hubiera alcanzado a lo largo del tiempo de indebida posesión. Aunque esto es más dudoso en el resto de las acciones personales, la mora del artículo 1.101 debe producir esa consecuencia: el moroso (por ejemplo, a los efectos de los artículos 645 ó 650, pero también artículo 1.307) responde del caso fortuito, en el que, sin duda, entra este mayor valor del que se priva al legitimado por no haberse producido la restitución en el tiempo óptimo (241).

(236) MOLINA, Disp. 725.

(237) Dig. 43,16,6: *saepe actori pluris interesse hominem restituere quam quanti is est*; Cfr. FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, 1928, 31.

(238) LARENZ, I, 452.

(239) MOLINA, Disp. 725; COVARRUBIAS, *Opera*, I, 620.

(240) *Conc.*, 967.

(241) Y todo ello a pesar de que la donación del artículo 645 no sea revocable extrajudicialmente (STS 8-III-1972; RDGRN 13-II-1922). A pesar de que a tenor del artículo 651 los frutos se deban desde el día de la demanda, no se excluye que con ella se produzcan los efectos normales de la mora. En el art. 1.307 la duda puede surgir porque los intereses automáticos del valor parecen agotar la indemnización.

Y este mayor valor no es sólo el de la cosa. La doctrina del *id quod interest* exigía que se computase también en esta cifra el valor de las mejoras que el *dominus* hubiera probablemente hecho, deducidos los gastos ahorrados por su no realización (242). Entrarían también las mejoras hechas por el ilegítimo detentador del bien si al dueño le *interesaba* que no se hubieran hecho; por ejemplo, porque tenían posesoria. Todo ello, por supuesto, es una cuestión de hecho, sometida al laberinto procesal de la prueba de un lucro cesante o de un daño emergente lateral al objeto mismo de la restitución.

d) *Interés y disposición de cosa ajena*

Por la misma razón, siempre que la disposición del bien ajeno sea eficaz frente al dueño, y a salvo siempre de las particularidades que imponen las normas que obligan a restituir el enriquecimiento (arts. 197, 1.778, 1.897), el legitimado para la restitución no tiene acción contra el disponente para pretender el precio de venta superior al valor objetivo de la cosa, cifra auténtica del daño, a menos que este precio de venta aparezca integrado —de nuevo, cuestión de hecho— en el concepto de *interest*; y no formará parte de esta cuantía indemnizatoria cuando el mismo dueño no pudiera haber conseguido dicho precio o cuando «él mismo no lo hubiera vendido en el momento que más valía» (243). El artículo 1.295-3 del Código civil es expresivo en este sentido: *indemnización de perjuicios* al legitimado para la rescisión cuando la cosa se halla en manos de un tercero de buena fe.

e) «*Interest*» del sujeto a restituir. *Vicios ocultos*

El comprador que opta por la rescisión de la venta de cosa cuyos vicios la hacen inapropiada para el fin por que se adquiere (ar. 1.486), no responde por este solo hecho del daño que el vendedor sufra por la privación del disfrute de la cosa. Responderá, sí, del daño ocasionado por su culpa a este bien, daño que a tenor del artículo 1.498 (por analogía) no se imputa a riesgo del vendedor (244).

El problema radica en saber si el vendedor responde además por los daños sufridos por el comprador restituyente. El artículo 1.486 parece hacer depender esta consecuencia del hecho de que el vendedor

(242) COVARRUBIAS, *ob. cit.*, p. 621, núm. 4.

(243) MOLINA, Disp. 725.

(244) Cfr. GARCÍA GOYENA, 751.

conociera los vicios, lo que, en principio, puede considerarse como una exclusión en este ámbito de los defectos indemnizatorios del artículo 1.106 y 1.124 (245). En el Derecho alemán el BGB sólo reconoce expresamente un derecho de indemnización suplementaria cuando la cosa no responda a las *cualidades aseguradas* por el vendedor (§463). Pero no queda resuelto si las normas de la venta excluyen los principios generales de la responsabilidad. Para la doctrina alemana en general, sólo hay exclusividad cuando se trata del *vicio de la cosa*. Pero no por otros *Nebenpflichten*, y la Jurisprudencia distingue en este punto entre los *Mangelschaden* y los *Mangelfolgensschaden* (246). En el Derecho español la Jurisprudencia estima que el artículo 1.486 no es excluyente del 1.124, ni en cuanto al plazo de resolución ni en cuanto a la indemnización de daños de que hablan este artículo y el 1.101 (247). Otros autores estiman que esta compatibilidad se da sólo con la acción de dolo (248). De cierto, para la Jurisprudencia, el comprador dispone del auxilio de una triple concurrencia: la redhibitoria, la resolución por incumplimiento y la indemnizatoria por los daños medidos según el criterio general del artículo 1.106; acaso incluso la propia acción de cumplimiento específico (249) o de restauración *in natura* del daño redhibitorio (249 bis).

En efecto, el artículo 1.486 *in fine* parece referirse exclusivamente a los daños de que responde el deudor *doloso* del 1.107-2, pero no excluye la aplicación del artículo 1.107-1. Estos daños a resarcir por el vendedor no doloso serían los que la doctrina antigua consideraba *propter rem impsam* (250) y que en el Código civil constituye una limitación de la que sólo puede privilegiarse el «deudor de buena fe». El daño resarcible, en este caso, sería en principio el interés negativo (que en el Código civil no queda excluido sea superior al interés positivo), daño negativo consistente en lo que al acreedor interesaba que la venta no se hubiera realizado o que se hubiera producido a un precio menor, mas no lo que le interesaba en que el bien vendido

(245) A menos que la impericia del vendedor se equipare al conocimiento; Cfr. MORALES, *El alcance protector de las acciones edilicias*, «ADC», 1980, 617; POTHIER, *Vente*, núm. 214.

(246) ESSER-WEYERS, II, 44, 62 y ss. Sobre la admisión de la responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia alemana, WEYERS, «ADC», 1986, 857 y ss. Sobre la admisión de la responsabilidad agravada por culpa del vendedor en Francia y Suiza, MORALES, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor...*, «ADC», 1982, 614 y ss.

(247) Cfr. en BERCOVITZ, *Cuadernos Civitas de Jur. Civ.*, núm. 1 (núm. 12) y núm. 2 (p. 638). Cfr. SSTS 6-V-1911, 19-IV-1928, 25-V-1973. MORALES, *El dolo como criterio...*, 672, recoge igualmente jurisprudencia.

(248) MORALES, *El alcance...*, 681; BADOSA, *La negligencia*, 227.

(249) DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, 691.

(249 bis) MORALES, *El dolo*, 679.

(250) Cfr. POTHIER, *Obligations*, núm. 167.

no hubiese resultado defectuoso (251). Y ciertamente todo el interés negativo, aunque el artículo 1.486 no se refiera ni a los sacrificios afrontados por el comprador para contratar ni al daño resultante de una no utilización alternativa de su dinero. Desde luego, en la acción *quantum minoris* no es un interés positivo lo que se indemniza: no se paga la diferencia de valor que media entre el que tiene la cosa dañosa y el valor que tendría de no sufrir defectos, sino la simple diferencia entre lo que se pagó y lo que objetivamente valía (252). Otro tipo de interés distinto del intrínseco de la cosa vendida se indemnizaría de acuerdo a los artículos 1.101 y 1.107, igualmente, aunque se hubiere vendido de «buena fe» (vgr. daño en otras cosas del comprador, en el proceso productivo, en las personas); si se conocía el vicio, se indemnizarán también los daños incluíbles en el interés positivo del artículo 1.468-2.

f) *El «interés» del sujeto a restitución: evicción*

La evicción y su consecuente obligación de sanearla por parte del vendedor plantea probablemente uno de los conflictos más interesantes que tienen cabida en la doctrina del *interés* en el marco de la restitución. Aquí, como en el saneamiento por vicios ocultos, el estado patrimonial que se quiere dejar ileso es precisamente de aquél que está sujeto a restituir. Con la particularidad de que aquí la restitución se produce a favor de un tercero que no está vinculado contractualmente con el comprador.

El comprador que restituye como consecuencia de la evicción deberá, según los casos, indemnizar el *interés* del reivindicante en la forma dicha arriba y que después desarrollaremos: se trata de un simple poseedor, sujeto, por tanto, en su caso, a los artículos 455 y 457. Pero esta indemnización es recuperable en cuanto *interés* propio de este poseedor, que podrá reclamar de su comprador la cuantía de su daño, y reclamarlo con la propia acción de compra (art. 1.478).

Tradicionalmente, el *id quod interest* del comprador se cifra en aquello que le importaba no haber sufrido la evicción. El primero en entender que la responsabilidad del saneamiento no alcanzaba el valor actual de la cosa comprada y perdida, sino al precio pagado, fue Dumoulin (253), a quien siguieron Pothier (254) y el Code fran-

(251) Sobre el *interés* prestable en la resolución, ESPINAR LAFUENTE, *Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas*, «Estudios Castán», II, 1969, 151; LACRUZ, II, 1.º, 277 y s.

(252) RUBINO, *Compravendita*, 1962, 643.

(253) *Traité de eo quod interest*, núms. 68 y ss.

(254) *Vente*, núm. 116.

cés, justificándose esta solución, según el último autor citado, en que el sinalagma contractual impone aquí el juego de la *condictio sine causa*: y lo que efectivamente el vendedor obtuvo del comprador es el precio pagado. García Goyena, con muy buen criterio, justificó el apartamiento que en este punto el proyecto 1.851 supuso frente a su modelo francés; de acuerdo con las normas romanas (Dig. 21.2.66.3; 21.2.70), la restitución tiene que darse en la medida del *id quod interest* positivo del comprador, para bien o para mal de éste; ésta es precisamente la medida indemnizatoria del daño sufrido. Es injusto, argumenta Goyena, hacer responder del precio recibido, aunque la cosa se haya deteriorado por el comprador (1.631 Code), y hacer responder a su vez al vendedor del mayor valor adquirido después de la venta, aunque no fuera por obra del comprador (1.633 Code). Para Goyena, la solución española, que es, en definitiva, la del artículo 1.478-1 del Código civil, atribuye al comprador, de acuerdo a la noción diferencial de *interest*, los riesgos y los beneficios (255).

El reivindicante se aprovecha de las plusvalías reales de la cosa restituible (art. 456 C.c.). Las recupera *tamquam pars rei*. Pero el comprador recupera a su vez esta plusvalía frente a su vendedor en cuanto interés contractual positivo. «*In quantum emptori interest evictionem factam non fuisse*», aunque el comprador no pruebe que de hecho hubiera vendido la cosa ahora que más vale (256). Este interés positivo alcanza incluso al beneficio neto obtenido de la explotación de la cosa. En efecto, si el comprador restituyó frutos, el reivindicante obtendrá de éste mediante deducción el coste de producción de los frutos (ex art. 356 C.c.). Pero el beneficio líquido restituido se recupera del vendedor en cuanto interés contractual positivo (1.478-2.º C.c.). Esto es particularmente claro en el saneamiento por evicción que según el artículo 1.553 debe prestar el arrendador: si el arrendatario que paga diez de renta subarrenda por veinte, su interés contractual es veinte, no diez (257). Como decíamos, el propietario recupera esta plusvalía con independencia de la buena o de la mala fe del comprador-poseedor, y éste, a su vez, la recupera con independencia de la buena fe de su vendedor. En cuanto interés contractual positivo, el artículo 1.478-1 alcanza aún la misma *plusvalía excepcional* de la cosa, contra lo que pensaba Pothier, el cual negaba esta consecuencia incluso para el incumplidor de mala fe (258). Y lo aquí dicho es justo porque este comprador corre también con el riesgo de una pérdida fortuita que, de producirse, y por la misma noción de *interest*, no puede repercutir en su vendedor. Y a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en el artículo 1.632 Code, en el Código

(255) *Conc.*, 746.

(256) DONELLO, XIII, II, XVIII; POTHIER, *Vente*, núm. 133.

(257) POTHIER, *Louage*, núm. 94.

(258) *Obligations*, núm. 161; *Vente*, núm. 133.

civil el comprador no tendrá que descontar ni tan siquiera el enriquecimiento que obtiene por la pérdida o deterioro del bien, pues —en su momento veremos— este enriquecimiento se lo tiene que entregar al reivindicante, y, por tanto, recuperarlo en la acción de regreso. Queda excluida igualmente una acción de enriquecimiento frente al vendedor, si la cosa se deteriora fortuitamente, por la parte del precio que éste retiene «sine causa», y todo ello porque el comprador recupera su *interest*, no el posible lucro del vendedor, ni tan siquiera cuando éste es de mala fe (art. 1.478-5).

El vendedor de mala fe ha de abonar por el artículo 1.478-5, en cuanto daño del comprador, el valor de las mejoras suntuarias que no pudo cobrar del reivindicante, es decir, el comprador no sufre el riesgo de su propia actividad o conducta dispendiosa.

¿Qué ocurre con las mejoras de la cosa comprada si el comprador, por ser de mala fe, no se las pudo reembolsar del reivindicante? ¿Sólo se repercutirán al vendedor si éste era a su vez de mala fe, o siguen, por el contrario, el régimen de los artículos 1.478-1 y 2, con independencia de que el vendedor a su vez fuese de buena o mala fe? García Goyena (259) parece sostener que el artículo 1478-1 no alcanza las impensas, y que este tema se liquida exclusivamente entre comprador y propietario. Pero lo cierto es que de la norma no se desprende tal criterio; el número 1 del artículo 1.478 es independiente de la buena o mala fe de cada una de las partes del contrato, y el número 2 presupone de hecho que el comprador es de mala fe, o que ha cesado el efecto de su buena fe, pues sólo así habrá tenido que restituir los frutos al dueño. En mi opinión, los gastos y mejoras que el comprador de mala fe no haya podido reembolsarse del dueño le serán reembolsados por su vendedor en todo caso como «valor que tiene la cosa al tiempo de la evicción»; el vendedor está obligado a procurar la posesión pacífica, aunque su propio adquirente conozca la ajenidad del bien que se le vende, pues ni la venta de cosa ajena es nula ni, conocida la ajenidad por ambas partes, existe en todo caso y necesariamente por ello la causa ilícita de que habla el artículo 1.306. Imaginemos que el vendedor se compromete a adquirirlas en un momento posterior a la venta, o que el propio comprador, sabiendo que se vende cosa ajena, cree que posteriormente se llegará a un acuerdo con el dueño, credulidad ésta que de por sí no basta para hacerle frente a éste de buena fe a los efectos de los artículos 451 y 453. Yo creo que este valor no recuperable del reivindicante es, frente al vendedor, un estricto daño *propter rem ipsam non habitam*.

Si el reivindicante pagó al comprador las mejoras, pero, dada la opción del artículo 453, sólo abonó el gasto, el comprador recuperará

del vendedor el plusvalor de la cosa, que no pudo obtener del dueño. Y si, por ser menor, el dueño pagó el plusvalor, el comprador sólo podrá recuperar el gasto por el cauce del artículo 1.478-5.º, si el vendedor era de mala fe; en efecto, no se trata de un daño *propter rem ipsam*.

No entran en el *interest* del comprador los daños que éste haya tenido que resarcir al dueño. Si por su parte el dueño no ha podido exigir del poseedor la indemnización de los daños en la cosa por ser éste de buena fe y no responder, dado el artículo 457, el propio reivindicante no tendrá que sufrir este riesgo, pues en su caso podrá pedirle extracontractualmente al vendedor de mala fe el precio de estos daños, en cuanto una de estas «consecuencias necesarias» que el artículo 1.107 pone a cargo del deudor doloso (que puede ser extracontractual).

Según el artículo 1.478-2.º el comprador reclamará al vendedor los frutos que haya tenido que restituir al dueño. Es decir, se parte del supuesto de un comprador que posee es de mala fe. Estos frutos se restituyen no en cuanto provechos, sino dentro de lo que *emptori interest rem non evicta fuisse*. Y no es preciso ceñir este supuesto al solo caso del comprador con *mala fides superveniens* o al comprador de buena fe desde la demanda (260). El vendedor ha de procurar en todo caso al comprador la pacífica posesión; de la misma forma el vendedor de cosa ajena no habrá «incumplido» frente al comprador en el sentido del artículo 1.101 hasta que la evicción no tenga lugar.

g) La excepción «*etsi restituta*»

De acuerdo al propio concepto de *interest*, parece debe ser resuelto el espinoso problema de la pérdida casual cuando ésta hubiera igualmente ocurrido estando la cosa en poder de su legítimo poseedor (*etsi restituta esset actori*). El proyecto 1.851 admitía esta excepción para la pérdida *post moram* de la cosa debida, pero no si ésta había ocurrido en manos de un *accipiens indebiti* de mala fe; criterio radicalmente distinto del recogido en el Código civil (arts. 1.182, 1.896), lo que demuestra que en esta materia no se ha operado con principios claros. Lo dispuesto en el párrafo 1.851 parecía más correcto con la tradición del Derecho común, ya que el *accipiens* es tratado en todo caso como un *fur* (Dig. 13.1.18), y el ladrón no se excusaba jamás. Que no hay principio claro lo demuestra actualmente el artículo 1.185, para el caso de que la deuda de cosa cierta proceda de delito o falta. La génesis de este precepto demuestra que la norma

(260) Como parece aceptar GARCÍA GOYENA, 747.

es una excepción a lo dispuesto en el artículo 1.182 (261). La cosa perdida después de que el deudor se constituya en mora no se reputaba a riesgo del deudor si el caso hubiera ocurrido igual de haber sido entregada al acreedor a su debido tiempo. El artículo 1.185 sería la excepción; de ahí la expresión «no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiese sido el motivo de la pérdida». Pero además el artículo 1.185 es contradictorio con el artículo 1.896, puesto que aquí el *fur* se libera. Respecto a la relación del 1.896 con el 1.182 la contradicción es mayor; no se puede decir que el ladrón puede beneficiarse de esa excepción, y no el deudor moroso, puesto que el fundamento de la responsabilidad por caso del *fur* es que *semper in mora*; parece por lo demás absurdo que se admitiese la liberación por hecho ilícito y no en otro caso (262). La restitución en el supuesto contemplado en el artículo 1.896 era conseguida procesalmente con la misma técnica que la restitución del valor del artículo 1.185, la *condictio furtiva*, que perpetuaba la obligación. Tampoco el artículo 457 está libre de esta contradicción. El Código ha prescindido aquí de que el poseedor de mala fe tuviese o no título, lo que debería haber llevado a admitir la excepción *etsi restituta* en el primer caso y no en el segundo (cfr. All. Landrecht I, VII, 241-242). Mas este criterio tampoco es seguro, pues un poseedor de mala fe con título como es en el artículo 1.298 del Código civil el que adquiere las cosas enajenadas en fraude de acreedores, prestará los daños y perjuicios «siempre que por cualquier causa le fuera imposible devolverla». Por fin, el artículo 1.744 del Código civil (destino de la cosa comodada a uso distinto del permitido) responde de la pérdida por caso de acuerdo también al principio romano de que quien *versat in re illicita* se asimila al *fur* (Dig. 13.1.16); mas tampoco aquí consta la excepción del 1.896-2.

Para negar la relevancia de la excepción *etsi restituta* no basta con decir que el crédito nace en cabeza de la persona en el momento en que surge su acción (en este caso por la estimación de la cosa), sin que tengan influencia los acontecimientos posteriores (263). Porque aquí se ha mantenido que el mayor valor que tuvo la cosa antes de su pérdida entra en restitución. Es decir, de acuerdo al concepto de *interest*, se atiende a todo el ciclo, incluso hipotético, de la cosa.

Si acudimos al Derecho común, la opinión mayoritaria es que no hay acción, ya que *nihil minus habeat quam fuisset habiturus* (264).

(261) POTHIER, *Obligations*, núm. 664.

(262) El trabajo fundamental en esta materia: WACKE, *Gefährerhöhung als Besitzverschulden*, Fest. Hübner, 1984, 672.

(263) Aunque referida a la *compensatio lucri cum danno*, Cfr. el argumento en THIELE, *Gedanken zur Vorteillaussgleichung*, «AcP» (167, 193 y ss, 204).

(264) MOLINA, Disp. 725; COVARRUBIAS, *Opera*, I, p. 620, núm. 1; POTHIER, *Obligations*, núm. 664; SAVIGNY, *Sistema*, V, 129; GARCÍA GOYENA, 616.

Esto es así en el Código civil si la *aestimatio rei* es un daño, es decir, entra en el concepto de *interest*, por lo que no podría buscarse una solución transaccional mediante la cual la excepción *etsi restituta* eximiera del abono de los daños mas no de la estimación objetiva del bien (265). Para negar la relevancia de la excepción del caso fortuito en estos supuestos habría que acudir al principio también clásico de que *contra spoliatores omnia praesumuntur* (266), criterio que, dado el artículo 1.896, no parece que pueda ser aprovechable.

La conclusión no puede ser otra que la de aplicar el artículo 1.896-2.º en todos aquellos casos en que milite igual o superior razón (267).

h) *Interés y responsabilidad civil derivada de delito*

Tenemos que hacer referencia aquí a las consecuencias restitutorias de la responsabilidad civil derivada de delito tal como aparece en el artículo 104 del Código penal. Según este precepto, la indemnización de perjuicios alcanza también a los que se hayan producido a un *tercero*. A su vez, el artículo 102-2.º del Código penal establece que la restitución se hará aunque la cosa se halle en poder de un tercero «salvo su repetición contra quien corresponda». La Jurisprudencia penal admite que es un *tercero* de los referidos en el artículo 104 el tercer adquirente del bien, admitiéndose que en el propio juicio penal en el que se decreta la restitución pueda decidirse la indemnización debida a estos terceros de buena fe, obligados a restituir al dueño la cosa sustraída (SS. 6-6-1949, 9-2-1954, 13-3-1951, 6-6-1969, etc.). Realmente este criterio ya había sido propuesto por Groizard al comentar el Código penal de 1870 (268). Y ha sido criticado por la doctrina a partir de Gómez Orbaneja, entendiendo que no es tercero del artículo 104 el titular de una acción de repetición puesto que su perjuicio no es directo ni actual, y nace de la condena, no del delito (269); sólo fuera de la pieza de responsabilidad civil derivada del delito podría discutirse su derecho de repetición.

Lo cierto es que la Jurisprudencia aquí reseñada supone que la restitución frente a un tercero distinto del usurpador se consigue por

(265) Cfr. BADOSA, 872, 926.

(266) Cfr. para la pérdida tras la mora en WACKE, *ob. cit.*, 683.

(267) BADOSA, 850, 885, lo entiende aplicable al art. 457 y al 1.744. Igualmente, PANTALEON, respecto al art. 1.182 C.c., aunque considera que esta excepción no es una relevancia en nuestro Derecho de la eficacia liberatoria de las causas de reserva, sino un problema de relación de causalidad: la norma se referiría al mismo caso fortuito que produjo la pérdida en poder del deudor (*Tesis, cit.*, 638 y ss.).

(268) *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, II (1872), 531.

(269) GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Lecrim.* (1951), II, 386; CÓRDOBA, MOURULLO, TORO, CASABO, *Comentarios al C.P.*, II, 587.

una acción de responsabilidad civil y no a través de la reivindicación, y que ello se sustancia además en la misma pieza de responsabilidad. En principio esto no supone una dificultad insalvable, por más que conlleve la necesidad de que hayan de ventilarse en la causa criminal todos los puntos civiles que deberían ser resueltos en un juicio civil de reivindicación. El problema comienza cuando se repara en la obligación de saneamiento.

Según Antonio Gómez, el segundo comprador no puede dirigirse contra el primer vendedor si su contratante no le cede la acción (270). El Código civil no se refiere a esta cuestión, y deja sin resolver la pregunta de si el poseedor actual puede llamar en cadena a todos los vendedores anteriores o si incluso está en condiciones de elegir cuál de ellos ha de prestarle el saneamiento (271). Lo cierto es que aquí en una pieza se sustancia, junto a la propia restitución, un problema de saneamiento. El ladrón tendrá que cubrir al tercer adquirente, no ya como dice el Código penal la *indemnización de perjuicios*, sino todo aquello que de acuerdo al artículo 1.478 corresponda al *id quod interest* de la responsabilidad por saneamiento. Entiendo también que el dueño podrá reclamar como daños y perjuicios del sustractor los frutos que no pueda recuperar del tercero de buena fe. Lo que ya es más dudoso es que el ladrón responda del todo el *interest* del poseedor restituyente cuando no tendría que hacerlo por evicción si su inmediato adquirente era, por ejemplo, un donatario. Ejemplo, el que se apropia indebidamente de cosa mueble ajena se la dona a «X» y éste se la vende a «Y». «Y» será parte en la pieza de responsabilidad civil derivada de delito, y, en cuanto tercero, cobrarse del delincuente el precio que pagó por la adquisición del bien indebidamente apropiado. Mas resulta que el propio delincuente no estaría obligado a sanear a «X», pues le transmitió a título gratuito. ¿Deberá el delincuente correr con el riesgo de un saneamiento que de acuerdo a la Ley civil no tendría por qué prestar?

El problema ya no existe, al menos en esta medida, cuando los adquirentes intermedios hubieran tenido también en su caso derecho al saneamiento frente al delincuente. El poseedor actual obligado a restituir quedaría automáticamente subrogado en todas las acciones que cada uno de estos intermedios tuviesen hasta llegar al origen del desplazamiento de la cosa apropiada. Es decir, de acuerdo a esta Jurisprudencia aquí reseñada, el comprador —poseedor actual— tiene en la misma pieza de responsabilidad civil en la que se actúa la restitución derecho al saneamiento contra el vendedor de su vendedor.

(270) *Variae Resolutiones*, II, II, 46.

(271) Cfr. RUBINO, *Compravendita*, 730.

3. Fundamentos de la responsabilidad en la restitución

a) Regla general

Todos quienes estén sujetos a restituir y no se encuentren amparados por alguna regla especial están sometidos a la responsabilidad por culpa leve de los artículos 1.103-1.104, con la facultad moderadora judicial que permite el propio artículo 1.103 y las consecuencias que se recogen en los artículos 1.106 y 1.107 del Código civil, cuyo examen particular no corresponde a este trabajo (272).

En este punto no hay que hacer excepción alguna ni tan siquiera cuando la restitución tenga una causa distinta de la «obligación» a que se refiere el artículo 1.104. Que la responsabilidad por culpa leve se extiende al usufructo lo dice el artículo 497 del Código civil, y esta norma será de natural aplicación a toda posesión que de una manera u otra pueda llamarse por aproximación «usufructuaria» (reservas sucesorias, fideicomisos, etc.). En este sentido, el artículo 1.122-2.º del Código civil, referido a la situación de pendencia de la obligación condicional, es altamente expresivo.

Fuera de la responsabilidad por culpa quedan aquellos casos en que el obligado no está sujeto, por pérdida o deterioro, a otra regla que a la de restituir su positivo enriquecimiento (arts. 197, 1.304, 1.778, 1.897) o que se trate del tipo de responsabilidad del poseedor, enunciada en el artículo 457 del Código civil. En este artículo, así como en los anteriormente citados, la exención de responsabilidad por culpa deriva del solo hecho de que el obligado a restituir desconoce su propia condición de obligado (273), y puede proceder sobre la cosa sin sujetarse a la obligación de custodia que impone el artículo 1.094 del Código civil. Es dudoso de si al margen de estos supuestos citados existe alguna otra hipótesis donde el Derecho exima al obligado a restituir de la responsabilidad general por culpa. Podría pensarse, por ejemplo, que a efectos de los deterioros el donatario del artículo 645 no tiene por qué contar con la eventualidad de una supervivencia de hijos, y que puede, por tanto, proceder sobre la cosa con la libertad que podría hacerlo un auténtico dueño (274). En todo caso, creo aquí preferible aplicar la regla general, dada la posibilidad de flexibilización que esta propia regla ofrece en el artículo 1.103; es

(272) El art. 1.107 C.c. tiene variaciones importantes sobre su modelo, el artículo 1.151 Code, pues, en éste, incluso la responsabilidad del deudor doloso se restringe, de acuerdo con DUMOULIN (*De eo quod interest*, núm. 179) y POTHIER (*Obligations*, núm. 167) a los daños que sean una consecuencia directa, y no una *suite tres éloigné* del incumplimiento. Sobre la relación entre ambos Códigos, Cfr. PANTALEON, 707 y ss., not. 74.

(273) BADOSA, 698 y ss.

(274) LACRUZ, II, 3.º, 146.

preferible hacer responder por culpa al donatario en este caso, pero con la facultad de moderación a que se refiere el precepto, que incluirlo en el ámbito de una regla que de modo fijo determina la exención de responsabilidad por culpa.

Cuando el Código civil imponga que en determinados supuestos de pérdida del bien restituible, la restitución alcanza al valor del mismo, con independencia de la culpa o diligencia (cfr. artículos 645, 1.307, etc.), habrá que estar a esta norma; y la diligencia del deudor se hace irrelevante. La cuestión es más dudosa cuando se trata de deterioros. ¿Responderá por culpa el adquirente de buena fe cuyo título se anula por la existencia de un defecto de consentimiento de su cocontratante? Obsérvese que este contratante de buena fe no tiene por qué ser consciente de su calidad de deudor al desconocer el vicio que produce la nulidad. Sin embargo, parece que tendrá que responder por ellos y aun si los deterioros fueron ocasionados por caso, ya que a su vez el cocontratante que ejercita la nulidad tendrá que devolverle a él todo el precio recibido. De hecho, este último tendrá que deducir del precio a restituir el valor del deterioro (274 bis).

b) *La responsabilidad del poseedor de buena fe*

El *bonae fidei possessor* constituye un modelo excepcional de responsabilidad, en virtud del cual, dado que el poseedor está *domini loco*, puede proceder con libertad sobre la cosa sin responder de la

(274 bis) La doctrina suele considerar que la restitución del valor en el art. 645 del Código civil *in fine* sólo tiene lugar cuando el donatario es responsable de la pérdida por su culpa o dolo (LACRUZ, *Sucesiones*, 1981, 513, con referencia a los arts. 1.182 y 1.897; DÍAZ ALABART, *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, VIII, 2.º, 340 y ss., con referencia al art. 457 C.c.; VALLET, *Estudios sobre donaciones*, 1978, 548). Yo estimo lo contrario, con ROCA SASTRE (*Notas a KIPP-COING*, I, 162). Yo creo que los términos del art. no dejan lugar a dudas de que aquí, como en el art. 1.307, no se ha querido excluir caso alguno, a diferencia, por ejemplo, del art. 1.122. En caso contrario, la norma sobraría. La razón de lo aquí dicho radica en lo siguiente: el donatario no puede responder como un deudor ex arts. 1.105, 1.182, porque no es deudor mientras no se hace valer la revocación. No puede existir culpa mientras no surja una obligación que exija un modo de negligencia o, mejor, de diligencia debida. Es claro que el donatario no está en este sentido constreñido por el art. 1.094. El donatario, ni es culpable de la causa revocatoria (los hijos del donante) ni del modo de actuar sobre la cosa. Igualmente, el art. 1.045-2.º le imputa el riesgo de la pérdida fortuita, y no importa aquí que este precepto no sea una norma de restitución, sino de imputación, puesto que el efecto, el detrimento patrimonial del donatario, es uno y el mismo. El donatario corre con la ventaja de que el donante no tenga hijos o que, teniéndolo, no revoque la donación, pero corre igualmente con el riesgo de la supervivencia de hijos. En este sentido, estimo que ni el art. 645 ni el art. 1.307 son normas de responsabilidad, sino de atribución de riesgos, de la misma forma que comúnmente se entiende que el acreedor ha de soportar el riesgo cuando el deudor pierde fortuitamente la cosa debida.

pérdida o deterioro culposo de la misma. Es dudoso que este modelo proceda enteramente del Derecho romano. Las normas del Dig. 6.1 no dejan en claro si antes de la *litis contestatio* el poseedor de buena fe quedaba eximido de responsabilidad. En Dig. 9.2.38 (referido a la Ley Aquilia) el poseedor de buena fe responde normalmente por culpa. En D. 6.1.45, sólo responde por dolo (275). En el All. Landrecht prusiano el poseedor de buena fe respondía por culpa lata (I, VII, 219).

Lo cierto es que en el Código civil el poseedor de buena fe no restituye lo que dejó de poseer por hecho propio (venta, donación), ni de los deterioros causados en la cosa. No responde por los frutos ni aunque los haya obtenido prematuramente. No restituye el ahorro de gastos que se procure con la cosa ajena ni tiene el dueño contra él una pretensión para que conserve la cosa en su poder (276). No responde por no haber hecho en la cosa las impensas necesarias. Y todo ello con independencia de que hubiera adquirido onerosa o gratuitamente la posesión (277).

Antes de que «se interrumpa legalmente la posesión», el poseedor de buena fe sólo responde por dolo (art. 457 C.c.). No ha sido pacífico el entendimiento que merezca esta remisión al dolo en el artículo 457, tanto más, se dice, cuanto que por definición la buena fe excluye el dolo (278). También era dudoso en el Derecho común qué podía significar el dolo del poseedor de buena fe. Para Savigny, por ejemplo, significaba que si el poseedor manumite al esclavo no responde por ello, pero sí si oculta en juicio este extremo (279). Se dudaba si se refería a quien empezó a saber que la cosa poseída era ajena o a quien, aun creyéndola propia, no la restituye y la destruye con el fin de que el otro no la recupere (280). Puede ser referido al dolo como una responsabilidad procesalmente determinada, de manera que se referiría al poseedor demandado que voluntariamente frustra el eventual éxito de la acción real (281). Puede en fin referirse no tanto a la relación con el demandante, sino a un determinado modo de actuar sobre la cosa: un dolo objetivo consistente en actuar sobre el bien poseído de una manera abusiva o simplemente antisocial.

En rigor no parece fácil decidirse por ninguna de estas posibles explicaciones, y yo, por mi parte, no creo que deba renunciarse a

(275) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, V, 112.

(276) IHERING, *Ist der ehemalige Besitzer...?* *Ih. Jah.* (16), 285.

(277) Sobre este último punto, DELGADO, *Adquisición y restitución*, 558.

(278) Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, *El dolo del poseedor de buena fe*, «Estudios Homenaje a De Castro», II (1976), 549 y ss.

(279) *Sistema*, V, 112.

(280) Cfr. BADOSA, 700, not. 39. Para GLUCK (*Pandette*, VI, p. 1983), sólo responde de dolo cuando restituye antes de iniciado el proceso (*post conventionem*); una vez entablada la litis, respondería aún por culpa.

(281) Así, BADOSA, 700.

priori a ninguna de ellas. Admito que pueda ser un dolo objetivo debido al incorrecto uso de la cosa (vg., quema por capricho el coche poseído); puede ser el dolo procesal de quien es demandado y duda del éxito de su defensa (aunque aquí se responde también por culpa), o el dolo de quien antes de la demanda conoce que su posesión es indebida. De todas formas, parece esta referencia más bien un límite que el propio legislador renuncia a precisar, pero que entiende de razón como una frontera necesaria al desplazamiento del riesgo al dueño. En el P. 1.851 nada se decía, y tampoco conozco pronunciamiento jurisprudencial que ayude en la comprensión del precepto. Desde luego, como veremos a continuación, hay situaciones en que la responsabilidad por dolo no puede significar una exención de la responsabilidad por culpa. La *mala fides superveniens* hace responder por culpa, así como la circunstancia de haber interrumpido legalmente la posesión por el ejercicio de una acción real.

En el Derecho alemán el § 993 I *in fine* del BGB excluye al poseedor de buena fe de cualquier pretensión por enriquecimiento y por daños. Pero se duda si esta exclusión se refiere sólo al mero hecho de poseer y en el marco de la relación de reivindicación o si cierra en general cualquier pretensión de acuerdo a las normas generales. Hoy la doctrina suele entender, sin embargo, que aquella norma constituye una norma de cierre para cualquier otra pretensión al margen de la propia acción de reivindicación (282).

De modo distinto ocurre en el *common law*. Se denomina «conversion» a un *tort* cometido por un *dealing* ilícito sobre los bienes muebles de otra persona (chattels), de tal forma que constituya un injustificado *denial* de su derecho sobre la cosa, o se pretenda un derecho incompatible con el derecho de un tercero. Puede darse *conversion* por el mero *taking possession*, por la disposición del bien ajeno, por su deterioro o destrucción. Comete *conversion* el tercer poseedor de buena fe e incluso, ante la regla «innocent mistake is no defence», no puede ser alegada ni la culpa concurrente del dueño («contributory negligence»); si bien en ciertos casos los Tribunales suelen excluir de esta regla a quienes con fundada razón creen que quien les atribuye el bien es el titular. El *converter* pagará el *full value* como consecuencia de una venta forzosa impuesta por el actor. Un simple «being in possession», sin ninguna otra manifestación, no constituye *conversion*. En los supuestos de disposición de bien ajeno incurrir en este *tort* tanto el disponente como el destinatario (283). Como decía Warren (284), el adquirente sufre el riesgo de comprar

(282) KOBEL, *Das Eigentümer*, cit., 159 y ss.

(283) WINDFIELD-JOLLOWITZ, *On torts*, 11 Edit. (ROGERS), 1979, 449 y ss.; FLEMING, *The law of torts*, 1983, 55 y ss.

(284) *Trover and conversion*, 1936, 86, cit. en FLEMING.

de la persona legitimada, no eximiéndole del mismo las buenas razones que tenga para comprar de un sujeto que no está legitimado para disponer.

Según la tradición del Derecho común, el poseedor de buena fe demandado responde por culpa y no por caso fortuito; únicamente cuando se oponga temerariamente a la demanda o cuando la *litis contestatio* coincida de hecho con la pérdida de la buena fe (285) (286). La demanda por una acción real no hace nacer la mora ni se equipara a la mala fe en cuanto a sus efectos (287). El que este poseedor no quede en mora después de la demanda deriva del solo hecho de que, al desconocer su carácter de obligado, no tiene por qué responder del desconocimiento al que se debe su falsa creencia (288, y porque no existe principio alguno que le obligue a restituir en el momento de la reclamación (289), sino, muy al contrario, deberá litigar y llamar en causa a su vendedor si quiere que éste responda frente a él del saneamiento por evicción. Esto es lo que diferencia radicalmente al poseedor en sentido estricto, por ejemplo, del heredero aparente del artículo 197 o del donatario sujeto a revocación por el artículo 645; desde el momento de la demanda (por haber aparecido el ausente o por el hecho del nacimiento del hijo) ya no puedan dudar de que si retienen la posesión lo hacen indebidamente; están ya desde este momento constituidos en mora. Como lo está, en mi opinión, el simple *accipiens indebiti* de buena fe desde que ha sido judicialmente interpelado. Esto es lo que distingue aún con mayor razón a un estricto poseedor de buena fe (es decir, un poseedor civil con título de dueño) de todos los otros poseedores con o sin título de dueño, debidos o indebidos, que derivan sus derechos de quien precisamente ahora les reclama. Por mucho que en la jurisprudencia y doctrina abunden los apelativos de poseedor de buena fe aplicado al comprador con pacto de retracto, al representante del ausente, a quien compró un bien por un contrato nulo sin haber provocado él la causa de nulidad, al arrendatario o indebido arrendatario, al precarista o al comunero, ninguno de ellos son auténticos poseedores de buena fe a efectos de la irresponsabilidad privilegiada que define el artículo 457 del Código civil.

(285) DONELLO, *Commentarium*, XX, V, XI; GREGORIO LÓPEZ, glo. a «buena fe». Part. 6,14,6.

(286) En el Derecho romano, las fuentes no son claras. En Dig. 5,3,40 no se presta el caso fortuito; en 6,1,15,3, el esclavo muerto es indemnizable al dueño si éste lo hubiera vendido; Cfr. otros casos en Dig. 6,1,16; 6,1,36. Un análisis de estas fuentes, en SCHIPANI, *La responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, 1971, 43 y ss.

(287) SAVIGNY, V, 57 y ss.; WINDSCHEID, I, núm. 193.

(288) WOLFF-RAISER, I, 582; GURSKY, *Staudinger Komm.*, § 990, núm. 50.

(289) WACKE, *Gefährerhöhung*, 674.

El poseedor de buena fe no responde del caso fortuito una vez demandado porque no está en mora y porque, de acuerdo a una razonable concepción del Derecho romano, el poseedor demandado no queda impedido de usar la cosa conforme a su destino sin responder de los casos fortuitos que conforme a este destino frustren la restitución: así, el poseedor de la nave reclamada no responde de su hundimiento si la envió a navegar por sitio seguro y al mando de hombres peritos, y a pesar de todo ello naufraga (Dig. 6.1.16.1). Desde luego, una simple reclamación o requerimiento extrajudicial no basta para constituirlo en mora a efectos del caso, pues el Tribunal Supremo afirma que la cesación de efectos de la buena fe del artículo 451 se equipara a la interrupción civil de la usucapión del artículo 1.945, y esta interrupción no puede conseguirse por la reclamación extrajudicial del artículo 1.973 del Código civil (S. 20-9-1984). Todo ello, por supuesto, con la salvedad de que haya razones para pensar que a partir del momento de la demanda o de otro momento anterior el poseedor conozca que posee indebidamente, lo que es cuestión de hecho.

El poseedor en concepto distinto del de dueño responde frente al propietario en la misma medida en que debería responder frente a su contratante-poseedor mediato. El contrato con un tercero delimita en este punto el margen de su responsabilidad con el reivindicante. Por supuesto, ello es también así si el contrato por el que se cede la posesión inmediata en concepto distinto del de dueño se concertó con el verdadero dueño y es inválido por la razón que fuere.

c) *La responsabilidad del poseedor de mala fe*

Se refiere a esta responsabilidad el artículo 457 II, a cuyo tenor el poseedor de mala fe responde en todo caso y aún de fuerza mayor cuando hubiera retrasado maliciosamente la entrega.

Según Windscheid, el poseedor de mala fe antes de la demanda sólo responde por dolo; después de la demanda aún por caso; por culpa sólo respondería por la pérdida de frutos (290). Para otros, en cambio, en este poseedor el proceso es una circunstancia irrelevante: antes respondería por dolo y culpa, y aún por caso, pues el *fur* se considera siempre en mora (291). En el BGB (§ 990 II) sólo se responde por culpa y únicamente se prestará el caso después de la mora o cuando se posee por delito (§§ 992, 848 BGB). Para la Part. 6,14,4, sólo se responde del caso *post litem contestatam*.

(290) WINDSCHEID, I, núm. 194.

(291) DONELLO, XIX, XIV, XXIV.

En el Derecho del Código civil tampoco ha sido unánime la interpretación que merezca el referido artículo 457. Para Manresa, el artículo 457 sería aplicación del artículo 1.096-2.º y la mora se produciría cuando la sentencia condenara a la entrega y el poseedor es posteriormente requerido a su cumplimiento o se lleva a efecto la diligencia de entregar la posesión por el artículo 926 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (292). Para Albaladejo es claro que «retener maliciosamente» no se da por el solo hecho de tratarse de un poseedor de mala fe, pues entonces sobraría la parte final del precepto. Antes de «retener maliciosamente» se respondería por culpa y «caso fortuito no especialmente grave» (cfr. art. 1.575 C.c.); «fuerza mayor» equivaldría a «casos fortuitos especialmente graves». De los primeros se respondería siempre, pues el de mala fe siempre está en mora (293). Para Badosa, la expresión «en todo caso» no incluye el caso fortuito —que en este sentido no se distinguiría de la fuerza Mayor—. Incluiría todo tipo de *hecho propio* con especial referencia a la culpa levísima, excluida del artículo 1.094. Estaríamos ante un significado —según la teoría del autor— equivalente a la *culpa-hecho propio* a que se refiere el artículo 1.182, para la que no es preciso negligencia. El *malae fidei possessor* no estaría por este solo hecho siempre en mora y para poder hablar de retraso malicioso sería precisa una acción real (no una simple puesta en mora) o haber adquirido violenta o clandestinamente la posesión. En el artículo 1.896, en cambio, se respondería siempre del caso (294).

Aunque sin dar nunca una significación precisa, el Código civil y la Ley en general conocen, o al menos utilizan, la distinción entre caso y fuerza (arts. 1.784, 1.905, 1.908, responsabilidad por accidentes de circulación). No es imposible, por tanto, que en el artículo 457 caso y fuerza no estén sometidos a idéntico régimen. Dada una especial carencia de criterio divisorio creo que para el caso presente puede aceptarse la distinción de Albaladejo entre «casos fortuitos y graves» y los «no especialmente graves», criterio que parece suministrar el artículo 1.575 del Código civil e sede de arrendamiento. Es, por tanto, posible hacer esta distinción en el artículo 457. Qué se deba entender por «retraso malicioso» no veo que deba reducirse a una especial técnica de articulación procesal: no veo por qué deba ser la condena judicial ni tampoco necesariamente la mora procesal. En mi opinión, no es ni tan siquiera preciso que lo ejercitado sea una acción real. No veo ninguna dificultad en aceptar la expresión en cualquier sentido que usualmente pueda considerarse «retrasada maliciosamente» la entrega de la cosa. No es preciso una demanda.

(292) *Comentarios al C.c.* (1951), 324.

(293) *Derecho civil*, III, 1.º (1976), 120 y ss.

(294) *La negligencia*, 842 y ss.

Pero puede ser perfectamente cualesquiera de las formas de puesta en mora recogidas en el artículo 1.100: una interpelación o un mero requerimiento. Puede ser el acto de conciliación. Cualquier elemento que sirva para cualificar jurídicamente un retraso. No encuentro tampoco dificultad en que se entienda por retraso malicioso la mera llegada del término de posesión y el retraso se provoque no por culpa, sino dolosamente. En general, creo que en la mayoría de los casos cualquiera de las formas que pueda adoptar este retraso admite cualificarse como alguna de las formas de manifestación de la mora a que hace referencia el artículo 1.100. Puede, en efecto, y a falta de otro término de referencia, afirmarse que el poseedor de mala fe responde por la fuerza mayor desde que está en mora, en sentido estricto (porque en sentido impropio *fur semper in mora*).

El deterioro por el uso normal de la cosa creo que entra igualmente en restitución. Pero no siempre lo hará por el mismo concepto. Si existen frutos a restituir, este uso no se restituye separadamente del fruto, pues constituye su condición de posibilidad. Si el uso no es fructífero (una casa que no se alquila, por ejemplo), generalmente se ha de restituir o como lucro cesante por la privación del uso o como daño «abstracto» (lo veremos en otro capítulo) por el simple hecho de disponer del valor ajeno.

Y al responder *en todo caso*, responde igualmente aunque la cosa se deteriore o pierda por hecho de un tercero que no pueda ser considerado fuerza mayor. El dueño podrá en principio reclamar contra cualquiera, poseedor o dañante. Y si reclama del poseedor deberá en este caso cederle las acciones que le corresponderían contra tercero por el daño en el bien (cfr. Dig. 6.1.63; § 255 BGB). La indemnización sólo se prestaría en este caso bajo la condición de la cesión de la acción de responsabilidad aquiliana.

4. Restitución de frutos «percipiendi»

a) *General*

En el Código italiano no existe norma que regule la situación del poseedor de mala fe respecto de los frutos. Se entiende por la doctrina que antes de la demanda restituirá los percibidos, y sólo después de ésta se restituyen los podidos percibir, pues éstos de por sí, dicen los autores, no son debido por la mera mala fe, sino por los efectos retroactivos de la sentencia, como se desprendería de la situación del *bonae fidei possessor* (295). En el Código civil responde de estos frutos desde antes de la demanda, y el proceso constituye para este po-

(295) GENTILE, *Effeti*, cit., 28 y ss.; MONTEL, *Possesso*, 276.

seedor un factor irrelevante en cuanto a los frutos, ya porque se predique de él a efectos dialécticos la situación de mora permanente, ya, más simplemente, porque su posesión es un daño que sufre el poseedor. Creo, contra Badosa, que no hay dificultad en considerar este caso como uno de los que el artículo 1.100 del Código civil refiere como de constitución automática en mora.

En el Derecho alemán, el poseedor de mala fe responde antes del proceso por los frutos por él descuidados. Pero sólo tras la mora o si se trata de un poseedor delictivo restituirá los que podría haber percibido el dueño (296). En el Código civil, en cambio, es irrelevante si el poseedor de mala fe accedió a ésta con o sin título; de acuerdo con la tradición del derecho de la restitución clásico, en ambos casos se responde *ex acceptione* por los frutos.

b) Modelos de cálculo de los frutos percipiendi

Savigny había entendido que el poseedor sujeto a responsabilidad restituiría los frutos *neglecti*, descuidados por su propia conducta (297). Acaso su autoridad determinó la solución adoptada por el BGB. En el Derecho alemán el módulo de los *percipiendi* lo constituye el provecho que el propio poseedor hubiera podido adquirir de acuerdo a las reglas de una ordenada economía, fijada por el patrón de conducta del padre de familia (298). Otro tanto ocurre en el Derecho italiano.

Según la tradición del Derecho común, los frutos *percipiendi* se han de medir por la persona de quien tiene derecho a la posesión, no por la de quien efectivamente posee (Dig. 6.1.62.1), dado que se tratará de un lucro cesante producido por la privación del disfrute de la cosa (299). Todavía se admitió un criterio mixto, de acuerdo al cual debería restituirse los frutos *percipiendi* conforme al canon más beneficioso para el propietario; de ahí que se admita que el marco de conducta que correspondería prestar al poseedor de mala fe sería el del diligentísimo *pater familias* (300).

A mí no me cabe duda que el criterio seguido por el artículo 455 del Código civil, que se corresponde al segundo modelo enunciado, constituye la solución correcta. El tercero, y por la misma razón el

(296) Entienden WOLFF-RAISER que también el poseedor delictivo entregará los pedidos percibir por él e incluso los percibidos, a pesar de que a tenor del § 992 «BGB» este poseedor responda según las reglas de la responsabilidad (I, 583).

(297) *Sistema*, V, 77 y ss.

(298) GURSKY, *Staud. Komm.*, § 987, núm. 14.

(299) COVARRUBIAS, *Opera*, I, 621, núm. 4; ALR, I, VII, 224; DERNBURG, II, número 226.

(300) GUZMÁN, *De evitionibus*, XXI, 63, 64; GARCÍA GOYENA, 224.

primero, son incorrectos, pues si existiera este deber de procurar un provecho al dueño sería por la previa aceptación del principio, incorrecto claro, de que el poseedor de mala fe debe gestionar los asuntos del dueño. Además, reconocer que sólo se restituyen los *neglecti* supone la aceptación presupuesta de otro principio, igualmente incorrecto, de acuerdo al cual el poseedor de mala fe tiene derecho a usar productivamente la cosa, pues responde de su negligencia en no obtener frutos. El poseedor de mala fe ni está obligado a procurar provecho al dueño ni a esforzarse en su conducta; esfuerzo a todas luces absurdo, pues cuanto más obtenga más tendría que restituir sin que su diligente explotación le eximiese de responder por la culpa y por el caso.

Convertir a los frutos *percipiendi* en una deuda de frutos *neglecti* supondría, en el sentido del Código civil, una inadmisibles confusión entre lo que es fundamento y lo que es alcance de la responsabilidad. La negligencia en el Código civil es un *fundamento* de responsabilidad en el artículo 1.103, pero no determina el alcance de la obligación a resarcir, que el artículo 1.106 cifra en el lucro cesante del actor. La buena fe puede limitar la cadena causal de daños resarcibles (art. 1.107), pero no disminuir el *quantum* de los daños que efectivamente hayan de repararse. Es evidente, no sólo en el campo de las obligaciones, que el lucro cesante a restituir es el que sufre el legitimado, no el que el incumplidor podría haber obtenido de explotar «diligentemente» las resultas de su incumplimiento.

Todavía el criterio mixto puede tener algún sentido en materia de saneamiento por evicción: los frutos *percipiendi* por el reivindicante y que ha de restituir el comprador, los recuperaría éste de su vendedor por el artículo 1.478-2.º en cuanto que son *frutos* que estuvo obligado a entregar. En cambio, los que el propio comprador hubiera podido percibir los cobrará del vendedor por el número 5, en cuanto su propio lucro cesante, que el vendedor prestará si es de mala fe.

c) *Fruto percipiendi y actividad diferenciada*

Todo fruto *percipiendi* en el sentido del Código civil se basa en la existencia de actividades económicas diferenciadas, es decir, en la existencia de márgenes distintos de lucros obtenibles por el restituyente, de un lado, y por el legitimado, de otro. Esto es claro tanto en el lucro que se obtiene por un contrato válido como el que se obtiene *ex acceptione*. Así, en la teoría clásica de la usura, sólo la actividad diferenciada del «mercator» era razón válida para justificar en un contrato de cambio el cobro de lucro cesante, pues se trata de alguien que negocia con su dinero y cuya privación es, sin duda, un daño para él, no un simple fruto del dinero, que en cuanto tal fruto sería usurario. Pero si prestamista y prestatario no se encuentran en este

margen diferenciado, el lucro cesante sólo era obtenible cuando se restituía por hecho ilícito (301).

En la restitución éste constituye un criterio fundamental. Si el dueño y el poseedor desarrollan actividades económicas *no diferenciadas*, el lucro cesante *tiende* al provecho obtenido; fruto *percepti* y *percipiendi* suponen una misma función. El provecho obtenido será cifra tendencialmente equivalente al daño que el legitimado ha sufrido por la privación del goce de la cosa. En estos casos deberá exigirse una prueba rigurosa que justifique la pretensión de que el lucro cesante sufrido por el actor excede al lucro obtenido (y restituible) por el sujeto pasivo. Pero, correlativamente, en otros tipos de provechos que no sean frutos y que, por tanto, no estén sujetos al principio de restitución del artículo 455, sino a la mera regla indemnizatoria, deberá aceptarse sin una prueba especialmente intensa que este provecho respecto del cual ninguna norma impone la restitución debe indemnizarse como lucro cesante, pues el provecho tiende al daño por privación del goce. Este es el caso de la citada Sentencia 5-10-1985. El dueño del terreno al que se ha «sustraído» el volumen de edificabilidad, era, como el sustractor, constructor. Al pedir en la restitución no sólo el valor material del daño emergente, sino el enriquecimiento obtenido por el demandado con la venta de los pisos construidos a costa de aquél, el Tribunal Supremo tendría, al contrario de lo que hizo, que haber admitido esta pretensión, pues el provecho obtenido por el demandado expresa la cifra del lucro cesante del actor, para lo que no se debe exigir en estos casos una prueba rigurosa.

Una actividad diversificada entre los distintos sujetos en conflicto impone, en cambio, las dos siguientes consecuencias. Si el legítimo poseedor tiene una actividad diferenciada y más lucrativa que la del poseedor actual (por ejemplo, explota el inmueble como hotel: Sentencia 17-3-1964), no se puede exigir con rigor la prueba imposible de la seguridad de obtención del lucro que ahora se pretende frustrado; es decir, debe partirse como principio de que en estos casos los frutos *percipiendi* superan a los *percepti*. Y, al contrario, si el margen de ganancia es favorable a la actividad diferenciada del poseedor. En estos casos, como decía Pothier, si me roban unos vestidos no puedo pedir frutos *percipiendi* si no demuestro que mi ocupación es precisamente la de alquilar esos vestidos (302).

d) *El artículo 455 del Código civil como norma de integración*

Siempre que el Código civil imponga textualmente una restitución de frutos percibidos sin hacer referencia expresa a los podidos percibir por el actor (cfr. arts. 1.095, 1.295, 1.303, 1.468, 882, 760, 651,

(301) SOTO, VI, I, 4; AZPILICUETA, *Comentario*, IX, 34.

(302) *Propriété*, núm. 334.

1.770, etc.) no cabe lugar a preguntarse, como alguna vez se ha hecho (303), si en esta mención quedan incluidos los *percipiendi* o si la regla en concreto es especial frente al artículo 455. Porque la cuestión se decide siempre preguntando si en el supuesto concreto existe o no algún fundamento por el que el restituyente deba indemnizar de los daños al legitimado. Y si los hay (y siempre existe tal fundamento) no queda duda de que estos frutos se restituyen, no por aplicación del artículo 455, sino por aplicación de la regla general de que el lucro cesante es indemnizable, siempre que se dé alguna razón de responder (dolo, culpa). En este punto, el artículo 455 no es más que una norma redundante, pues se presupone que tal daño, como todo daño, es indemnizable. El fundamento de restituir provechos será la propiedad, el riesgo, el enriquecimiento, etc. El fundamento de restituir los *percipiendi* es siempre el daño. Y esto en todo tipo de restitución de provechos. Junto al artículo 1.720, por ejemplo, hay que aceptar que el mandatario restituirá también lo que por su culpa dejó de obtener para el mandante (304). En el 1.095 del Código civil se responderá de los *percipiendi* tras la mora; en el artículo 882 ocurrirá otro tanto; en los gananciales no por el artículo 1.347-2.º, sino por la responsabilidad del artículo 1.390. En el artículo 1.295 del Código civil es así con total independencia de si se aplican en este ámbito las normas posesorias (cfr. S. 9-3-1932); en el régimen matrimonial de participación no entrarán en el patrimonio final los frutos *percipiendi* por tratarse de un activo patrimonial, sino, acaso, por el concepto de *ganancia ficticia* del artículo 1.424 (305). Y así en el resto de los casos. En los artículos 1.303 ó 760 sin necesidad de mora, por el solo hecho del daño causado por quien provocó la nulidad, o por quien adquirió contra las prohibiciones de los artículos 752 y siguientes la posesión de la herencia.

e) *El artículo 455 no excluye la normativa general de responsabilidad*

El artículo 455 no deroga otras reglas más generales que al poseedor de mala fe pudieran serle de aplicación. Concretamente no creo que esté en el sentido de esta regla el que se excluya la indemnizabilidad de otros lucros cesantes del dueño distintos de los frutos perdidos percibir. El artículo 455 no excluye el artículo 1.106 (al contrario S. 4-6-1955, aunque a otra finalidad distinta que la que aquí tratamos), ni cualquier otra indemnización que pudiera corresponder por priva-

(303) Sobre el art. 760, LACRUZ, *Sucesiones*, I (1971), 114; sobre el art. 651 del Código civil, DÍAZ ALABART, *Comentarios*, 462 y ss.

(304) POTHIER, *Tr. cont. de bienfaisance*, II, 36 y s.; MIMERVINI, *Il mandato, la commissione, la spendizione*, 1954, 96.

(305) MORALES niega la colación del lucro cesante en el art. 1.424: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, II (1984), 1871.

ción del disfrute de la cosa (así, por ejemplo, el gasto de alquiler de un coche que sustituya al coche robado). Delgado lo estima de diversa manera, sosteniendo que otros lucros adicionales sólo son indemnizables si se trata de un poseedor delictivo o si el poseedor ha sido demandado, dados los efectos de la mora (306).

Yo estimo que la mención de «frutos podidos percibir» que hace el artículo 455 no tiene una «segunda intención» ni parece que responda a un designio especial del legislador. No creo que sea otra cosa que la recepción de un modo de pensar *per formulas* propio del Derecho común, donde el Código civil ha querido guardar la armonía entre dos funciones en realidad tan distintas del concepto de frutos como son los de la restitución de provechos y la de indemnización de los daños. El Código civil se habría en este caso dejado llevar por la magia de las palabras. Que el artículo 455 no excluye otros daños se prueba con sólo tener en cuenta los daños *in rem ipsam*, indemnizables por el artículo 457. En segundo lugar, negar en el artículo la viabilidad de otros lucros cesantes *extra rem ipsam* sería tratar de peor condición a quien tiene un derecho a los frutos que a quien no lo tiene. Un poseedor de buena fe que ve dañado su interés patrimonial por un tercero no tendría derecho a pretender la restitución de frutos *percipiendi*, pues el poseedor no tiene en nuestro Derecho una pretensión abstracta a la obtención de los frutos, sino una exención de restitución de los por él percibidos. Y, sin embargo, no se podría excluir la aplicación en este caso del artículo 1.106, vía 1.902. El titular de una servidumbre de no edificar en terreno ajeno no es titular de ningún derecho abstracto de frutos sobre la finca gravada. Pero si se viola la servidumbre negativa no se puede dudar que por la vía del artículo 1.106 tenga derecho a ser indemnizado en la ganancia que pruebe haberse frustrado como consecuencia de la lesión de su derecho. En cambio, si se mantiene el carácter excluyente del artículo 455, el usufructuario que por hecho del propietario se ve privado del disfrute de la cosa no tendría otra pretensión de lucro cesante que la *intra rem* de los frutos que él hubiera podido percibir. Esto no ha sido así en la legislación anterior al Código civil (307), ni parece que en las fuentes se conozca otra limitación a la indemnización del lucro cesante que las que se contenían en Dig. 19.1.21.3 y 18.7.19, referidos a la compraventa, que limitaban los derechos del vendedor contra el comprador moroso a los intereses del precio, pero no a

(306) *Adquisición*, 623.

(307) Cfr. Part., 5,8,21 (arrendamiento): el arrendador que impide el uso de la cosa arrendada debe abonar los menoscabos «y aún las ganancias que pudiera haber hecho en aquellas cosas que tenía arrendadas». LÓPEZ cree que esta ley no sólo faculta para pedir el lucro cesante *respectum ad aestimationem fructuum*, sino también el interés *extra rem* de lo que hubiera podido obtener el arrendatario del dinero sacado con el fruto.

la ganancia que con dicho precio pudiera haber sido lucrada (308). Y aun así obsérvese que en ningún caso la limitación de responsabilidad al daño *intra rem* tenía aplicación si en la compraventa había habido dolo del vendedor, como demuestra para la venta de cosas defectuosas la P. 5,5,63 (309). Téngase en cuenta por último que toda esta materia *non de iure sed de facto est*. No se puede afirmar sin más que la ganancia obtenible por el propietario con el fruto que podía haber percibido no entra en la reparación del daño, pues nada hay en los artículos 1.106 ó 1.107 que confirmen semejante opinión; lo que ocurrirá es que tal lucro frustrado será generalmente de difícil prueba, tanto en la realidad de esa frustración cuanto en la relación de causalidad que la misma pueda tener con la posesión indebida de un tercero.

Puesto que se trata de un lucro cesante, el poseedor de mala fe no condicionará la restitución de estos frutos a que se conserve la cosa en su poder, por pérdida o enajenación (cfr. Dig. 6.1.17.1; 6.1.33), con independencia de que por esta pérdida el obligado se sujeta a la restitución del valor de la misma con sus intereses (1.108, 1.896, 1.303 C.c.). Mas esto debe ser entendido en el siguiente sentido. Por pérdida de la cosa responderá de los frutos podidos percibir hasta entonces, aunque aquélla ocurra en manos de un tercer poseedor de buena fe (Dig. 6.1.17); a partir de la pérdida responde del valor y los intereses, que en el Código civil se conceptúan frutos de una cantidad de dinero. Otros lucros cesantes distintos de los frutos *perci-piendi* podrán ser indemnizados a partir de la pérdida si se considera que en las deudas de dinero el montante de los perjuicios del acreedor no queda sin más circunscrito a los intereses de la cantidad; opinión que creo se puede sustentar con el artículo 1.896 del Código civil. Si el poseedor de mala fe enajena la cosa, responde de todos los daños que se le siga al dueño de ello y del valor de los frutos podidos percibir si el propietario no puede recuperarlos del tercero de buena fe (310). Creo que resulta en este punto admisible la tesis de que si el propietario no puede frente al tercero pedir los frutos de la cosa poseída, puede acumular la acción de restitución contra éste y la acción de indemnización de daños contra el disponente (311).

(308) Como excepción de la responsabilidad general por todo el lucro cesante considera MOLINA el caso del incumplimiento del contrato de compraventa (Disp. 724).

(309) Según el «BGH», los *Mangelfolgenschaden* son indemnizables de acuerdo a los principios generales, en contra del limitativo criterio del Derecho común: Cfr. ESSER-WEYERS, II, 62.

(310) Cfr. Dig. 6,1,17,1 y 6,1,15. En el primer caso, JULIANO considera que la *litis contestatio* equivale a la mora. En el segundo, ULPIANO admite una responsabilidad sin culpa del poseedor demandado. Cfr. SCHIPANI, *Responsabilitá*, cit., 43 y ss.

(311) ALR, I, XI, 158; DELGADO, *Comentarios al C.c. y Comp. forales*, cit., 320.

f) *La restitución de frutos percipiendi por el poseedor de buena fe*

Antes de la demanda el poseedor de buena fe no restituirá frutos *percipiendi*, no porque el artículo 451 le exima de restituir los percibidos, sino porque este poseedor no responde del daño que se le pueda seguir al dueño. Pero cómo respondiera este poseedor después de la demanda era una cuestión discutida en el Derecho común. Para una opinión, respecto a los frutos todos los poseedores responden igual después de la demanda (312). Para una segunda opinión, el poseedor de buena fe demandado no responde sino de los frutos que él hubiera podido percibir y descuidó por su negligencia (313). Según una tercera opinión, el poseedor no restituiría los *percipiendi* después de la *demanda* (314).

El Código civil no ha previsto cuál es el estatuto del poseedor de buena fe una vez que se interrumpe legalmente la posesión. Yo creo, no obstante, que son ciertas dos afirmaciones. En primer lugar, el artículo 451 se refiere a los frutos percibidos; una vez interrumpida la posesión los restituirá, pero nada refiere de los daños que esta posesión haya podido causar al dueño. En segundo lugar, no parece estar en el sentido del Código civil que una vez interrumpida la posesión el poseedor de buena fe se asimile sin más al *malae fidei possessor*. Haría falta para ello una referencia explícita, pues de por sí esta asimilación no es posible dado que el poseedor de buena fe no está sin más en mora por el hecho de la demanda.

Delgado sustenta la opinión que el poseedor demandado responderá de los frutos que él hubiera podido percibir (315). Pero esto supone introducir un extraño criterio de responsabilidad en el Código civil, de acuerdo al cual cuando alguien ha de responder frente a otro, el lucro cesante del artículo 1.106 se mide no por lo que haya dejado de obtener el incumplidor por no haber explotado diligentemente las consecuencias de su infracción.

Yo creo que la carencia en el Código civil de una regulación explícita de este supuesto responde a una presuposición implícita en el legislador de que, una vez interrumpida la posesión, *rigen las reglas generales*. La regla general en esta materia es que se responda por culpa. Y el poseedor puede estar en culpa tanto en lo que se refiere al modo de haber entrado a poseer —generalmente, el error a que se refiere el artículo 433 será calificado como culpa leve— como a la manera de actuar sobre la cosa. Yo creo que, de acuerdo al principio de la *omnis causa*, el actor tiene que poder conseguir todo aque-

(312) DONELLO, *Comm.*, XX, VI, XXIV.

(313) THIBAUT, *Pandekten*, núm. 709.

(314) GARCÍA, *De expensis*, XXIII, 44, 45.

(315) DELGADO, *Adquisición*, 608.

llo que tendría de haber sido entregada la cosa al momento del inicio del pleito; él no puede sufrir el riesgo de la dilación procesal siempre que la sentencia estimatoria se retrotraiga, como en efecto lo hace, al momento de inicio del proceso. Desde luego, el proceso no supone (a falta de una medida aseguratoria consistente en el secuestro o en la intervención judicial del bien litigioso) que el poseedor cese de tener derecho a usar la cosa. Mas ese derecho sólo se traduce, si no es ya de mala fe, en la exención de responder por caso si la cosa se daña o se pierde de acuerdo a su uso normal. Esto es realmente lo que decide la Sentencia 17-3-1964: después de la demanda el poseedor de buena fe restituye los frutos que el dueño hubiera podido obtener; en la especie se trataba de los beneficios dejados de obtener por no haber podido explotar el inmueble con la finalidad hotelera a la que el actor se dedicaba. Exigir al poseedor, por su parte, una diligente actividad supone obligarle a gestionar para el dueño, a ganar frutos para él; lo que no creo pueda ser sostenido.

Su responsabilidad, no obstante, por los frutos *percipiendi* estará limitada por el doble criterio del artículo 1.107: que sean los daños consecuencia *necesaria* del hecho que obliga a responder y que, si se accedió a la posesión por contrato con el dueño, resulten *previsibles*.

He dicho arriba que la culpa del poseedor puede surgir tanto del modo de acceder a la posesión cuanto al modo de comportarse en ella. La segunda no plantea mayor problema: el poseedor de buena fe demandado responde de los deterioros y menoscabos por su culpa, y, en consecuencia, de todo daño que al legítimo poseedor se le siga de ello. Pero la responsabilidad por frutos *percipiendi* sin daños a la cosa y por el solo hecho de poseer indebidamente, está subordinada a la culpa o negligencia en el *título por el que se posee*; vgr., no haberse cerciorado de lo que compraba o de a quién compraba, etc. Esta negligencia será generalmente culpa leve y por ella se responde. Mas puede no serlo si el error es absolutamente excusable, circunstancia ésta difícil de probar. Mas si así fuera, y durante todo el tiempo de posesión y durante todo el proceso, siga el poseedor creyendo excusablemente que su derecho es firme, no podrá exigirse de él la culpa, o sólo se podrá dar entrada a ésta haciendo uso de la facultad moderadora a que se refiere el artículo 1.103.

g) *Frutos «percipiendi meliorationis»*

En Dig. 6.1.31 se detalla un caso que el tratamiento sistemático de la doctrina ulterior ha demostrado capaz de ofrecer solución satisfactoria a un conjunto de supuestos. Se trata del caso de quien de mala fe posee un esclavo ajeno al que ha enseñado un oficio: en la reivindicación no pueden entrar los frutos que el dueño podría haber percibido del nuevo oficio aprendido por el esclavo. Es el problema

tradicionalmente considerado bajo la enunciación de *fructus meliorationis*.

La solución, en efecto, no parece difícil. Dado que el fruto *percipiendi* es un lucro cesante, el propietario no puede pretender restitución de los frutos que deja de obtener de este cambio de destinación de la cosa, dado que él nunca podría haberlos obtenido de acuerdo a la antigua destinación de la cosa (316). Para obtener esta restitución el propietario tendría que probar que él mismo hubiera hecho esta mejora que cambia la destinación de la cosa, y, todavía en este caso, habría que restar de la restitución los gastos que hubiera debido dispensar a este efecto.

Por razones similares no son restituibles los frutos *percipiendi* que el propietario hubiera podido obtener de una explotación ilícita de la cosa, ya que el actor no tiene derecho a ello (arts. 1.305, 1.306 C.c.).

XII RESTITUCION DE FRUTOS PERCIBIDOS

Una obligación de restituir frutos percibidos puede tener como fundamento y supuesto de hecho cualquiera de los modelos de restitución que se describieron en el capítulo III. De esta forma, podían ser tipificados estos supuestos de hecho en las clases siguientes:

1. Haber accedido delictivamente a la posesión de la cosa (artículo 1.185 C.c.).
2. Haber adquirido de un tercero conociendo que no estaba éste legitimado para disponer (art. 455 en conexión con el 433 C.c.).
3. Haber adquirido la posesión o la propiedad o el derecho real directamente de su titular por medio de un título ineficaz, ya porque se ha provocado la ineficacia por el poseedor, ya porque de cualquier otra manera la conducta del adquirente no puede considerarse jurídicamente correcta (arts. 1.295, 1.303, y el propio 457 como regla general).
4. Haber adquirido la posesión por un título nulo que se sabe ineficaz (arts. 760 y concordantes).
5. Haber cesado el tiempo de posesión lícita desde que el poseedor en concepto distinto del de dueño, o en concepto de dueño, pero que deba retransmitir a un titular posterior preferente, estén en mora en el cumplimiento de su obligación.
6. Tratarse del cumplimiento de una obligación de dar, en el sentido estricto de la expresión, como equivalente a la *datio romana*,

(316) GARCÍA, XXIII, 49; COVARRUBIAS, *Variae Resol.*, I, VIII, 4; DONELLO, XX, VI. XXV.

ya con esa obligación se transmite directamente la propiedad, ya la sola posesión en concepto de dueño (arts. 882, 1.095, 1.468 y concordantes).

Salvo el último supuesto enunciado en esta clasificación, el resto de las hipótesis contemplan casos de gestión posesoria sujetos al artículo 455 del Código civil. De una manera y otra, en todos ellos puede ser descubierta la existencia de una calificación de «mala fe» en el modo de acceder a la posesión o de continuar en ella.

1. Restitución de frutos en una gestión posesoria

a) *Frutos percibidos e «id quod interest»*

Los frutos percibidos no entran por su propio concepto en el campo delimitado por la noción de *id quod interest*, dado que el legitimado para la restitución no los obtiene en función del daño que él mismo haya podido percibir por la pérdida o privación de la posesión legítima. Y puesto que no se restituyen en función del daño sufrido por el poseedor legítimo, tampoco los frutos restituidos al titular se «compensan» con otros daños adicionales que el receptor haya producido en la cosa (317). Ciertamente, y ya lo hemos dicho en capítulo anterior, los frutos percibidos *tienden* a equivaler al daño por la privación del goce de la cosa, y en este sentido, *percepti* y *percipiendi* podrán, en la mayoría de los casos, considerarse como variables de una misma función: lo que deja de obtener el poseedor legítimo, normalmente, equivaldrá a lo que obtiene el poseedor indebido. No obstante, esta regla, al igual que toda cuestión de hecho, no enuncia un principio definitivo, y los frutos percibidos serán mayores que los *percipiendi* si son mayores las habilidades del poseedor actual, o más lucrativa la destinación impuesta por éste a la cosa.

Por todo lo dicho, los frutos percibidos se deberán al poseedor legítimo, aunque éste no los hubiera percibido ni podido percibir por sí mismo de acuerdo a la antigua destinación de los bienes (318). Para el Código civil, en consecuencia, sólo resulta relevante la circunstancia de que estos frutos se hayan obtenido de una cosa cuyo disfru-

(317) Otra cosa distinta es si se compensan los desperfectos con las mejoras, es decir, si el art. 487 C.c. tendría aquí aplicación. Sobre el art. 487 y el sentido de la «compensación», ALBALADEJO, *Compensación de desperfectos con mejoras en el usufructo*, «ADC», 1963, 1035 y ss.; en general, sobre la *compensatio*, PANTALEÓN, tesis, 140 ss.; la STS 15-XII-1981 admite en tema de daños la compensación entre la indemnización por la ruina del edificio y el mayor valor en venta como solar.

(318) Dig. 5,3,55; MOLINA, Disp. 718; COVARRUBIAS, *Opera*, I, p. 621, núm. 4; LARENZ, *Schuldrecht*, II, 534; ESSER-WEYERS, II, 417; GURSKY, *Staud. Komm.*, § 987, número 5; SACCO, *L'arricchimento*, 27.

te la Ley considera un ámbito reservado a su titular. El derecho de gozar a que se refiere el artículo 348 del Código civil no sería entonces una mera descripción de la facultad de disfrute directo, sino además el fundamento de una pretensión al lucro-fruto obtenido por la violación del disfrute reservado. En este sentido, la restitución de provechos excede de una simple función indemnizatoria. Ello no obstante, algunas veces la propia noción de frutos percibidos conservará una eficacia indemnizatoria; así, por ejemplo, los frutos percibidos por un tercero de buena fe, que no son restituibles, pero que el propietario pueda repercutir de quien cedió la posesión de mala fe: en este caso, no se restituirán en cuanto «percibidos», sino en cuanto lucro cesante que el legítimo poseedor pueda reclamar aún después de que el disponente ilícito haya cesado de poseer.

Por todo lo dicho, es claro que la doctrina del «doble límite» de la acción de enriquecimiento carece de eficacia en el campo de aplicación de los artículos 455 y concordantes.

b) *Alcance objetivo: Frutos*

Sobre el alcance objetivo de la restitución, poco hay que decir en este capítulo. Que sean frutos es algo que se ha intentado delimitar en el capítulo V. La restitución de otros tipos de provechos que no sean frutos se remite a los capítulos siguientes. La restitución alcanza, por tanto, a todo aquello que, incluido o no en el artículo 355, pueda considerarse fruto de un bien. Todo ello sin perjuicio de que otro tipo de beneficios que se obtengan por la gestión posesoria deban ser restituidos por otro concepto, ya, por ejemplo, como *pars rei* (aluvión, por ejemplo), ya como sustancia de la cosa (vgr., los árboles frutales cortados de la finca).

c) *Irrelevancia del modo de obtención*

Para el Código civil es irrelevante, por lo que respecta a la obligación de restituir, si estos frutos se obtienen de la cosa sin costes de producción o si, por el contrario, dichos costes son precisos para su producción. La diferencia no repercute en la propia obligación de restituir, sino en el correspondiente derecho de reembolso que por aquellos costes pueda corresponder de acuerdo con el artículo 356 del Código civil.

Para el Código civil basta que sean frutos de la cosa de acuerdo a una consideración común sobre el modo y resultado de la explotación de los bienes, sin importar cuál sea la cifra de capital o el valor del trabajo de inversión por parte de quien los percibe. En ningún

caso se rompe la relación de destinación con la cosa por el *solo hecho* de que los gastos de inversión y los costes generales de obtención del provecho superen de por sí al valor de la cifra capital. En el derecho de la restitución de provechos no es aplicable un criterio similar al que para la especificación utiliza el artículo 383 del Código civil; es decir, no se calcula cuál sea el factor cuantitativamente preponderante del lucro («más preciosa» o «superior en valor» es el criterio de decisión del art. 383 C.c.); no importa cuál sea la resultancia de la comparación de las variables concurrentes. Y ello tanto si se estima el valor trabajo como el *coste de producción* de tal trabajo, como si se estima, igualmente, dicho valor trabajo en cuanto *coste de reproducción* del mismo. Para la restitución de provechos basta que el rédito se obtenga de la cosa como fruto de ella. Así, por ejemplo, quien con costosos gastos de inversión logra sacar fruto de un pedregal ajeno, los restituirá en su caso por el artículo 455; en cambio, quien roba el coche ajeno y por medio de este delito logra cerrar un próspero negocio, no restituirá este lucro como fruto del vehículo. Estos ejemplos demuestran que tampoco el principio de causalidad representa un criterio de relativa importancia en este ámbito.

d) *Frutos y enriquecimiento*

No parece posible decidir en el Derecho del Código civil si la restitución de frutos regulada en el artículo 455 y concordantes constituyen una aplicación concreta del principio que veda el enriquecimiento injusto, o si, por el contrario, es una excepción al referido principio. Para aquellos que estiman que la «restitución de enriquecimiento» no debe sobrepasar el valor objetivo del disfrute del bien ajeno, la restitución regulada en el artículo 455 excede de lo que el principio de enriquecimiento exigiría. Así, por ejemplo, para el Derecho portugués, Pereira (319) entiende que la norma correlativa del Código portugués excepciona la regla que prohíbe el enriquecimiento sin causa, ya que de acuerdo a ésta sólo se exigiría, según él, la restitución de los frutos obtenibles por un propietario diligente; lo que exceda sería lucro retenible por el poseedor. Dentro de la concepción del enriquecimiento defendida, entre otros, por Von Caemmerer, sólo se exigiría en rigor la restitución del valor objetivo de la cesión del disfrute, lo que el preceptor hubiera tenido que pagar para acceder legítimamente a esta posesión. Por el contrario, en una concepción diversa, para la cual el enriquecimiento obtenido de bienes ajenos se concreta en el lucro obtenido por la injerencia, el artículo 455 sería la norma congruente por excelencia con este principio (320).

(319) PEREIRA COELHO, *O enriquecimento*, 110 y ss.

(320) SCHULTZ, *System*, 325 y ss.

Como quiera que sea, la restitución de los frutos en el artículo 455 ni está funcionalizada al «daño concreto» del legítimo poseedor ni se limita al valor objetivo del disfrute de la cosa restituible.

e) *La restitución de frutos como deuda de dinero*

Dado el principio ya establecido en otros capítulos anteriores de que la deuda de frutos es una deuda de dinero, los intereses del fruto sólo se podrán restituir de acuerdo al criterio mayoritariamente sustentado por el Tribunal Supremo sobre la exigencia de liquidez. La deuda de frutos es —acaso salvo alguna excepción esporádica— una deuda ilíquida. Sólo a partir de la condena se deberán intereses por dicha cantidad, y siempre que dicha condena sea ya a una cantidad líquida (art. 921 LEC), y no se limite a establecer las bases de liquidación para ejecución de sentencias. Esto se traduce en la consecuencia, congruente con el principio *in illiquidis non fit mora*, de que respecto a las deudas de frutos el obligado a restituir nunca estará en mora a estos precisos efectos, aunque sí, por ejemplo, a otros, como puede ser la restitución del lucro cesante (S. 13-9-1876) (321).

En cuanto deuda de dinero, y frente a los tratamientos prolijos que en este punto ofrecía el Derecho común, es indiferente el estado en que se encuentre el fruto, extante, consumido o enajenado. La cantidad de dinero que representa el fruto no es, sin embargo, el precio de su enajenación o el valor que tenía en el momento en que se consumió. Será, por el contrario, el valor del fruto calculado por precios de mercado el día en que procesalmente se realice la liquidación como dispone el artículo 945 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El propietario no sufre el riesgo de la pérdida de frutos, con lo que queda resuelta la polémica suscitada en el Derecho común sobre si los frutos percibidos y destruidos por caso entran o no en la restitución (322).

En cuanto deuda de dinero, está sujeta, por tanto, a las consecuencias de la regla *genus nunquam perit*. No entran nunca en el fruto restituible el lucro que el poseedor obtenga de la negociación del dinero obtenido por el fruto. A falta de un privilegio especial, el legítimo poseedor no tendrá preferencia frente al resto de los acreedores del perceptor.

f) *Frutos ilícitos*

Si los frutos obtenidos de la cosa son «ilícitos» en el sentido que el Código civil utiliza esta expresión, vinculados a la noción de «causa» (art. 1.275) o de «causa» y «objeto» (arts. 1.305-1.306), para

(321) En el Derecho común entra en la restitución el fruto del fruto (DONELLO, XX, V, XXV), dado que se partía de la presuposición de que los frutos se recuperaban con acción real.

(322) Cfr. MOLINA, Disp. 725.

decidir si están o no sujetos a restitución, habrá que distinguir entre el tipo de ilicitud y el modo en que se obtengan.

1.º) Si el «hecho constituye un delito o falta» se dará al fruto el destino prevenido en el Código penal (arts. 1.305 C.c. y 48 C.p.). Así, por ejemplo, es claro que la plantación de cocaína no es restituible al poseedor legítimo, participe él por su parte o no de la «ilicitud de la causa».

2.º) Si el perceptor está legitimado para poseer y disfrutar de la cosa por un título que le transmite una posesión hábil para adquirir los frutos, los frutos ilícitos (entiéndase, siempre que el hecho no constituya delito) no son restituibles, dado que quien cede la posesión en base a un título de esa clase ni tiene una pretensión sobre los provechos en general ni puede considerar este fruto como un lucro cesante del cual él es privado. Ni tan siquiera aunque la obtención de estos provechos fuese al mismo tiempo una lesión del contrato, incluso con facultad resolutoria (art. 114-8 LAU: dedicación del piso alquilado a actividades inmorales), ya que este fruto no entra como partida del daño resarcible. Y esto es así tanto si la causa ilícita es compartida por ambos contratantes (art. 1.306-1.º) o si sólo está de parte del contratante que percibe los frutos (art. 1.306-2.º), ya que en este caso «el otro que fuera extraño a la causa torpe podrá reclamar lo que hubiere dado», y es claro que no dio estos frutos.

3.º) Si se cede en concepto distinto del de dueño, en una posesión que no conlleva la facultad de uso (art. 1.767, depósito), o la de disfrute (art. 1.741, comodato), la norma aplicable a este caso parece ser la contenida en el artículo 1.770, que obliga a devolver la cosa depositada con todos sus productos. Y creo que es así aunque la «causa torpe» esté de parte de ambos contratantes, pues el artículo 1.306-1.º habla de que no se puede repetir lo que se hubiera dado en virtud de contrato ni reclamar el cumplimiento de lo que otro hubiera ofrecido. Este artículo no puede entenderse en el sentido de que el depositario o comodante no puedan recuperar la cosa, ya que no se trata de contratos con prestaciones recíprocas (323). Y creo que junto a la cosa entrarán los frutos, puesto que éstos no constituyen la contraprestación a que se refiere el mentado artículo (324).

4.º) Si se trata de una restitución sometida al artículo 455 o se transmitió la posesión por un título cuya ineficacia obliga a la restitución de frutos (arts. 1.295, 1.303), tradicionalmente se consideraba que los frutos deshonestos formaban parte de la *omnis causa* de la restitución (325). Se ponía, normalmente, el ejemplo del poseedor de

(323) Cfr. en este sentido, DELGADO, *Comentarios*, 311 y s.

(324) Para GUILLOUARD, el depositario no restituirá las ganancias obtenidas por el uso ilícito del depósito (*Trait. du prêt, du dépôt et du sequestre*, 1892, 354).

(325) DONELLO, XIX, XIV, XXI; SACCO, *L'arricchimento*, 203.

la herencia que dedicaba a burdel un local incluido en la sucesión. Entiendo que para el Código civil es válido el siguiente principio: si entre el legítimo poseedor y el restituyente no media contrato, el artículo 1.306 es inaplicable, y el poseedor no puede excusarse de restituir el lucro ni tan siquiera alegando en su caso el principio *in pari turpi causa melior est conditio defendentis* (326), circunstancia que de hecho sólo podrá alegar mediante la prueba, irrelevante en este caso, de que el legítimo poseedor también se dedicaba anteriormente a obtener estos frutos «deshonestos».

Mas si hubo contrato entre las partes, el artículo 1.306 encuentra perfecta aplicación: si la causa torpe estaba de ambas partes no habrá lugar a restitución de ningún tipo. Si era sólo de parte del perceptor los frutos se restituyen normalmente.

g) «*Fructus meliorationis*»

Problema particularmente difícil de recibir una solución adecuada, en todo caso, es el conocido en la tradición anterior bajo el epígrafe institucional de *fructus meliorationis*. Se trata de decidir el alcance restitutorio que afecte a los frutos obtenidos por el poseedor a costa de una modificación del destino de la cosa. El problema no pertenece sólo a la doctrina de la restitución, sino que es propio de toda consideración jurídica a que se someta el disfrute de los bienes: saber si el rendimiento obtenido por una mejora de la cosa pagada con propios bienes debe ser restituido a un tercero (327).

En el Derecho común se mantuvieron dos interpretaciones distintas. Según la primera, los frutos obtenidos de la mejora realizada por el *malae fidei possessor* son restituibles (328). Según otra doctrina, estos frutos no eran restituibles, puesto que no se adquieren en cuanto poseedor, sino en cuanto dueño exclusivo de ellos (329). Recientemente se ha entendido también en Alemania y en Italia que los frutos obtenidos como consecuencia de una inversión que mejora el bien ajeno no son restituibles al titular de éstos (330).

(326) Sobre el alcance de esta *defence* en Derecho inglés, BIRKS, *Introduction*, 424 y ss.

(327) En España fue cuestión de política legislativa decidir si el diezmo del producto de las tierras alcanzaba también a los obtenidos de nuevas obras de regadío pagadas por el dueño. Puesto en práctica este diezmo por Felipe II, fue suprimido por Carlos III: CÁRDENAS, *Historia*, II, 265.

(328) COVARRUBIAS, *Variae Resol.*, I, VIII, 4.

(329) GARCÍA, *De expensis*, XXIII, núm. 54.

(330) LORENZ, *Staudinger Komm.*, § 818, núm. 14; KOPPENSTEIMER, «NJW», 1971, 588, 593; BARCELLONA, *Frutti*, 231, y *Restituzione*, 326; para este autor sólo se restituyen frutos de acuerdo a la antigua destinación.

Creo que la solución puede desglosarse en distintos supuestos:

1.º) En principio, no admite ninguna duda que el poseedor de buena fe o quienes por aplicación generalizada del artículo 453, se asimilen a él, no puede cobrar las mejoras por lo que importan para el dueño en valor reidual. En la mejora abonable no entra el fruto que el dueño obtenga o pueda obtener en el futuro de la misma (artículo 453). Obsérvese que ello también es así si la mejora no es abonable (cfr. art. 455 en relación con el 362 C.c.); en este caso, no se le puede pedir al legitimado que obtiene gratuitamente el valor de la mejora un reembolso por los frutos que en el futuro obtenga de ella.

2.º) No cualquier cambio de destinación puede valer como mejora en el sentido que estamos aquí tratando. De hecho, si así fuera, jamás se restituirían frutos. El alquiler de la casa ajena es, sin duda, un cambio de destinación si antes no se obtenía de ella ninguna renta, pero es claro que esta renta constituye fruto restituible, por más que el poseedor legítimo no los hubiera obtenido nunca de acuerdo a la antigua destinación. Con esto se quiere decir que un uso más rentable de la cosa no constituye sin más una ruptura de la regla de atribuciones de frutos del artículo 455. Por la misma razón no lo es la simple inversión de capital, o la aplicación de gastos y trabajo a la obtención de los provechos del bien restituible. Porque si así no fuera, estarían sobrando tanto el artículo 355-2.º como el artículo 356, que consideran la inversión y el trabajo como un coste en la obtención de provechos, no como títulos autónomos de apropiación.

Aun aceptando la dificultad existente para encontrar un criterio decisorio entre lo que es cuantitativo y cualitativo, entre lo que modifica o no el «estado físico» de un bien (331), entiendo que un simple incremento cuantitativo de la cosa productiva debido a la inversión de capital no es un cambio de destinación bastante para romper la regla de atribución del artículo 455. Quizá la expresión legal menos incorrecta que podemos utilizar sea la de «incrementos patrimoniales incorporados» a que se refiere el artículo 1.360 del Código civil (332). El incremento patrimonial se deduce del fruto como coste patrimonial del artículo 356 del Código civil.

3.º) La mejora que constituya un cambio del estado del bien, viene referida en el artículo 362 del Código civil, que la atribuye al legítimo poseedor sin correlativa obligación de reembolso de gastos. El problema radica en saber si el artículo 362 excluye o no la aplica-

(331) Véase a este respecto las dudas doctrinales que nacen en la interpretación del art. 1.045 C.c. sobre el cambio de estado «físico» del bien donado: CARRASCO, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, II, 1303 y ss.

(332) Cfr. RAMS, *Las accesiones en la sociedad de gananciales*, «ADC», 1985, 301 y ss.

ción cumulativa del artículo 455, o dicho de otra manera, si en el propio artículo 455 la obligación de restituir frutos percibidos se puede acumular a la exención de abono de gastos que no sean los de «mera conservación de la cosa».

De momento hay que hacer constar lo siguiente. Con carácter general la restitución de frutos percibidos (si se quiere, deuda de enriquecimiento) no puede compensarse con los gastos útiles hechos en la cosa y no reembolsables por el dueño. Aunque de hecho este último supuesto consista también en un enriquecimiento cuyo favorecido es el *dominus*. En segundo lugar, los frutos *percipiendi* de las mejoras no constituyen daños indemnizables al *dominus*, porque éste no ve frustrada ninguna ganancia, que sólo podía pretender de acuerdo a la antigua destinación. Por último, los frutos podidos percibir, en cuanto daño, son «compensables» con las mejoras de acuerdo a las resultas del principio de la *compensatio lucri cum damno*: es decir, si entre uno y otro media una «conexión interna» (*innere Zusammenhag*) de forma que la mejora constituya la condición esencial de la privación de un fruto de acuerdo a la antigua destinación.

Creo que aquí son relevantes los siguientes criterios: si la mejora restituible constituye al mismo tiempo un fruto, lo que puede ocurrir con las siembras y plantaciones de que habla el artículo 362, estos frutos se percibirán con el abono de gastos a que se refiere el artículo 356 («gastos hechos para su producción, recolección y conservación»). Si se entiende en un sentido muy amplio el concepto de «gasto necesario», abonable a todo poseedor, como lo ha entendido el Tribunal Supremo (333), incluyendo en ellos los gastos para conseguir una explotación más útil de los bienes, los frutos deberán restituirse, pues el restituyente ya cobra por el artículo 453 los gastos de inversión. Si la nueva destinación hace a la cosa integrarse en un proceso productivo del que no es sino un uso instrumental (vgr., la cafetera ajena robada, instalada en el propio restaurante), no se restituye el fruto, como tendremos ocasión de ver en el último capítulo de este trabajo. Si los frutos percibidos exceden con mucho a los que el legítimo poseedor pudiera haber percibido de acuerdo a la antigua destinación, creo en rigor que se deberá tener en cuenta esta circunstancia para limitar acaso la restitución de los *fructus meliorationis*. Si estaba en el curso normal de las cosas que esta destinación se hubiera producido estando el bien en manos de su legítimo poseedor, creo que los frutos son restituibles, siquiera con el preceptivo abono de gastos a que se refiere el artículo 356 (334). Y, en general, salvo que en casos especiales la solución peca de excesivamente inequitativa (porque ya de por sí el artículo 362 es bastante riguroso con el posee-

(333) SSTS 28-II-1968, 4-IV-1968.

(334) Las consecuencias de esta «disposición máxima a la forma» en PUFFENDORFF, II. 305.

dor), creo que no se corresponde con el sentido del Código la pretendida incompatibilidad entre restitución de las mejoras sin reembolso y restitución de los frutos obtenidos de esta mejora.

Uno de estos casos excepcionales donde la acumulación de restitución resulta irrazonablemente gravosa, se produciría cuando el rendimiento o utilidad apropiada como fruto por el poseedor se aplica enteramente a mejorar (sin reembolso) la cosa. Por ejemplo, todo el beneficio industrial o empresarial se aplica a la realización de inversiones que quedan en la cosa sin derecho de reembolso; en este caso carece de justificación una obligación suplementaria de restituir frutos.

2. La restitución de frutos en la entrega con función solutoria

a) *Obligación de dar*

El concepto de «obligación de dar» en el Código civil ha perdido el sentido riguroso que pudiera provenir del concepto romano de *datio*, esto es, la obligación de dar como equivalente a obligación de transmitir la propiedad (335). De hecho, el artículo 1.094, por ejemplo, así como el artículo 1.096, pueden aplicarse a todo tipo de obligación de dar, e incluso la aplicación paradigmática del primero parece ser la de las obligaciones de restituir una posesión titulada en concepto distinto del de dueño.

El artículo 1.095-1 no es aplicable, por tanto, a todas las obligaciones de dar, en el sentido lato de este término.

Ya dije en el capítulo VIII que este artículo no constituye la norma general que sirva para fijar el momento de restitución de frutos en todas las obligaciones de dar en sentido amplio, pues dada su conexión con el segundo inciso del mismo precepto, está pensada para aquellas obligaciones que transmiten la propiedad. Para otros supuestos (posesión temporal en concepto distinto del de dueño y posesiones sucesivas en base a la existencia de un título preferencial), ya dije que el artículo 1.096 me parecía el apropiado para definir el momento a partir del cual se debían los frutos.

En este epígrafe, sólo nos referimos a los supuestos en los que la obligación de dar tiene como función específica la transmisión de la propiedad (compraventa, art. 1.468 C.c.; sociedad, art. 1.687), o sólo la posesión en concepto de dueño que antes no se tenía. Con independencia de la diversidad de supuestos que esta última mención

(335) Este es el sentido cabal del término, como se muestra en POTHIER, *Obligations*, núm. 494. Cfr. BADOSA, 182.

puede contener, nos referiremos mucho más explícitamente al legado a que se refieren los artículos 882 y 883 (336).

b) *Frutos pendientes*

Entran en la restitución todos los frutos desde el día en que se perfecciona el contrato (art. 1.468) o se abra la sucesión (arts. 882, 1.533). Los frutos pendientes naturales o industriales entran en la entrega como *pars rei*, aunque ya estén «maduros» al tiempo en que nace el derecho (337), pues (si se trata de compraventa) se entiende que en este caso el vendedor ya los ha incluido en el precio. Esta es la razón que explica el «corte» entre los artículos 1.468 y 1.501-2. En este último se establece una obligación de abono de intereses del precio no pagado cuando la cosa vendida y entregada produzca frutos; la razón radica en que los frutos obtenidos de la cosa después de su entrega ya no se entiendan incluidos en el precio: de ahí la obligación de abono de intereses. Téngase en cuenta que los intereses del artículo 1.501-2 no son moratorios, pues éstos ya están previstos en el número tres del mismo artículo. Y de hecho, por los efectos de la mora y el modo de producirse ésta en las obligaciones bilaterales (arts. 1.100 y 1.500), en el artículo 1.501, párrafo 2.º, ya se habría producido la mora por el solo hecho de que el vendedor haya cumplido. Parece, por tanto, que los intereses por fruto del referido precepto que, repito, no son moratorios, deberá explicarse porque la obligación de pago del precio estaba aplazada. Lo cual, por su parte, tampoco deja de ser en cierta manera absurdo, pues si existió plazo, el beneficio que el comprador obtiene de ello se incluiría en el precio. Debería entonces pensarse, como hace García Goyena (338), que en este caso se trataría de un plazo concedido después del contrato (339).

La regla de reembolso de gastos del artículo 356 (*fructus intelligitur deductis expensis*) no tiene aplicación en este ámbito, ya que, como acabamos de decir, las expensas de producción de frutos ya habrán sido tenidas en cuenta para la fijación del precio. Tratándose de frutos del legado, se supondrá que el propio testador ha querido también atribuir gratuitamente por este concepto; el heredero recibe los bienes en el estado en que los dejó el causante y no tiene ninguna pretensión a una reintegración patrimonial distinta de la sola inoficio-

(336) Según ROCA SASTRE, el art. 882 no es aplicable al legado de cosa ajena (*Estudios*, II, 205).

(337) GARCÍA GOYENA, 740.

(338) *Conc.*, 758.

(339) Cuando el comprador está en mora, los intereses ex art. 1.501, párr. 3.º, se deben, aunque la cosa vendida no produzca frutos (MOLINA, Disp. 368).

sidad del legado. Estos frutos, sin embargo, entran en el valor del legado a efectos del cálculo de oficiosidad del mismo.

El principio afirmado según el cual el artículo 356 no es aplicable, puede en algún caso conducir a soluciones injustas. Así, por ejemplo, en el retracto convencional del artículo 1.519. En efecto, si el fruto ya estaba próximo a obtenerse en el momento de la venta, aumentaría sin duda el precio de venta pagado. Este precio es igualmente el del retracto (art. 1.518), cuando a lo mejor ya no existan frutos ni tan siquiera manifiestos en el momento en que se ejercita este retracto, con lo que el vendedor retrayente sale visiblemente empobrecido al perder el precio y el fruto (340).

De la misma forma que no hay abono de gastos, tampoco tiene el vendedor ni el heredero (a diferencia, por ejemplo, del retracto, art. 1.519) parte alguna en el producto líquido (341).

c) *Frutos percibidos después de la venta*

Según una opinión sustentada por Antonio Gómez (342), no entran en la restitución debida al comprador los frutos nacidos después de la venta y percibidos por el vendedor antes de hallarse constituido en mora. Distinto es el criterio del Código civil. Los frutos industriales o naturales percibidos después del momento en que nace el derecho a ellos y antes de la entrega, pertenecen al destinatario de la posesión, con independencia de la razón por la que hayan sido percibidos por el *tradens*. Aunque éste creyera incluso que la venta no había tenido lugar o que el legado era nulo, excluyendo la aplicación del artículo 451. Respecto a los gastos, el heredero o vendedor no pueden ser tratados según los casos, sino como un depositario, mandatario o gestor del destinatario. En ningún caso creo que se pueda exigir intereses del precio. Cabe, no obstante, que los nacidos y percibidos después de la venta o apertura de la sucesión pertenezcan al *tradens* si continúa poseyéndolos por medio de un «constituto posesorio» en razón de un título que da derecho a los frutos (arrendamiento, por ejemplo).

La misma regla creo que resulta de aplicación a los frutos nacidos antes de la constitución del derecho y percibidos con anterioridad a la entrega del bien.

(340) Cfr. GARCÍA GOYENA, 765.

(341) COVARRUBIAS, *Variae Resolut.*, I, XV, 2.

(342) *Variae Resolut.*, II, II, 11; igualmente, GARCÍA GOYENA-AGUIRRE, *Febrero*, número 2.439.

d) *Frutos percipiendi*

En principio (puede haber excepciones dependiendo del tipo de bienes) la diligencia prestable en la custodia de la cosa no alcanza más allá de su conservación de acuerdo al modelo del buen padre de familia (art. 1.094 C.c.). De esta manera, el *tradens* no está obligado antes de la entrega a procurar la obtención de frutos en beneficios del destinatario (340 bis).

En todo caso entran los frutos *percipiendi* a partir de la mora, fijada ésta de acuerdo con el artículo 1.100 y con las consecuencias indemnizatorias de los artículos 1.100 y 1.106 (343). Si la obligación es recíproca, la mora sólo tendría lugar de acuerdo a lo que establece el artículo 1.100 *in fine*, concretado en los artículos 1.466 y 1.500 (344). Si los frutos se restituyen desde un momento anterior a aquel en el que se perfecciona el título (vgr. venta de herencia, art. 1.533), el vendedor no responde los perdidos por su culpa hasta ese momento. De acuerdo a Dig. 18.4.2.5, podría aplicarse, no obstante, el artículo 457 del Código civil y deberá el vendedor al cesionario de la herencia el lucro cesante que dolosamente dejó de percibir.

e) *Frutos civiles*

Los frutos civiles no están regulados expresamente en el Código civil, por lo que respecta a la obligación de entrega del artículo 1.095. El artículo 882, sin embargo, se refiere a ellos, estableciendo que el legatario de cosa específica hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte.

Parece que en este punto son de aplicación las reglas generales:

1.^a) Si el vendedor, después de celebrada la venta, celebra con terceros un contrato o relación de cualquier otro tipo por la que obtiene un fruto civil, todo el fruto pertenece al destinatario, salvo que el *tradens* mantenga la posesión en un concepto que le permita la cesión del goce directo a un tercero (vgr. venta con reserva de usufructo).

2.^a) Las rentas devengadas antes del momento en que se tiene derecho al fruto, pero aún no pagadas, pertenecen al *tradens*, en cuanto titular del contrato, y no están sometidas a regla de prorrateo alguna. Los frutos civiles nacidos después de la venta por contrato anterior a ésta, pertenecen al vendedor en cuanto titular del contrato, *quia*

(342 bis) Sobre si el vendedor está obligado a cultivar la finca antes de la entrega, GREGORIO LÓPEZ, glos. «entregar», Part. 5,5,28.

(343) POTHIER, *Vente*, núm. 47.

(344) GARCÍA GOYENA, 740.

personalis actio non sequitur fundi possessionem (345). El comprador tendrá derecho a que se le restituya y a exigir que con la venta se le ceda, en cuanto accesorio del mismo (art. 1.097), el derecho del que nace el fruto civil (346). El deudor, por su parte, quedará libre de la obligación en el caso de los artículos 1.527 ó 1.164.

Tanto si la venta incluye la cesión del contrato como si no la implica, los frutos entre vendedor y comprador se distribuyen según el criterio normal de prorrata: el vendedor retendrá el dinero correspondiente a su tiempo de posesión durante el período de producción de los frutos civiles.

3.^a) En esta materia no es de aplicación una afirmación que dejamos hecha en el capítulo IX al referirnos a los frutos civiles del poseedor de buena fe. Allí dijimos que si el legítimo poseedor contrata con un tercero una relación en virtud de la cual se obtiene un fruto civil, y este deudor paga a su acreedor aun después de haber entrado en la posesión un tercer poseedor de buena fe, el propietario no estaría obligado a cederle a éste el dinero representativo del fruto civil. En el caso ahora estudiado, la razón es distinta. El vendedor o heredero deben estos frutos al comprador o legatario.

4.^a) El Código civil abandona un principio que de acuerdo al Derecho romano Covarrubias había formulado como *regla egregia* en la distribución de los frutos civiles (347): si el canon o renta es por frutos naturales que ya estaban percibidos en el momento de la venta, toda la merced, aun la no pagada, ni devengada, pertenecen al vendedor; la inversa, en el caso contrario. Se justificaba esta norma, propia del usufructo, en que el usufructuario no debería de percibir por la circunstancia accidental del arriendo, ni más ni menos de lo que percibiría disfrutando por sí mismo de la cosa. El rechazo de esta regla tradicional en el Código civil deriva de que hoy los frutos civiles no son ya frutos por el solo hecho de «representar» a los naturales e industriales (348).

f) *Frutos del subrogado*

Si por aplicación de los artículos 1.182 y 1.183 la entrega se ha hecho imposible y el deudor no está obligado a responder de dicha pérdida, entran en la entrega los frutos del subrogado, que a tenor del artículo 1.186 correspondan al acreedor como cómodo representativo (349). Si el subrogado es una cantidad de dinero, entran los intereses legales.

(345) GÓMEZ, *Variae Resolut.*, II, II, 11.

(346) MOLINA, Disp. 368; COVARRUBIAS, *Variae Resolut.*, I, XV, 3.

(347) *Variae Resolut.*, I, XV, 1.

(348) GARCÍA GOYENA, 221.

(349) EMMERICH, *Münchener Kommentar BGB*, § 281, núm. 17.

g) Otros provechos

Aunque no tengan el carácter de frutos, entran en la restitución las plusvalías de la cosa adquirida, desde el momento de la venta (o legado, etc.). El principio es el mismo que el contenido en el artículo 456. De esta forma, el posterior aumento de valor de la madera comprada constituye un beneficio del comprador, aunque el mayor volumen de los pinos se obtenga a costa de su permanencia en el terreno (S. 29-4-1947). Ni existe enriquecimiento injusto cuando por efecto del tiempo el piso vendido sube de precio (S. 20-11-1983).

3. Obligación de entrega de cosa genérica

El régimen disciplinado en los artículos 882 y 1.095 no es aplicable cuando la cosa debida está determinada sólo como perteneciente a un género. El Código no resuelve en estos casos (cfr. art. 884) el momento a partir del cual se deben los provechos. Simplemente consta, por lo que se refiere a los legados, que, en principio, éstos no se deben desde la muerte del testador (art. 884).

La solución creo debe venir dada por la relevancia del momento marcado por la mora del deudor. El obligado a la entrega debe frutos desde que se ha constituido en mora, obligación de entrega que —fijada retroactivamente desde ese momento— se hará efectiva respecto a los frutos de la cosa sobre la que definitivamente se concentre la obligación. Todo ello es independiente de que, antes de la mora, se haya producido la concentración o especificación de la obligación. En este caso, es a partir de este momento cuando se deben los provechos de la cosa. Esta obligación no produciría eficacia retroactiva, de manera que se debieran los frutos desde el momento de la venta o legado (arg. ex art. 884); en efecto, aplicaríamos el artículo 1.095 para determinar que estos frutos se deben «desde que nace la obligación de entregar» la cosa, y esta obligación no nace sobre la *res certa*, sino desde la especificación (349 bis).

La regla de la relevancia decisiva de la mora creo que resulta igualmente de aplicación a las hipótesis de *restitución* cuando el objeto de la misma no es una *res certa*, sino una cosa determinada sólo como perteneciente a un patrimonio. Fundamentalmente en aquellas normas que disciplinan la protección de la legítima sucesoria, cuando ésta ha de ser satisfecha con bienes hereditarios concretos (no así en el art. 829). Se trata fundamentalmente de las acciones de com-

(349 bis) Sobre el alcance del art. 884, vid ALBALADEJO, *Coment. C.c y Comp. forales*, X, 1.º, pp. 7, 305 y ss.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, pp. 183 y ss.

plemento sobre bienes hereditarios (art. 815), la reducción de legados inoficiosos (arts. 820 y ss., siempre que ya estén en poder del legatario), o las reclamaciones de legítima en supuestos de preterición o desheredación injusta (arts. 814, 851), etc. Igualmente las rescisiones particionales de los artículos 1.077 y 1.080.

En las deudas de dinero, la especificación de la cantidad no produce efecto alguno en cuanto al pago de intereses. Esta obligación viene determinada por la mora, producida en cualquiera de sus formas (art. 1.108). Esta es, por ejemplo, doctrina común del Tribunal Supremo en materia de legados de dinero (350).

4. Liquidación de frutos pendientes

a) *El sentido de la expresión frutos pendientes*

En el régimen del Código civil, la expresión frutos pendientes sólo parece aplicable a los naturales e industriales (arts. 452 y 472). Esta presuposición ha sido posible por una errónea formulación de la regla de adquisición por días de los frutos civiles. Según el artículo 451 estos frutos se producen por días; para el artículo 474 se perciben por días. Esto es erróneo, porque los frutos civiles nacen cuando vence o se devenga el crédito por la cantidad de dinero que aquellos frutos suponen. La renta como fruto nace cuando surge la obligación de pagarla, y el dividendo cuando se aprueba su distribución. Los frutos civiles no se adquieren por días, sino que se reparten por días. En consecuencia, salvo casos raros, lo normal en esta sede será la regla de prorrateo, de forma que quien los adquiera por ser titular del contrato o de la relación de la que nace el fruto estará obligado a comunicar al anterior o posterior poseedor la cantidad de dinero equivalente a los días de posesión.

Que los frutos civiles no se adquieren por días lo prueba el artículo 1.806 del Código civil. Esta norma no excepciona la regla de producción por días, sino la obligación de comunicar a un tercero parte de la renta pagada cuando el rentista fallece sin haber vivido durante todo el tiempo correspondiente al plazo pagado. Otro tanto en el legado de pensión del artículo 880 del Código civil. El titular del crédito en estos casos adquiere el fruto civil en cuanto tal titular en el momento del pago; lo que hace en estos casos la ley es eximir del deber de comunicar *por días*.

El régimen del reparto por días es aplicable a todo sistema de restitución de frutos civiles, por remisión de las normas de la pose-

(350) Puede consultarse en GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado*, pp. 195-6.

sión o usufructo. Será aplicable a los gananciales (350 bis), a los frutos a entregar por el obligado a dar una cosa, en el retracto convencional, etc.

b) *Frutos pendientes naturales e industriales*

El régimen de liquidación de frutos pendientes industriales antes de la entrada en vigor del Código civil respondía en nuestro Derecho a una variedad de criterios. Los frutos pendientes del mayorazgo se dividían a prorrata del tiempo una vez deducidos gastos. Si aún no estaban pendientes, el sucesor llevaba todo con abono de gastos. En usufructo y enfiteusis pertenecían al poseedor sucesor con abono de gastos. Para el Fuero Real (3.4.10) los frutos gananciales pendientes se partían por mitad, igual que cuando el fruto no fuera manifiesto, pero hubiera sido común el gasto, salvo que la finca estuviese sólo barbechada, en cuyo caso los herederos del fallecido sólo cobran expensas hechas (351).

En el proyecto 1.851, los frutos de la dote y de los gananciales siguen el sistema de la P. 4.9.26 y 4.11.26, pudiendo el marido retener los de la mujer en razón de expensas (351 bis); el reparto se hacía en proporción a la duración del matrimonio en el último año. Mucho menos claro era el artículo 1.380 del Código civil en su versión 1889, que remitía al prorrateo según las normas del usufructo, cuando en este instituto precisamente sólo los civiles estaban sujetos a dicho prorrateo (352).

El sistema del Código civil ha reproducido esta prolijidad del derecho anterior y sólo ha prescindido de tener en consideración los frutos no manifiestos o no nacidos, y por desechar la distribución simple por mitad cuando se trata de gananciales.

No parece, en cambio (a pesar de la expresión del art. 1.519), que se haya desechado la regla del Dig. 24.3.7, según la cual si el fruto industrial se produce en períodos superiores al año se computará para el prorrateo todo el período de producción (cfr. art. 1.577), es decir, la duración relativa de la posesión durante el tiempo de producción: si el árbol se corta cada diez años y la posesión dura nueve, corresponderán al poseedor 9/10 del producto líquido.

(350 bis) Para GARCÍA GOYENA era aplicable a la dote, aunque el párr. 1.851 no mencionase estos frutos, especialmente en el art. 1.306 (*Conc.*, 703). Otro tanto a los gananciales del art. 1.323 del Proy.

(351) GARCÍA GOYENA-AGUIRRE, *Febrero*, núms. 2.450 y ss.; COVARRUBIAS, *Var. Resolut.*, I, XV, 4; GÓMEZ, *Ad Leg. 53 Tauri*, núm. 71.

(351 bis) Para POTHIER, *Communauté*, núm. 207, a la comunidad matrimonial le eran aplicables en este punto los principios del usufructo.

(352) Cfr. el estado de la doctrina en LACRUZ, *Dote*, «NEJ», 889.

En el Código civil se siguen tres sistemas de distribución:

1.º Regla del prorrateo [arts. 452, 1.380 (antiguo), 1.519]. El prorrateo queda fijado por los días de posesión durante el periodo de producción del fruto natural o industrial, que para el artículo 1.519 (no en el artículo 452) queda normativamente fijado en el último año (353). En este sistema de distribución el poseedor antiguo sólo tiene un crédito de dinero contra el poseedor actual, y no sufre el riesgo de que, separados los frutos, parezcan después por caso. A esta pretensión al producto líquido es, por supuesto, compensable la deducción que por gastos o cargas correspondan al anterior poseedor por la regla de prorrateo. Si estos gastos ya se pagaron antes de sucederse en la posesión, el poseedor saliente acumulará su crédito de frutos con la pretensión de abono de gastos y cargas al poseedor entrante, según los que le corresponderían por la distribución a prorrateo.

2.º Regla de atribución por separación, sin comunicación de productos líquidos ni abono de gastos. Se recoge en el artículo 1.519-1.º y en el artículo 472, por lo que respecta a los frutos pendientes al comenzar el usufructo; también en los artículos 882 y 1.468. Se explica este sistema porque los frutos pertenecen a la *omnis causa* que ya habrá sido tomada en cuenta para la fijación del precio de venta, o que por conjetura se entiende así también atribuido al legatario de cosa cierta o de usufructo por parte del testador.

3.º Regla de atribución por separación con abono de gastos. Este sistema puede coincidir con el primero, como demuestra para la posesión el artículo 452. Se refiere a este modelo el artículo 472, en lo referente a los frutos pendientes al cesar el usufructo. Deberán ser aplicables la cesación de la posesión por fideicomiso o reserva. Dado que el Código civil carece en materia de gananciales de una norma específica, parece que igualmente deberá ser aplicable a este supuesto, tanto más cuanto se ha perdido hoy la referencia más cercana de la dote, que acaso hubiera impuesto aquí el sistema de prorrateo. En este caso, los gastos de producción serán crédito a favor de la comunidad que se compensará con los que el cónyuge tenga contra el consorcio o se deducirán de su haber partible.

c) *Frutos civiles irregulares*

Estos frutos plantean un problema particular porque el Código civil no parece referirse a ellos, sino en el supuesto concreto del artículo 475 del Código civil. La participación en beneficio de una socie-

(353) En el Derecho tradicional francés se siguió en materia de retracto el criterio de la separación con abono de gastos (POTHIER, *Trait. des retraits*, núms. 400 y siguientes). En el «Code», ante el silencio del art. 1.673, se opta por desechar las normas del usufructo y se impone el criterio de prorrateo, como en los civiles (LAURENT, XXIV, número 508).

dad se considera fruto civil, dice el precepto, cuando su reparto no tuviese vencimiento fijo.

Este artículo pone primeramente de manifiesto lo erróneo que sería considerar que no son frutos civiles aquellas prestaciones que no suponen una renta de sustitución. Lo son, y como manifiesta este precepto, están sometidas a las reglas del reparto por días, con independencia de que la «adquisición» se produzca en cada momento en favor de quien sea titular del derecho a la participación del beneficio.

A diferencia de lo que entendió la STS 5-1-1925, el artículo 475 no admite aquí un argumento *a contrario*. No se puede decir que si la participación tiene rendimiento fijo no estamos ante un fruto civil sometido al principio de reparto por días. El supuesto de esta Sentencia consistía en dilucidar si el vencimiento de la participación a primeros de enero, y por ejercicio económico del año anterior, corresponde en su totalidad a los actuales titulares o bien si se reparte por días con los herederos del usufructuario, fallecido en diciembre del año del ejercicio al cual se imputa la participación. El argumento correcto de la sentencia hubiese sido el *a maiore*, y los rendimientos se repartirían a quien fuese titular de crédito, pero sometido a la obligación de comunicar al poseedor anterior.

Y a esto no se opone el artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues este artículo no pretende regular los derechos que sobre los dividendos correspondan al usufructuario o sus herederos cuando se repartan una vez finalizado el derecho, pero con cargo al ejercicio en el cual el usufructo estuvo vigente. El artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas sólo se preocupa de establecer una legitimación por parte de la sociedad para pagar al propietario, no para eximir a éste de liquidar posteriormente estos frutos con los herederos del usufructuario.

d) *Beneficio neto empresarial*

Ya hemos dicho en otro capítulo que el beneficio neto empresarial puede ser caracterizado tanto como un fruto industrial irregular o también como un fruto civil irregular. La única importancia práctica que conllevaría una u otra caracterización es la de averiguar el régimen liquidatorio de estos frutos pendientes. Yo creo que la única solución correcta es la del prorrateo con abono de gastos, principio que para el Código civil no es incompatible con la naturaleza de los frutos industriales, y que parece congruente con el tipo de fruto al que ahora nos referimos, dado que el criterio del «alzamiento» o «separación» no tienen aplicación lógica a los frutos de una empresa.

e) *La percepción de los frutos irregulares*

Tanto para el fruto consistente en la participación en beneficios como para los que consistan en el beneficio empresarial neto, creo incorrecto mantener que el derecho a los frutos no nace sino en el momento de la aprobación del balance, y en su caso, acuerdo de distribución, y que, en consecuencia, pertenecerían por esta razón a quien en dicho momento tuviese derecho a los frutos. Ciertamente, quien pretende la restitución de estos provechos como frutos civiles (por ejemplo, un dividendo) no puede reclamar del poseedor actual lo que éste aún no ha recibido como fruto. Pero la decisión de repartir sólo establece quién es el titular del derecho frente a la sociedad, no quien sea el titular al que en una determinada medida le deban ser comunicados los frutos.

Si se reivindica una explotación mercantil, el poseedor no puede negar la restitución de provechos recibidos alegando que no se adquirieron frutos hasta el momento de la aprobación del balance, y que nada ha adquirido entretanto.

Lo que sí debe esperar al momento de fijación del resultado económico es el derecho al abono de gastos de producción de los frutos a que se refieren los artículos 356, 452 y 472. El poseedor que cede la posesión no tiene derecho a ellos sino en el caso de que la gestión resulte positiva, pues se pagan del rendimiento líquido, y no puede exceder de ellos. Si en lugar de gastos son deudas contraídas, no puede obligarse al sucesor en la posesión a subrogarse en ella, dada la posibilidad de un resultado económico deficitario.

5. El principio *fructus non intelligitur nisi deductis expensis*

a) *Alcance*

La fórmula que contiene la norma enunciada en este epígrafe se utiliza en las fuentes con un doble alcance.

En primer lugar, constituye un elemento integrante en la definición misma de fruto, pues sólo consta ser fruto lo que reste, deducido el gasto (Dig. 24.3.7). Es el líquido lo que «se contiene en el nombre de fruto» (Códex 7.51.1). En segundo lugar, dicha regla es un fundamento de restitución de gastos de obtención del fruto, basada en el principio de que el actor no debe conseguir lucro con detrimento de un tercero (Dig. 5.3.36 y 38).

Hoy diríamos que la regla *nisi deductis* es una variable que define el concepto de fruto restituible; sólo el producto líquido entra en la restitución, y al poseedor se le permite detraer y cobrarse esos gastos como una partida que minorra el alcance del rendimiento restituible.

Al propio tiempo, la referida regla demuestra que en el Código civil el trabajo no es un factor de producción-atribución de provechos, sino un coste deducible (354).

b) *El artículo 356 del Código civil*

Según este precepto, el que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación.

Este precepto no deja de tener una curiosa ambigüedad, pues aparece en un lugar donde se regula la pertenencia de los frutos, no donde se recogen obligaciones de restitución. La ambigüedad se acentúa por los diversos significados que contiene esta regla:

1.º) Constituye en primer lugar un principio general sin necesaria concreción a un determinado supuesto de hecho posesorio. Dice que el tercero en general debe ser reembolsado. Es norma que por su misma dicción encuentra aplicación al ámbito contractual o en el seno de relaciones jurídicas tituladas. Es aplicable al simple trabajador por cuenta ajena o al coheredero que gestiona los bienes de la comunidad. Generalización de la regla de interdicción del enriquecimiento que, sin embargo, no ha de tener aplicación en todo caso. Piénsese en lo que en este capítulo hemos dicho sobre la restitución de los frutos en los artículos 1.095 y concordantes.

Se completa en este sentido con la preferencia que respecto de determinados bienes muebles reconocen los artículos 1.922-6.º y 1.926-3.º, normas que están pensando, sin duda, en una relación contractual entre el perceptor del fruto y el acreedor por semillas, gastos de cultivo y recolección.

El Tribunal Supremo afirma en sentencia de 9 de febrero de 1949 que dicha norma es aplicable a la restitución derivada de la nulidad del artículo 1.303.

2.º) Constituye un criterio de fijación del enriquecimiento fundado en el ahorro de gastos. Todo aquel que de acuerdo a derecho tenga reconocida una pretensión al lucro obtenido por un tercero, debe descontar de la reclamación lo que se ahorra por no haber tenido que realizar él mismo dicha obtención. De acuerdo a ello, no sólo es aplicable al fruto, sino a cualquier otro tipo de provecho. Por ejemplo, el coheredero que ejercita un retracto convencional perteneciente a la herencia pagando con su propio dinero.

(354) Cfr. DÍEZ-PICAZO, «RCDI», 1978, 470.

El «tercero» a quien se refiere el precepto puede ser un tercero cualquiera. Imagino como posible al tercero contratado por el poseedor restituyente de frutos, el cual sea insolvente para pagar el salario; esta norma dejaría abierta la posibilidad de ejercer contra el destinatario final del provecho una acción de enriquecimiento por la ventaja mediata que el beneficiario final obtiene por intermedio del poseedor restituyente.

3.º) Es una regla posesoria aplicable a todo supuesto de restitución de frutos; en posesión de buena fe de acuerdo al artículo 452; en posesión de mala fe por el artículo 455.

4.º) La regla *nisi deductis* es un criterio de atribución de cargas del goce cuando alguien disfruta de un derecho sobre bienes ajenos. Establece el principio de que el perceptor no puede cobrarse del dueño los gastos de realización de su propio derecho de disfrute. Por ejemplo, la sociedad de gananciales que sufraga los costes de disfrute de los bienes privativos (art. 1.362-3.º C.c.). Es igualmente una regla de imputación, al establecer cuál es el montante de los frutos cuando un tercero tiene derecho a ellos para aplicarlo a la satisfacción del crédito que tenga contra el dueño del bien; así, en los artículos 1.868 y 1.882, sólo se entenderán imputados al capital o intereses los frutos líquidos, descontados los gastos de producción. Y no ha de pagarlos el acreedor, ya que en el fondo el beneficio es del deudor que ve reducida su deuda.

5.º) El artículo 356 del Código civil no se reduce en su aplicación al fruto percibido. Ciertamente, en cuanto descansa en el principio de deducibilidad del ahorro de gastos, no existe dificultad en aplicar esta regla a los frutos *percipiendi*, de manera que quien restituya este fruto podrá descontar del daño el ahorro de gastos con que se haya favorecido el legítimo poseedor por no haberlos podido obtener (355). Constituye, sin duda, la más obvia aplicación del principio de la *compensatio lucri cum damno* (356).

c) Límites de aplicación del artículo 356 del Código civil

La norma contenida en el artículo 356 del Código civil no es, a pesar de su formulación genérica y de su aparente obviedad, un principio que encuentre aplicación en todo caso de restitución de provechos.

1.º) En rigor, el campo específico de aplicación del principio *nisi deductis* lo constituye la restitución por posesión indebida. Pero no es de igual modo el caso cuando la sucesión en la posesión se produz-

(355) MOLINA, Disp. 355.

(356) THIELE, *Gedanken zur Vorteilaussgleichung*, cit., 201.

ca por cesación del título de posesión válida o porque la obligación de entregar frutos nazca como consecuencia de una entrega como instrumento de transmisión de un derecho real o de una nueva posesión en concepto de dueño. Ni los frutos pendientes de la finca vendida con derecho de retracto (art. 1.519-1), ni la cesación de la posesión a la que sucede una detentación usufructuaria (art. 472), ni la obligación de entrega de frutos como accesoria de la de transmitir la propiedad o posesión en concepto de dueño de la cosa (arts. 1.095, 1.468, 882 C.c.) responden al meritado principio. En estos casos, o bien estos gastos se entienden igualmente atribuidos gratuitamente por el testador en favor del sucesor de la posesión, o se presuponen incluidos en el precio o se compensan impropriamente con la no obligación de reembolsar por su parte estos gastos cuando al cabo del tiempo se recupere la posesión perdida (así en el retracto).

2.º) El Código civil evita el efecto previsto en el artículo 356 cuando se dispone que el perceptor de frutos de bienes ajenos esté exento de rendir cuentas de su gestión. Es el caso de los padres del artículo 165 o del cónyuge del artículo 1.439 del Código civil. En estos casos, la Ley priva al titular del patrimonio del residuo líquido del provecho por presuponer que el perceptor (padre, cónyuge) los destina a necesidades que *inexcusablemente deberían ser cubiertas* por el titular de los bienes. Pero igualmente exime al titular de los bienes de abonar los gastos de obtención por parte del tercero, al ser igualmente debidos como carga familiar y/o al haberse ya cubierto este coste con los frutos.

d) *Alcance del derecho de reembolso*

El coste de obtención del fruto no puede imputarse al sucesor en la posesión en una medida mayor que el rendimiento que este mismo obtiene de estos frutos. En caso contrario, el sucesor en la posesión sufriría el riesgo de una gestión deficitaria del anterior poseedor. Sólo cuando media un título que actúe de tal forma desplazando el riesgo puede legitimarse una obligación de abono superior al provecho obtenido por el *dominus*. Ocurre esto, por ejemplo, en el mandato. Fuera de estos casos, el poseedor sigue asumiendo el riesgo de su gestión aun después de haber cesado en su posesión. Así, por ejemplo, si entregada la finca al propietario, una adversidad climatológica frustra la cosecha, éste no ha de pagar los gastos de obtención del artículo 356, ni aunque el poseedor haya gestionado el bien con diligencia. A menos todo ello que la pérdida se produzca por hecho propio del sucesor.

Y creo que ello es así incluso en el caso (cfr. art. 452 *in fine*) de que la Ley conceda al sucesor en la posesión la posibilidad de liberarse de este reembolso y de la entrega del producto líquido pro-

porcional mediante el expediente de permitir al poseedor saliente continuar él la posesión durante el tiempo que falta para la obtención y percepción del fruto.

e) *El reembolso del valor trabajo*

Salvo alguna excepción (cfr. art. 62 LAR), el trabajo del poseedor no es un gasto en la cosa, abstractamente considerado, que faculte para repercutir al sucesor en la posesión un reembolso por el mismo. Y ello tanto si este valor-trabajo es medido en el coste de producción como si se considera el coste de reproducción, es decir, lo que valdría ahora la realización de una actividad similar. Esto significa que el poseedor no se empobrece con efectos relevantes jurídicamente por el mero hecho de prestar una actividad que, de mediar contrato, sería retribuida. Ahora bien, esto no quiere decir que para el sucesor en la posesión tal prestación no constituya un enriquecimiento. Y todo dependerá en ello si se ha ahorrado gastos. El salario de terceros pagados por el perceptor es un gasto en el sentido de coste deducible del artículo 356. Pero el propio trabajo sólo será un gasto si con él se ahorra el dueño un dinero que de otra forma tendría que haber pagado.

No habrá ahorro de gastos si el sucesor hubiera obtenido estos provechos por sí mismo, o si acaso ya tenía contratados o pagados a terceros para que lo hiciesen. Y además, estos costes hechos por el dueño servirán también para calcular si el producto neto supera o no los gastos del artículo 356. En efecto, si su propio coste supera al beneficio neto, no ha de pagar con él los gastos realizados por el restituyente de frutos. Y si no lo superan, sólo habrá de computarse como beneficio neto —a cuyo cargo se abonan los costes del artículo 356— la diferencia que resulte entre su propio coste de obtención y el beneficio total. Naturalmente, ello siempre que los frutos los perciba el sucesor en la posesión (art. 452). Si los percibe el restituyente, será él quien descuenta del fruto restituible los costes de obtención.

Por supuesto, la no indemnizabilidad del valor trabajo con carácter general cederá ante alguna norma especial. Así, por ejemplo, el trabajo de un cónyuge sobre sus propios bienes o los de su cónyuge se considera como impensa ganancial restituible a tenor del artículo 1.359 del Código civil. El trabajo del nudo propietario en los casos de los artículos 494 ó 520 es deducible del fruto líquido entregable al usufructuario en cuanto precio de administración de la cosa usufructuada.

Igualmente ocurre con los contratos sinalagmáticos resueltos o anulados cuando una prestación consiste en una obra o servicios ya reali-

zados en todo o en parte. La restitución del precio pagado por la obra o servicio deberá hacerse descontando el valor de la otra pretensión. Y este valor no deberá ser determinado por criterios extracontractuales («gasto» o «impensa» del 453, o valor objetivo del servicio según como sus causas contractuales), sino que el mismo precio contratado mide el valor de esta prestación restituible; por más que el vínculo haya perdido su eficacia, el sinalagma, aun desapareciendo el vínculo, sigue produciendo su eficacia.

Fuera de estos casos donde el Código civil permite recuperar el valor trabajo como impensa *in fructu*, la jurisprudencia elabora algunos más. Unas veces acude a principios cuasi contractuales para admitir que la prestación de un trabajo se recupere mediante las normas del enriquecimiento injusto o de la gestión de negocios (cfr. STS 4.^a, 13-7-1984). Otras veces se da por admitido que la prestación de la actividad personal de un tercero hace suponer existencia de sociedad tácita entre las partes, con derecho de participación en las ganancias comunes (STS 7-10-1978).

f) *Impensas en la cosa e impensas en el fruto*

Tradicional ha sido el intento de los romanistas por deslindar las impensas en el fruto, abonables por el artículo 356 a todo restituyente de provechos, y las impensas en la cosa, sometida al más restrictivo régimen de los artículos 362 y 455. Dificultad a la que se añade la frecuente coincidencia entre las «impensae in fructus» y los gastos de conservación ordinaria, es decir, la distinción entre los gastos «*gratia fructum*» y los gastos «*ad temporalem utilitatem fundi*» (357). La dualidad capital-renta es la primera guía que se presenta al intérprete. Si los gastos afectan al capital, la impensa será *in rem* y seguirá el régimen de abono de los artículos 453 y ss.; si son gastos para la obtención del rédito serán impensas *in fructu* sometidas al artículo 356. Pero lo cierto es que el criterio resulta convertible: una impensa de inversión aumenta el rédito actual o futuro (de ahí el principio clásico de que todo abono de gasto de inversión debe restar el rédito obtenido por quien pretende este abono); a la inversa, en una economía como la actual, en la que el rédito de los bienes no puede mantenerse con la realización de simples gastos mínimos de administración periódica, toda explotación capitalista de un bien exige inversiones de capital cuya rentabilidad no necesariamente debe verse actualizada en períodos económicos coincidentes con aquel en que se realice la inversión.

(357) PETRAZIKY, *Die Lehre vom Einkommen*, 1893, I, 151 y ss.; RICCOBONO, *Distinzione delle impense e la regola fructus intelligitur deductis impensis*, «Arch. Giur.», 1897, 62 y ss.; RICCA BARBERIS, *Le spese sulle cose immobili*, 1914, 10 y ss.; Cfr. BADOSA, *La negligencia*, 428, not. 170.

Esta dificultad acaba también con la posibilidad de utilizar criterios de distinción basados en la periodicidad del gasto. De hecho, como prueban las fuentes, sólo puede ser útil un difuso criterio estimativo: impensas en la cosa son las que, a diferencia de los frutos, no eran «modicae» (Dig. 25.11.2.15). Pero ni tan siquiera constituye un criterio hoy seguro.

Que no hay una distinción precisa se prueba con los gastos de plantación y siembra de que hablan los artículos 361 y 362. De hecho, en el Código civil existe una contradicción entre los artículos 356 y 451 de un lado y el artículo 361 del otro. Por el primero, los gastos de siembra y plantación se abonarían como impensas en el fruto; por el segundo, como mejora en la cosa capital, y además no se prorratean las siembras y plantaciones pendientes. Otro tanto ocurre con los artículos 356 y 362. El derecho de reembolso que por estos gastos le reconoce el artículo 356 se lo niega el artículo 362. Y decir, por ejemplo, que el artículo 356 se aplicaría a los frutos percibidos mientras el artículo 362 se reduce a los pendientes (358), sobre no responder a un criterio razonable, no serviría para la contradicción advertida también para la posesión de buena fe. Pretender que el artículo 356 no es aplicable al poseedor de mala fe es inaceptable, pues la tradición demuestra que es precisamente para él para quien la norma estaba pensada (Dig. 10.2.51; 5.3.36.5; P.3.28.39).

Creo, a pesar de toda la inherente dificultad de discriminar criterios, que se pueden ofrecer algunas conclusiones seguras:

1.º) Respecto del poseedor de buena fe, el artículo 361 no excluye el artículo 452; deberá comunicarse la parte proporcional de los frutos pendientes. Si el cultivo no cambia la antigua destinación, estos gastos se abonarán por los artículos 356 y 452; si este cambio se produce, se abonarán por los artículos 361 y 453.

2.º) Si los gastos para conseguir un cambio de destinación en los bienes (auténtica *impensa in rem*) son abonables al poseedor de mala fe como gastos de obtención del fruto del artículo 356 (359), entonces a mí no me supone duda alguna una cuestión que en este capítulo hemos afrontado; a saber, la del alcance de la restitución de frutos de la mejora; en este caso todos los frutos, incluso los obtenidos por el cambio de destinación de la cosa, serían restituibles al poseedor legítimo. Más aún, me inclino a pensar que ésta es la solución a la dificultosa relación entre los artículos 356, 362 y 455: todos los frutos obtenidos serían restituibles, pero se deducen de ellos los

(358) Cfr. MANRESA, III (1893), 177; RICCA, *ob. cit.*, 63 y ss.

(359) Como piensan BARCELLONA, *Restituzione dei frutti*, 310, 314, y DELGADO, *Adquisición*, 632.

gastos hechos por el poseedor para conseguir un estado de la cosa tal que se hiciera posible las mayores utilidades obtenidas de la cosa.

3.º) El artículo 356 del Código civil habla de «obligación» de abonar. No se puede estar refiriendo, por tanto, al solo derecho de deducción de los costes del montante líquido de frutos restituibles. El artículo 356 no es en este sentido una regla general que admita una excepción en razón de especialidad por el artículo 362. Más bien parece que el artículo 356 sólo deba ser exceptuado por el artículo 362 cuando el supuesto de hecho de este último no merezca el carácter de fruto y difícilmente será ello así en las mejoras por plantación y siembra.

g) *Costes de obtención del beneficio empresarial*

El artículo 356, debidamente adecuado, es la norma aplicable a la restitución del beneficio empresarial neto. El rendimiento empresarial es una variable económica del gasto, y éste es presuntivamente productivo: el gasto se imputa a cargo del rendimiento y se distingue así de la inversión de capital (360).

Es por esta vía por la que debe resolverse el problema de la restitución del beneficio empresarial neto, y no por la de negar que constituya un fruto sujeto a las reglas generales. Como ya se ha dicho en otra ocasión, el artículo 455 no limita la restitución de frutos al mantenimiento de un destino preexistente en la cosa, incluso porque el propio artículo 362 no valora a efectos positivos el cambio de destino que el poseedor de mala fe haya podido imponer favorablemente a la cosa.

Todo el gasto de obtención del beneficio será deducido de éste cuando se sujete a restitución. Y aquí las fronteras entre impensa y en la cosa y en el fruto son absolutamente huidizas. La asignación de gastos no puede hacerse aquí poniendo en relación unos costes determinados, pues existen costes comunes no aplicables en general a ninguna operación, y costes fijos que no varían por variar en la empresa la utilización de determinadas variables (361). La labor de fijación del coste deducible puede ser muy dificultosa, ya que existen costes separados en el tiempo de los provechos a que pueden ser imputados, e incluso pueden unos y otros estar reflejados en balances de distintos períodos o ejercicios económicos.

Generalizando la enumeración que contiene el artículo 105 de la Ley de Sociedades Anónimas podemos enumerar entre estos costes

(360) ALBIÑANA, *El beneficio*, cit., 183.

(361) SÁNCHEZ CALERO, *La determinación*, cit., 33. BALLESTERO, *Principios de economía de la empresa*, 1985, p. 209.

deducibles los sueldos pagados a un tercero o cobrados por el perceptor por su propio trabajo. Las amortizaciones del capital serían igualmente deducibles, tanto si se pagó esta amortización sobre los bienes ajenos poseídos como si se trata de la amortización de los bienes propios que el perceptor de frutos emplea en la obtención de los mismos. Son deducibles igualmente los seguros sociales y los impuestos, pero no los gastos extraordinarios de reforma. Si las reservas obtenidas en el período económico o en otro anterior se aplica a la cobertura de estos gastos, dicha reserva, en cuanto fruto, no es restituible en la parte de la misma que el perceptor haya aplicado a la obtención del fruto restituible. No entra en el margen de costes deducibles el precio de inmovilización de un bien o capital productivo, es decir, la renta que podría haberse obtenido en una utilización alternativa. Tampoco son deducibles los gastos que, al no haber sido incorporados al proceso productivo, no son económicamente costes. Si serán, en cambio, costes deducibles el «coste de comercialización» del producto (vgr. se venden espumas de baño y con cada bote se regala un peine). Son costes, en fin, los intereses y la renta de la tierra (362).

XIII. RESTITUCION DEL USO

Bajo el enunciado de «restitución del uso» se entiende aquí la restitución de un determinado valor, el del uso de los bienes, sin conexión con el disfrute de los mismos, y que no dé lugar a deterioros ni menoscabos en la cosa poseída. En el primer caso, siendo el uso condición del disfrute, la restitución es propiamente restitución de frutos, y en ella queda embebida. En el segundo caso, el problema es puramente de reparación de los daños materiales. Una restitución del uso sin disfrute tendrá normalmente su campo de aplicación principal en el ámbito de los bienes muebles, o de los inmuebles no fructíferos, por ejemplo, un inmueble urbano.

El siguiente ejemplo puede servir para delimitar con claridad el supuesto que ahora nos ocupa: residiendo A por razones de trabajo fuera de su domicilio habitual; B habita, sin consentimiento de aquél, la casa de A, destinándola a su propio uso directo: no la alquila y, caso de que con el uso se hayan producido deterioros o menoscabos, son reparados por B antes de que A recupere la posesión de la cosa. ¿Debe restituirse el valor del goce directo del bien?

(362) Cfr. BALLESTERO, *ob. cit.*, pp. 207 y ss., sobre el análisis de costes empresariales.

1. El uso como fruto

a) *Criterio general*

El uso de un bien y la ventaja que aquél procura no es un fruto de este bien, pues no supone un rédito que se obtenga de la cosa como un bien nuevo materialmente identificable (363). El poseedor de buena fe no está facultado para retener el valor de uso *por la misma regla* que se exige de restituir frutos, sino que se exige de la restitución de aquel valor en virtud de otros dos principios, de los que la retención de frutos no es más que la aplicación concreta. A saber, el principio de que no responde por los daños que al propietario se le sigan de la privación del bien, y el principio de que no está sujeto a restituir el enriquecimiento que obtiene con la posesión de la cosa. En los frutos restituibles, igualmente, no entra el valor de uso, ni tampoco en los deterioros de la cosa a que se refiere el artículo 457. En este punto, el Código civil ha marcado una línea donde el fruto y el daño en la cosa constituyen en los artículos 455 y 457 los extremos a que debe atenerse la liquidación posesoria de mala fe. Sólo, por intermedio del artículo 355, el goce indirecto se considera como fruto civil.

b) *El uso como ventaja patrimonial*

El uso puede ser un lucro si constituye el objeto mismo de un contrato de cambio (arrendamiento de finca urbana), de una disposición testamentaria (legado del derecho de habitación, art. 524.2 C.c.) o de una aportación social económicamente valuable (art. 1.665 en conexión con el 1.687 C.c.). Puede, por tanto, en cuanto capaz de satisfacer un tipo determinado de necesidades, convertirse en objeto de derecho. Pero en todos los casos citados es así porque en virtud de un determinado título el uso queda constituido como un *valor en cambio*.

Para el Código civil el uso de un bien constituye en sí mismo una ventaja sobre la que cabe un contrato (vgr. comodato), y el hecho mismo de que los gastos de conservación que debe prestar el comodatario (art. 1.743) no puedan ser por definición carga del fruto, demuestra claramente que estos gastos constituyen la compensación de una ventaja apreciable obtenida por el usuario. Incluso en la tradición del Derecho común, todo aquel que pretendiera cobrar del dueño los gastos hechos en la cosa, debería descontar de ellos las

(363) SACCO, *L'arricchimento*, 65; BARCELLONA, *Frutti*, 215; GENTILE, *Effetti*, 31; entre nosotros, DELGADO, *Adquisición*, 63.

ventajas que le reportaba el uso. Así, por ejemplo, en el ALR I, IX, 29, el abono de gastos al hallador (cfr. arts. 615-616 C.c.) se hacía con deducción del valor del uso que aquél había disfrutado de la cosa. Según la P.5.13.21, el acreedor prendiario que retiene en garantía la casa pignorada sólo podrá reclamar impensas (cfr. art. 1.867 C.c.) deduciendo la ventaja que obtiene por habitar el inmueble.

c) *Restitución de frutos*

En general, el uso no puede entrar como *fruto* en la restitución, por la misma razón que los gastos ordinarios de conservación no son restituibles a ningún poseedor. Un ejemplo de esta aplicación en Dig. 21.1.30.1, para la acción redhibitoria. Este principio es aplicable a la posesión, aunque el Código civil no haya hecho ninguna mención de este tipo de gastos ordinarios de administración. Si el poseedor los realizó, debe entender compensados con ellos el lucro-fruto. Si no los realizó y la cosa se deteriora, responderá a tenor de las reglas generales contenidas en el artículo 457.

En general debe rechazarse que allí donde la Ley imponga una restitución de frutos deba restituirse por este solo hecho el valor de uso de la cosa (364), tanto si esos frutos se restituyen por acción real como en razón de algún título de crédito. Y esto es así porque en materia de frutos el Código civil no ha partido del principio de que su restitución obedezca a los principios del *enriquecimiento*, o porque, cuando permita retener estos frutos, la Ley suponga que el perceptor *no se ha enriquecido*. La restitución del artículo 455 puede abarcar, sin duda, un conjunto de provechos de los que no se puede decir que el legítimo poseedor se haya empobrecido. Igualmente el artículo 451 no supone que el poseedor de buena fe no se ha enriquecido, pues le permite retener todos los frutos con independencia del tipo que sean y del estado en que se encuentren. Obsérvese que el mero uso de la cosa vendida y no pagada no da derecho al vendedor en el artículo 1.501 a pedir intereses del precio.

2. El uso como daño

a) *Criterio general*

Si no interviene ninguna otra consideración (deterioros, privación del lucro al poseedor legítimo, etc.), el uso en cuanto tal no es un daño que cause el poseedor del bien. En este sentido, creo que no

(364) Así, por ej., a efectos del art. 651 C.c., el uso del bien donado no es un fruto restituible: DÍAZ ALABART, *Comentarios*, 465.

cabe duda que, por sí mismo, el uso sin deterioro del bien no es en el Código civil un daño indemnizable. Lo prueba, por ejemplo, el artículo 1.398-2: el simple uso sin deterioro de algún bien privativo de un cónyuge no hace a la sociedad de gananciales deudora por este concepto; es preciso a este fin el uso que menoscaba la integridad del bien privativo.

b) *El uso como daño-lucro cesante*

La primera forma en la que el uso puede aparecer como una partida contable del *id quod interest* consiste en que el uso directo del tercero conlleve un lucro cesante para el poseedor legítimo (365). En estos casos es claro que la reclamación se realiza en *función del daño*, no del provecho. Existirá daño si el legitimado podía haber cedido a un tercero el goce directo de la cosa a cambio de una renta o, simplemente, podría haber vendido el bien en circunstancias más favorables que las que se presentan ahora. Esto, por supuesto, no es más que una cuestión de hecho que se regirá por los principios generales de la prueba del daño. Así se entiende, con las lógicas dificultades probatorias, en Dig. 21.1.19: si se reclaman vestidos o vasijas, se computa en la restitución lo que podía haberse obtenido de su alquiler; si se pretende una acción confesoria de senda o paso, no se restituyen frutos a menos que se pruebe que el demandante los habría obtenido de no haberse impedido el uso.

c) *El uso como daño emergente*

Se indemnizará el uso como daño siempre que el legítimo poseedor sufra el daño emergente derivado de su propia privación del uso (366). En esta partida entra como indemnización del uso todo el gasto que el dueño haya tenido que hacer para disponer de un uso sustitutivo (vgr. alquilar un coche que sustituya al robado, pagar medios de transporte suplementarios, etc.). Entra también todo aquel gasto que el dueño haya tenido que hacer para indemnizar a un tercero que tenía sobre la cosa un derecho de goce directo. Igualmente cualquier otro tipo de daño *lateral* que haya sufrido por la privación de la posesión.

Aunque el dueño no haya buscado un bien sustitutivo, entrará el uso en la indemnización del daño si el propio dueño se ha visto privado de la cosa que él mismo tenía previsto usar, ya que esto

(365) DELGADO, *Adquisición*, 623.

(366) LARENZ, *Schuldrecht*, I, 456 y ss.

constituye igualmente un valor patrimonial, cifrado en el mismo valor objetivo de este uso. Según Windfield (367), en este caso se compensa el daño según una medida indemnizatoria calculada por el interés del capital-valor de la cosa más la depreciación sufrida en el período de tiempo del no uso.

Sin embargo, no entrará como partida del daño indemnizable el gasto que haya hecho el legitimado para adquirir la cosa o el derecho sobre la cosa, cuando no puede hacer uso de este derecho por haber sufrido un daño en su *persona* (*Frustrationschaden*) (368).

3. El uso como enriquecimiento

a) El «contenido de destinación» de los derechos absolutos

Ha sido fundamentalmente la doctrina alemana, sobre todo a partir de Caemmerer, la que ha mantenido que el uso de un bien pertenece al *Zuweisungsgehalt* de los derechos absolutos. Todo ejercicio de una facultad reservada al titular de un bien se restituiría a través de una *Eingriffskondition* en cuanto enriquecimiento obtenido a *costa de otro* (369). En este sentido, las «ventajas de uso» se restituirían en el BGB no en cuanto restitución específica o de frutos del §818-1.º, sino en cuanto «valor» de la cosa, por no ser restituible en especie (§818-2) (370). De acuerdo a esta hipótesis, el enriquecimiento no se restituye en función de daños, sino que se deberá el valor objetivo de uso (valor en venta), aunque el dueño del bien no haya sufrido con ello daño alguno. Así se entiende igualmente aplicable en el *Law of Restitution* (371) (372).

b) Del daño al enriquecimiento

El paso a esta tercera fórmula de restitución del uso se puede producir, y de hecho se produce, dentro de la misma consideración «indemnizatoria» del valor del uso. En efecto, siempre que se mantenga que el daño por el lucro cesante puede fijarse «abstractamente», bajo la apariencia de daño se restituye realmente un enriquecimiento (373). El titular no tendría que probar que se ha producido por su parte un gasto para obtener un uso sustitutivo ni que deseaba y estaba en condiciones de usar directamente la cosa, ni se le exigirá

(367) *On torts*, 635.

(368) La jurisprudencia alemana en este sentido a partir del *Jadpachtfall* («BGH», 55, 146); Cfr. LARENZ, I, 460 y s.

(369) CAEMMERER, *Bereicherung*, 234; LARENZ, II, 532.

(370) LORENZ, *Staudinger Komm.*, § 818, núm. 13.

(371) GOFF-JONES, *The law of the restitution*, 14, 447.

(372) Recientemente, entre nosotros, DIEZ-PICAZO, en su trabajo, aún inédito, *La doctrina del enriquecimiento sin causa*, 139, que ha tenido la amabilidad de prestarme.

(373) LARENZ, I, 456.

la prueba de que hubiera podido ceder este uso por un precio. Basta-
ría considerar tan sólo el precio que el intruso *hubiera debido pagar*
para acceder legítimamente a este uso. De hecho es así como ha ope-
rado en ocasiones nuestra Jurisprudencia. En la sentencia de 24 de
marzo de 1948 se restituyen como frutos *percipiendi* (y, por tanto,
como daño) de unas dehesas el precio que el arrendamiento de las
mismas producía en años anteriores. En la sentencia de 8 de noviem-
bre de 1961 el demandado había incorporado a su vehículo el chasis
y el motor pertenecientes a un tercero; el Tribunal Supremo condena
a restituir el valor durante el tiempo de posesión indistintamente por
los conceptos de lucro cesante y de provecho obtenido. Si el deudor de
cosa cierta incumple o retarda la obligación de entrega, el daño míni-
mo por mora será el valor en renta de la cosa, y tendencialmente
han de coincidir el valor que el acreedor hubiera podido obtener en
renta y la renta que el deudor debería haber pagado por continuar
en la posesión del bien. Sacco (374) recoge en este sentido Jurispru-
dencia italiana en materia de lesión de bienes de la personalidad y
derechos de autor donde los Tribunales suelen condenar al resarci-
miento de un lucro cesante abstracto medido por el coste a pagar
si se hubiera tenido que adquirir el derecho de su titular.

De hecho, no parece que sea otro el significado de la expresión,
abundante en el Derecho común, en el sentido de que el *uso se resti-
tuye como fruto* (375). Y así, en Dig. 17.6.65.7, referido a la *condi-
tio indebiti*, la restitución del enriquecimiento no se mide por lo que
hubiera podido obtener el *solvens* arrendándola, sino por lo que se
ahorra el *accipiens* en no hacerlo. Así, también Gregorio López limita
la restitución del alquiler de la casa en prenda, contenida en
P. 5.13.21, de acuerdo al principio clásico de enriquecimiento confor-
me al ahorro de gastos, «*si creditor esset aliam domum conduc-
turus*» (376).

La ventaja de esta tercera consideración sobre la segunda radica
fundamentalmente en el plano de la prueba, al eximir de la carga
de demostrar de un lucro cesante, bastando la simple constatación
del valor en renta de la cosa.

4. Solución propuesta

El Código civil tiene normas particulares para medir la restitución
del uso de bienes ajenos cuando éstos no han de restituirse en especie:
son las normas que regulan la accesión de muebles, y en este sentido

(374) *L'arricchimento*, 16 y ss.

(375) MOLINA, Disp. 719; DONELLO, XIV, XVIII, XVIII.

(376) En Dig. 24,1,18, sin embargo, no se considera el uso como enriquecimiento;
mas téngase en cuenta que esta norma se refiere a la validez de las donaciones uxorias,
en las cuales el enriquecimiento del donatario suponía la nulidad de las mismas.

la solución constante es la restitución del valor. Pero no hay normas que disciplinen la restitución del uso en cuanto tal. Creo que conforme a la doctrina del doble límite de la acción de enriquecimiento, en nuestro Derecho sólo se restituirá el uso en función de daños; se exigirá un empobrecimiento real del actor (cfr. S. 21-12-1984), en el que cabe, por supuesto (contra lo que parece entender la S. 5-10-1985), el lucro cesante. Al restituirse como daño sólo podría obtenerse una restitución del uso por parte de aquellos que según los casos estén obligados a prestar el daño. El poseedor de buena fe, por ejemplo, o el simple *accipiens indebiti* no estaría, por ello, sujeto a la restitución del uso. En determinados casos, y para evitar resultados injustos, deberá admitirse sin dificultad que el valor objetivo del uso representa la cuantía de la ganancia frustrada sin necesidad de una prueba suplementaria. Es decir, puede bascularse siempre hacia una consideración procesal abstracta de la prueba del daño. En ningún caso cabría una restitución del uso más allá del valor objetivo de cesión, en cuanto valor en renta, por mucho que por cualquier razón el demandado obtenga de este uso un provecho superior; por ejemplo, porque el ahorro de gastos que le supone haber usado ese bien importa para él una cantidad mayor de la que deba pagar por el valor objetivo del inmueble. Si la restitución del bien en especie surge como consecuencia de la ineficacia inicial o sobrevenida de un contrato bilateral, el uso de la cosa no es irrelevante para el cálculo del crédito recíproco de restitución. En efecto, si el contrato ha tenido por objeto la cesión onerosa del uso de un bien, el carácter indebido del mismo que resulta de la nulidad o resolución del vínculo queda compensado con la retención de la merced ya abonada. La ineficacia no producirá efectos retroactivos en estos contratos de duración continuada, y la merced recibida equivale, mediante una eficacia fáctica del sinalagma, al valor del uso. Esto es válido aunque la merced por el uso no haya sido aún abonada al tiempo de la declaración de ineficacia: el valor de uso vuelve a ser fijado gracias a esta continuada eficacia fáctica del sinalagma, por el precio convenido para su cesión.

En los contratos de cambio de duración instantánea (vgr. compraventa) el uso del precio compensa el uso de la cosa, en caso de ineficacia posteriormente declarada del contrato. Pero si el precio aún no se pagó no podrá pedirse, junto a la nulidad o resolución, dicho precio ni tan siquiera como cifra del daño, ya que el precio representaba la sustancia de la cosa capital, no su uso. El uso entonces se restituirá como daño-enriquecimiento, fijado en el valor renta. (Cfr. art. 11. Ley de Ventas a Plazos de bienes muebles).

La situación parece ser idéntica cuando la ineficacia sobrevenida del contrato recíproco ha dado lugar a la restitución de una de las prestaciones a favor de un tercero que no es parte en el contrato. Del

artículo 1.478 del Código civil se desprende que el comprador que ha sufrido la evicción no ha de descontar del precio de restitución el tiempo que ha usado pacíficamente la cosa comprada (377).

XIV. EL DINERO COMO OBJETO DE LA RESTITUCION

En este capítulo hemos de ocuparnos de tres cuestiones conectadas entre sí por el hecho de que en todas ellas el objeto de la restitución, o al menos la pretensión de restitución, se centra en una cantidad de dinero. Fundamentalmente nos referimos:

1. Los casos en que un tercero recibe «indebidamente» una cantidad de dinero.
2. El supuesto en que el obligado a restituir cosa específica ha realizado el valor en cambio del bien.
3. La obligación bilateral en la que una parte del contrato está vinculada a la prestación de una cantidad de dinero.

1. La disposición o recepción indebida de dinero

Partimos de un supuesto de hecho bien diferenciado. El *solvens* entrega al *accipiens* por error una cantidad de dinero, o bien el *accipiens* recibe del *solvens* una cantidad de dinero que éste tenía en su poder y no estaba legitimado para disponer:

a) *El dinero poseído no está sujeto a restitución*

Según lo dispuesto en el Dig. 12.6.49, el titular del dinero del que un tercero se apropia y dispone a su vez, sólo tiene una *condictio* contra éste, no contra el tercero a cuyo poder va a parar dicha cantidad. Yo estimo que en el Código civil quien compra indebidamente con una cantidad de dinero que le ha sido confiada o que por cualquier otra razón conserva en su poder, transmite al vendedor la «propiedad» del dinero. Este vendedor no sólo no estará obligado a restituir esta cantidad, sino tampoco, por supuesto, ningún lucro o subrogado que adquiera con ella. O, dicho de otra forma, el comprador en el Código civil no está obligado a «sanear» el precio de venta, exención basada en la implícita suposición legal de que jamás puede ser inquietado el vendedor por una reclamación de tercero por razón de este precio. Si este vendedor, o tercer adquirente en general, conoce la procedencia del dinero y con ello se causa daño al legítimo

(377) Igualmente en el Derecho inglés: HARRIS, en *Chitty on Contracts*, núm. 1.691 (Vol. 1).

titular, responderá ante él ordinariamente por los daños causados, que pueden ser superiores a este precio.

Desde el momento en que el dinero sale *indebidamente* (en el sentido más amplio del término) del poder de una persona, éste se convierte en acreedor de esta cantidad, contra quien por cualquier título adquiere frente a él el estatuto de deudor. Lo mismo ocurre cuando esta cantidad sale lícitamente de su patrimonio, pero con sujeción a restituir (préstamo, por ejemplo) (377 bis), Y sólo será deudor hacia él quien, por contrato, cuasi contrato o por delito asuma hacia este titular la obligación de devolver el *tantumdem*; circunstancia esta que no concurre con el destinatario-tercer poseedor de buena fe de esta cantidad. El acreedor sólo tendrá contra este tercero las acciones que a todo acreedor competen contra tercero: la pauliana y la subrogatoria, siempre que se den sus respectivos supuestos.

b) *Lo adquirido con dinero restituible no es restituible*

En los casos donde el obligado a restituir conserva el riesgo de la pérdida localizado definitivamente en su persona sin poder trasladarlo al legitimado para su restitución, esta atribución definitiva del riesgo debe limitar la correspondiente obligación del restituyente de entregar con la cosa, o en lugar de ella, los subrogados adquiridos por intermedio del bien restituible. Esto no es cierto en todo caso de atribución de riesgos, pero sí lo es en el supuesto principal, la restitución que deba hacerse sobre bienes fungibles. Quien está obligado a ello no puede ser condenado a entregar lo que se adquiere con esta cantidad, ni lo que se lucra con su negociación o su uso, y ello aunque se trate de un ladrón. Al quedar fijado el riesgo, queda igualmente fijado el objeto de la restitución (cfr. arts. 482, 1.740, 1.687 in fine). Así, por ejemplo, lo señala el Acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Central de 20-11-1964, al establecer que el dinero legado en usufructo impropio del artículo 482 del Código civil y utilizado para comprar una finca no tiene eficacia subrogatoria.

Hay que decir en este lugar que el artículo 482 constituye la norma general de restitución cuando el patrimonio o conjunto de bienes sujetos a restitución sean bienes fungibles. El riesgo en este caso queda definitivamente fijado en la persona del restituyente, así como también quedan excluidos de la obligación de retransferir todos los subrogados y lucros obtenidos mediante la cantidad restituible. Las deudas de género tienen entonces la doble virtud de fijar desde un primer momento el riesgo y el objeto de la obligación de entrega.

(377 bis) Al convertirse en deudor de dinero el depositario en un depósito irregular puede, en su caso, compensar su deuda, con los efectos frente a tercer acreedor pignoraticio del crédito de restitución del depósito: cfr. sts. 19-9-1987.

El principio arriba afirmado, según el cual la fijación del riesgo en un determinado sujeto fija al mismo tiempo el límite que se puede perseguir por parte del legitimado a la entrega, no es de aplicación al solo caso de que el bien entregado y sujeto a una restitución ulterior sea una cantidad de dinero o bienes fungibles. Se entiende, además, igualmente aplicable en todo caso en que, con independencia de la causa de pérdida, el obligado es puesto por la norma en la situación de quien indefectiblemente debe restituir una cantidad de dinero representativa del valor. El donatario de los artículos 645 y 650 no está obligado a entregar el subrogado de las cosas donadas que se perdieron o enajenaron, por la misma razón que nunca se excusa de esta pérdida. Otro tanto ocurre, y por idéntica razón, con el artículo 1.307. Así lo entendió con exquisita corrección la Sentencia de 19-10-1973; revocada una donación de dinero por incumplimiento de las condiciones a que se refiere el artículo 647 del Código civil, se solicita por la actora que el piso adquirido con el dinero quede subrogado en lugar de la cantidad donada; el Tribunal Supremo entiende en este caso que no sólo no cabe la pretensión por el artículo 647, sino tampoco a través del concepto de frutos del artículo 651: «Los frutos de la cosa donada serán los frutos de 1.250.000 pesetas donadas, pero no la cosa adquirida con esa cantidad ni lo que esta adquisición produzca o pueda producir, ni el valor del disfrute del piso comprado.» Adviértase que la solución no debería haber sido distinta si lo donado fuera el piso y el subrogado el precio.

El *accipiens* de buena fe a que se refiere el artículo 1.897 del Código civil no entregará por la *condictio indebiti* el subrogado en que haya convertido el dinero indebidamente pagado, dado que por su parte no dispone del beneficio de exención de riesgos que el citado precepto reserva para el pago indebido de cosa específica. Otro tanto puede decirse si se enajenó la cosa específica indebidamente entregada; al fijar el Código civil en este caso de modo definitivo el riesgo en el precio («genus nunquam perit») no será restituible lo que por reemplazo de este precio haya adquirido el *accipiens*. A la inversa, si en seguridad de la consistencia del crédito de restitución, el Ordenamiento permite en algún caso que la cadena de subrogaciones continúe incluso sobre los sucesivos reemplazos del precio de venta de la cosa restituible (cfr. art. 197 C.c.) no queda más remedio que aceptar que el legitimado para obtener la restitución (en el art. 197 el declarado fallecido que reaparece) sufrirá el riesgo de que la cosa en la que se reemplazó el precio se pierda por caso o por culpa del aparente heredero de buena fe (378).

(378) En el *common law*, la conexión *genus-riesgo* sigue un criterio distinto. Si un *trustee* ha adquirido algo con el dinero confiado, el *beneficiary* puede pretender lo adquirido con él o asegurarse con ello la garantía del dinero. Pero si el *trustee* infiel mezcla el dinero confiado con el suyo propio y adquiere algo, el *beneficiary*

Lo adquirido con este dinero sujeto a restitución sólo entrará en restitución si puede conjeturarse que el adquirente haya actuado con efectos frente al *dominus* por aparecer como mandatario tácito o como gestor oficioso, no en otro caso; o bien, cuando por alguna razón excepcional una norma disponga lo contrario (cfr. art. 1.347-3.º C.c.).

Lo subrogado es, por tanto, propiedad de aquel que lo adquiere a su nombre por contrato válido y tradición (art. 609 C.c.), ya que el Código civil no exige ningún requisito más para la adquisición del dominio, y, por supuesto, corre con el riesgo (*genus nunquam perit*), aunque la cantidad llegue a su poder siendo de buena fe (378 bis).

Toda esta cuestión es completamente independiente de si el adquirente del subrogado había adquirido o no previamente la propiedad del metálico que llegó a su poder.

En el Derecho común, una excepción al principio afirmado sólo se reconocía en los juicios universales (petición de herencia, etc.), donde el subrogado del dinero (hereditario) entraba en restitución (379), y en algunas especies particulares que recoge la P. 5,5,49: bienes adquiridos con dinero de la dote, con dinero del menor, de la Iglesia o de caballero; la doctrina reconoció también el caso de lo adquirido con dinero público o con el dinero objeto de donación uxoria (380). En los casos de la Partida citada, era opción del «dueño» del dinero quedarse con la cosa o pedir la restitución del *genus*. Y aun la doctrina no estaba conforme sobre las condiciones de esta subrogación. Remito a las glosas de G. López a esta Ley para cerciorarse que esta subrogación estaba implícitamente condicionada por la cualidad de gestor de aquel que, incluso a su nombre, adquiría con dinero sometido a su custodia, y que incluso en los bienes dotales era dudoso si esta subrogación tenía lugar igualmente cuando el marido compraba a su propio nombre sin consentimiento de la mujer. Por lo demás, y por las razones dichas, no se producía semejante subrogación si era un tercero ajeno a la relación de fiducia quien disponía de este dinero.

Incluso en estos casos donde según el derecho antiguo actuaba el efecto subrogatorio, este mecanismo no podía por menos que con-

no tiene derecho al subrogado. El *trustee* que mezcla dinero y disipa éste en parte se entiende haber disipado de lo propio. Si el *trustee* mezcla dinero de dos personas, éstos recobran proporcionalmente. Igualmente, si se mezcla dinero del *beneficiary* y el propio del *trustee* de buena fe (GOFF-JONES, *The law of the restitution*, 57 y ss.).

(378 bis) MOLINA, Disp. 327; IHERING, *Ih. Jah* (16), 233; Cfr. art. 22 Comp. Cataluña, para la donación uxoria. Según Dig. 36,1, 75, la prenda adquirida con dinero fideicomitado no era fideicomisaria.

(379) MOLINA, 327; DONELLO, XIX, XIII, VI; pero esto no impedía que el poseedor de la herencia adquiriese a su nombre con dinero hereditario, pues su deuda era de género (*ob. cit.*, núm. XII).

(380) DONELLO, V, II, XIV.

tar en la mayoría de los casos con la dificultad de identificación de este dinero, dificultad que recaería en aquel que pretendiera dicho efecto. De ahí que sólo admita esta subrogación funcionalidad práctica cuando es el propio adquirente el que imputa a tercero los efectos de su negociación (381).

c) *El lucro del dinero no es fruto del dinero*

El lucro del dinero no entra en restitución ni por el artículo 455 ni por ningún otro que en el Código civil sujete a restitución de frutos. El *accipiens* de mala fe o el simple poseedor delictivo no deben como frutos el resultado del lucro del dinero, sino sólo los intereses legales en que se cifra el daño del acreedor (382), que ni es fruto en sentido estricto ni, de serlo, lo sería de la cantidad de dinero, sino del crédito de reclamación. Por esta razón, por ejemplo, el comprador que ha recibido la cosa sólo ha de pagar los intereses del artículo 1.501, no el lucro que desde la perfección de la venta obtenga este dinero. Tampoco es lucro restituible el obtenido con el precio por el vendedor que ha de prestar el saneamiento.

2. Justificaciones

De las tres afirmaciones arriba establecidas, creo que en este lugar sólo la primera requiere alguna justificación. Se trata, ahora, en consecuencia, de probar la siguiente afirmación: quien llega a la posesión indebida de una cantidad de dinero se convierte en el «dueño» de ese dinero, y no estará sujeto a restitución del mismo a menos que exista a tal efecto un título distinto de la específica acción de reivindicación.

a) *La reivindicación de género*

El Derecho romano admitió una reivindicación de *res incerta* cuando se producía una *conmixtio* que tenía lugar por caso fortuito (Dig. 6.1.15). Si las cosas mezcladas (sólidos) habían llegado a tal estado por voluntad de sus respectivos dueños, la cosa se hacía común por tradición precedida de justa causa. Si no había tenido lugar este acuer-

(381) En el Derecho inglés existe un régimen distinto cuando se trata de *mixed funds*; en ciertos casos se admite el efecto subrogatorio en favor del beneficiario del *trust*; en otros, cuando la mezcla no fue de mala fe, el riesgo es compartible: GOFF-JONES, 57 y ss.; BIRKS, 363 y ss.

(382) SOTO, IV, VII, 2.

do y la mezcla se producía por azar o por mala fe del autor, nada había cambiado y el dueño conservaba una reivindicación por la cantidad, por la cuota en el complejo: *si frumentum confusum sit competit in rem actio in id in quibus patet in illo acervo suum cuique esset* (383).

Una reivindicación de cantidad no tiene, en cuanto tal acción real, cabida en nuestro Ordenamiento, desde el momento en que el Tribunal Supremo exige reiteradamente la cualidad de identificable del bien que se reclama por acción real: el vino, en cuanto cosa genérica, es irrevindicable y no puede utilizarse la acción real para reclamar el equivalente o el subrogado de la cosa (STS 3-3-1943, 21-12-1908). Una cantidad de hulla es de por sí irrevindicable (STS 1-3-1954). Esta doctrina, que estimo cierta, pertenece, sin embargo, al ámbito de las cuestiones de hecho. No es que el demandado ostente por este solo hecho un *título* que la haga irrevindicable, sino que el actor no tiene términos hábiles para probar su dominio; una cuestión de hecho que se convierte por su propia naturaleza en una regla de derecho. Y cuando el Tribunal Supremo habla de reivindicación de cantidades de dinero en sede del artículo 348 del Código civil en realidad no está más que resolviendo supuestos donde la acción ejercitada era una tercería de mejor derecho, como ocurría en las Sentencias de 20-6-1927 y 21-6-1928. Como decía para este supuesto Lord Ellenborough en Taylor V. Plumer, al referirse a la restitución de «mixed funds»: «La dificultad que surge en estos casos es una dificultad de hecho, no de derecho, y el *dictum* de que el dinero no tiene signos distintivos debe ser entendido de la misma manera, *id est*, predicado exclusivamente de una masa indivisa e indistinta de dinero» (384).

En el Derecho español no existe ningún título que con carácter general determine que el poseedor de una cantidad de dinero es por este solo hecho dueño de ella. Cuando la Ley quiere crear un *título* en este sentido lo hace expresamente, como para una especie particular contiene el artículo 86 del Código de Comercio. En este caso la excepción a la reivindicación es un título contrario de entidad bastante; en otras es una mera excepción *fáctica* que, por su propia naturaleza, conlleva la misma eficacia exoneratoria de un título en derecho.

El problema, como he dicho, es de todo punto irrelevante cuando el titular disponga de un título de crédito para pretender semejante restitución: el *solvens indebiti* no puede reivindicar el dinero pagado, pero puede repetir el pago, restituible como una deuda de género; así en todos los demás casos. El problema, repito, se da cuando el

(383) Cfr. DONELLO, IV, XXII, IV y ss.

(384) Cfr. GOFF-JONES, 50.

poseedor actual del dinero no está vinculado al actor por ninguna fuente de obligación, es decir, cuando recibe de un tercero interpuesto esta cantidad, y la recibe precisamente de buena fe.

b) *Otros efectos jurídicos*

Cuando se afirma que la «propiedad» del dinero se conserva en poder de persona distinta de su poseedor actual, se puede estar diciendo algo perfectamente legítimo si con ello se quieren resolver cuestiones que nada tienen que ver con la restitución civil. Así, cuando lo que se discute es la responsabilidad penal en que incurre quien por su conducta faltó a la confianza en él depositada. Se puede afirmar, en efecto, que el vendedor de trigo al Servicio Nacional del Trigo que se convierte en depositario del mismo antes de la entrega incurre en delito de malversación de caudales públicos de los artículos 394 y 399 del Código civil cuando dispone de este trigo, ya que pertenece dominicalmente al erario público (STS 2.^a, 2-3-1973). Sobre todo, estas declaraciones jurisprudenciales son frecuentes cuando se trata del delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código penal. El Tribunal Supremo, Sala Segunda, suele repetir que está en el supuesto de este artículo el que teniendo en su poder dinero en base a un título que da lugar a la obligación de devolver, se «adueña» de él, y fundamenta tal afirmación en que el dinero no era suyo, ya que el título de posesión obligaba a restituir. Se niega que exista este delito cuando el título era bastante para transmitir la propiedad y no sólo la posesión (20-5-1983; 27-10-1986). Se afirma que la comisión o depósito son supuestos hábiles para cualificar el delito, y se niega, por ejemplo, al préstamo o al precio del arrendamiento de obra. Pero el fundamento no puede estar en que unos títulos obliguen o no a devolver, pues el prestatario debe también devolver y, sin embargo, no está en el caso del artículo (23-6-1973). Otro tanto cabe decir con la «suficiencia» para transmitir el dominio, pues civilmente tanto la prenda irregular del dinero como la sociedad pueden transmitir el dominio y, sin embargo, pueden dar lugar a delito de apropiación. Tampoco puede decirse, a efectos de la titularidad, que es distinta la situación del mandatario que aplica la cantidad a usos propios, generándose un ilícito civil del artículo 1.724 del Código civil y la «apropiación» de las mismas cantidades, que estaría en el artículo 535 del Código penal, como afirma la Sentencia de 20-1-1987. En todo caso, la única regla cierta no es la de si el título es de por sí bastante para transmitir el dominio o si éste se conserva o no en poder del lesionado, pues este criterio es artificioso cuando se trata de dinero. El criterio es sólo el de averiguar si el título de posesión concedía o no al demandado la libertad de proceder sobre la cosa o de asignarla a fines particulares. La responsabilidad penal se fijará entonces por el margen de actuación concedido por el título y nada más. Por

esta razón, cuando los efectos que se quieren deducir de estas conductas no son los penales, sino los civiles, esta misma jurisprudencia afirma sin contradicción que el dinero sustraído y apropiado no es «restituible» en el sentido del artículo 102 del Código penal, sino «indemnizable», por no tratarse de la «misma cosa» a que se refiere el precepto (STS 2.ª, 27-4-1963, 18-2-1966, a menos que se trate de dinero cerrado y sellado: 31-10-1953).

Otro tanto ocurre con el derecho de separación de que habla el artículo 909 del Código de comercio. Las «cantidades» a que se refiere el n. de este artículo son separables de la masa de la quiebra, mas no porque sean identificables o porque el comitente conserve la propiedad de los mismos. Se trata de un crédito privilegiado bajo la forma de una *reivindicatio utilis* concedida al comitente por razones diversas de la mera permanencia de la titularidad (385).

c) *Los «títulos» de propiedad sobre el dinero*

Según Donello (386), el Derecho romano habría en efecto dotado de un título en derecho al *bonae fidei possessor* para hacer suyo el dinero que llegó a su poder por intermedio de un tercero. La generalización se obtiene de Dig. 46.3.78 (*De solutionibus*). El antiguo dueño tendría acción de hurto contra el pagador. De esta manera, dirá Donello, el dinero será, junto con los frutos, la única cosa que el poseedor de buena fe hará suya, en razón misma de esta buena fe, contra la voluntad del dueño de la cosa. Según Donello, este régimen era extensible por identidad de razón a la *conmixtio* de *frumentum*, y no cabría en este caso una reivindicación de cantidad del antiguo dueño.

En el Código civil sólo existen dos normas que con carácter general puedan tener conexión con nuestro tema; son los artículos 381 y 382, de un lado, y el artículo 1.160 *in fine*, de otro.

d) *La conmixtión de dinero*

Según los artículos 381 y 382 del Código civil, si por voluntad de dos dueños o por azar o por sólo uno de ellos de buena fe se mezclan dos cosas de igual o diferente especie, cada propietario adquiere un derecho proporcional a la parte que le corresponde atendido el valor de las cosas mezcladas. Si se hace la mezcla de mala fe, el autor pierde la cosa de su dominio.

(385) GARRIGUES-SÁNCHEZ CALERO, *Curso de Derecho Mercantil*, II (1983), 477.

(386) *Comm.*, IV, XXII, I.

No aventuro ningún error si afirmo que apenas puede encontrarse en el Código civil norma más absurda que la aquí reseñada. El legislador es responsable en este punto de haber seguido al Derecho romano en un extremo en que los autores estaban más preocupados por cuestiones filosóficas que por problemas reales.

En efecto, el tipo puro de la *conmixtio* (acaso junto con el trigo) es la mezcla de dinero, y a ella se refieren las fuentes. De hecho, los citados artículos del Código civil reúnen en una sola norma los supuestos de conmixción de sólidos y confusión de líquidos. En el primer caso las cosas *singulae suam speciem discretam retinent* (dinero con dinero, trigo con trigo, animal mezclado en el rebaño ajeno, etc); en el segundo caso se pierde la forma discreta al tratarse de líquidos. Obsérvese que el absurdo que ahora vamos a referir no se descarta entendiendo que la norma no se refiere a la mezcla de dinero, dado que en el artículo 381 se habla de *separable*; y ello porque aunque el dinero mezclado sea «separable», no lo es con identificación, que es a lo que se refiere la norma (387).

Para el Código civil se crea una comunidad en proporción a las cuotas. ¿Entre qué cosas se produce comunidad? ¿Será una comunidad de contenido variable, que se modifica, por ejemplo, cuando yo repongo o aumento la cuenta bancaria en la que de buena fe ingresé dinero ajeno? ¿Se administra la cosa común por el artículo 398 del Código civil? ¿Si yo dono a un tercero mi dinero mezclado entra en comunidad contigo? ¿Cómo se hace valer la acción de división? En efecto, todo ello es absurdo, ya que el Código civil no se preocupa de averiguar cómo llegó a ser posible tal mezcla.

Si cobré lo que no se me debía, el dinero es mío, y todo lo que con él adquiera; del *solvens* es el crédito de restitución. Si un tercero me pagó una deuda que me debía con dinero que tenía en comisión de compra, el comitente tendrá contra él la correspondiente acción civil y penal, mas no podrá reivindicarme ese dinero. Y aun en el caso de que se admitiera tal reclamación, no estaría el actor en comunidad conmigo, sino que yo sería deudor suyo, que es distinto. Si A, mandatario infiel, deposita en su cuenta bancaria el dinero que B le entregó en comisión de compra, es absurdo decir, como hace el artículo 382-2.º del Código civil, que el mandatario no sólo ha de restituir ese dinero, sino que pierde además su propia cantidad depositada.

Y dígase lo mismo del trigo o de cualquier otro bien fungible.

De una norma absurda es claro que no pueden extraerse consecuencias. De ahí que el régimen jurídico que creo más cierto responde a los siguientes criterios:

(387) Y en este sentido también para el Derecho alemán, BAUR *Sachenrecht* 1985, 481.

1. Si se debe una cantidad de dinero, ésta se debe como deudor;
2. que el legitimado no sufre el riesgo de su pérdida;
3. que no existe en ningún caso acción de división, sino una pura reclamación de cantidad;
4. que quien dispone de este dinero no subroga lo adquirido en beneficio del acreedor (388);
5. que en la quiebra del deudor el acreedor no tiene derecho de separación a menos que se encuentre en alguna de las hipótesis reseñadas en el número 6 del artículo 909 del Código de comercio (389).

e) *El pago de dinero*

Según el artículo 1.160 del Código civil, será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa o capacidad para enajenarla si este pago consiste en una cantidad de dinero que se gasta por el *accipiens* de buena fe.

Esta norma está incardinada en una determinada presuposición legal de las obligaciones de dar, como obligaciones que tienden (aunque no sea de esencia, vrg., compraventa) a la transmisión de la propiedad. Pero obsérvese —la precisión es de Miquel (390)— que esta norma no puede estar pensando en una transmisión de la propiedad de cosa ajena, pues más bien se refiere a la pérdida de la propiedad, por parte de cualquiera, dada la desaparición jurídica del objeto (el gasto) sobre el que podía recaer.

Yo pienso que el pago de cosa ajena es válido (391), por la misma razón que lo es la venta de cosa ajena. Como demuestra el antecedente del artículo en Dig. 46.13.14.18, lo que el artículo 1.160 pretende solucionar es la cuestión del pago hecho por el incapaz, no estrictamente el pago de cosa ajena. Es confundente mezclar cuestiones de validez, que dependen del título entre las partes, con cuestiones de eficacia contra tercero; el pago de cosa ajena no sería eficaz jamás contra tercero (el dueño de la cosa) por mucho que dicho pago fuera un negocio válido entre el que paga y el que cobra. En efecto, si el pago de cosa ajena fuese nulo y pudiera ser repetido nos encontraríamos ante la asombrosa consecuencia de que aquel que ha de sanear

(388) Contra SCHULTZ, *System*, 383.

(389) Pero no en los casos del art. 907-3.º ni 7.º; en el segundo no se trata de cantidad, sino de cantidad debida al quebrado. Lo que se reintegra es el crédito contra tercero por el precio, y si ya se pagó no hay derecho de separación; en el caso del núm. 3.º (depósito, usufructo o alquiler) no entran las cantidades depositadas en depósito irregular (Cfr. GARRIGUES-SÁNCHEZ CALERO, *Curso*, II, 475, 477).

(390) *La posesión de bienes muebles*, 406 y ss.

(391) Contra Díez-PICAZO, *Fundamentos*, I, 614.

la evicción es el mismo que da lugar a ella (392); no se podría negar en este caso al *accipiens* la posibilidad de oponer frente a su enajenante la *exceptio rei venditae y traditae*, su mejor derecho a poseer. A su vez, el *accipiens* sólo podría repetir el pago si se aceptase que el *tradens* está obligado a transmitirle la propiedad de la cosa vendida, o que, con independencia de ello, el adquirente puede reclamar su prestación antes de que haya sido objeto de evicción (cfr. artículo 1.502 C.c.) (393).

La no repetición contra el *accipiens* no deriva de que, al haber gastado el dinero, no se ha enriquecido. El artículo 1.160 es independiente de esta cuestión, pues de hecho puede haberse enriquecido si de otra manera hubiera debido gastar de lo suyo. Lo que ocurre es que él no puede haberse enriquecido «sin causa», pues tiene derecho *precisamente* a esa prestación, sin que el *solvens* pueda oponerle que no es «ésta», sino «otra», la cantidad de dinero debida. El régimen del *accipiens* en este supuesto se explica, decía Donello, por la total inviabilidad de cualquier *condictio*: no la *indebiti*, pues el *solvens* debía esa prestación; no la *sine causa*, ya que el *accipiens* recibe por justa causa; no la *condictio causa data causa nos secuta*, ya que el *accipiens* precisamente aceptó el pago para esto, para que se libere el pagador, lo que de hecho ocurre (394). De esta forma, tenemos que el artículo 1.899 del Código civil es una excepción a la *indebiti condictio*, mientras que el artículo 1.160 no lo es, porque no se corresponde a su supuesto de hecho.

El gasto o consumo no es algo que el *accipiens* pueda oponer, en cuanto tal gasto, al «dueño» del dinero, como tampoco puede oponerle la «validez» del pago; no es un título frente al «dominus». Lo que el *accipiens* puede oponer al propietario serán dos cosas: que éste no puede reivindicar en ningún caso porque el dinero no es reivindicable, y que no se le puede reivindicar a él porque ya no posee ni dejó dolosamente de poseer. Que el consumo o gasto no es título, se confirma pensando que el *accipiens indebiti* que gasta el dinero pagado no se libera de restituir. Más aún, si el pago de cosa ajena se hizo por error, el pago sí es repetible, no por ser ajena, sino por haberse pagado erróneamente sin que el consumo tenga nada que ver con ello. Lo que ocurre es que si el pago era de dinero, nunca podría el *solvens* excepcionar frente al *accipiens* tal circunstancia, pues éste siempre puede alegar que tal dinero pagado no era ajeno, sino preci-

(392) LAROMBIÈRE, *Theorie et pratique des Obligations*, 1885, IV, art. 1.238, número 5. Para GIORGI, *Teoría general de las obligaciones*, VII, 137, el deudor no puede pretender la recuperación únicamente cuando el pago (y la obligación causal) era de cosa específica, ya que no puede realizar una sustitución de la cosa.

(393) POTHIER, *Obligations*, núm. 498: sólo se podría reclamar el *solvens* cuando se produzca la evicción.

(394) *Comm.*, XVI, X, III.

samente el que se le debía. Sin contar todo ello con que, tratándose de dinero, el *accipiens* podría oponer la compensación.

En consecuencia, el artículo 1.160 no presupone nada en cuanto al título de adquisición del dinero «ajeno». No presupone tampoco que la obligación no pueda ser anulada si estamos en el supuesto de hecho de dicha nulidad, no sirviendo entonces de nada el gasto del dinero (395). Ni pone al *accipiens* a salvo, no de una reivindicatoria, sino de una tercería de mejor derecho por parte de tercero sobre esta cantidad, como demostraron las Sentencias de 20-6-1927 y 21-6-1928.

Y es preciso en este sentido matizar la doctrina de la Sentencia de 14-11-1950. En el caso, el habilitado para el cobro de los sueldos de unos maestros había hecho llegar, después de peripecias que no vienen al caso, el dinero comisionado a manos de sus acreedores. Reclamado este dinero por los maestros, el Tribunal Supremo entiende, con razón, que los acreedores no pueden oponer el artículo 464; el Tribunal Supremo da lugar a la reclamación de acuerdo al artículo 1.160, dando por sentado que no había sido gastado tal dinero; esta doctrina debe ser matizada en este extremo, pues, si existe preferencia del crédito de los maestros, ello se dará aunque el dinero hubiera sido gastado.

En resumen, en Derecho español, ni la mezcla ni el gasto o consumo constituyen títulos de propiedad en sentido estricto sobre los bienes fungibles. Lo que hacen uno y otro es acentuar más, si cabe, la imposibilidad de identificación de la cosa a efectos de la reivindicación. Contra tercero sólo cabrá por parte del anterior titular del dinero una acción de enriquecimiento en el caso en que sea de rigor. Y de hecho no podrá alegarse enriquecimiento sin causa alguna cuando el poseedor haya accedido al control de este dinero a través de contrato válido con tercero: se le entregó una cantidad de dinero como precio de un contrato de cambio de bienes, por ejemplo. Una *condictio sine causa* sólo cabría ante un poseedor de buena fe que por hecho propio se posesionara de una cantidad ajena.

3. La realización del valor en cambio de la cosa poseída

El dinero obtenido por la venta de cosa furtiva no es cosa furtiva, dice el Dig. 47.2.48.7. La responsabilidad civil que incumbe al sustractor se hará eficaz, conforme a los artículos 101 y siguientes del Código Penal, en la misma cosa, mediante su restitución, y si ello no fuera posible, en la indemnización de daños y perjuicios. Yo creo, en efecto, que la disposición de cosa ajena transmite al disponente

(395) Cfr. BERCOVITZ, *Comentarios al C.c. y Compil. for.*, XVI, 1.º, 56.

la propiedad del precio o contraprestación recibido de tercero. El dueño de la cosa no es dueño del precio ni tiene sobre éste un derecho de separación en la masa de la quiebra del enajenante.

El enajenante responderá en su caso por los daños que se le sigan al titular del bien, e incluso por la estimación de la cosa si ésta ya no es recuperable. El precio, pues, no es subrogado de la propiedad de la cosa ajena (396); lo demuestra el artículo 1.778: el vendedor cederá su acción al depositante (397). El dinero subrogado de la cosa no será del titular de ésta ni tan siquiera en los casos en que la Ley establezca una subrogación explícita, como, por ejemplo, el artículo 1.897; en este caso, el *accipiens* es deudor de esta cantidad, y el *solvens* no tiene sobre ella derecho preferencial alguno frente al resto de los acreedores. Y ni tan siquiera esta propiedad del dinero subrogado podrá afirmarse en su caso como propiedad sobre un fruto, pues constituye un principio institucional que el precio de un bien no es fruto de este bien (398). Sólo cuando entre las partes pueda ser inferida una relación de fiducia basada en mandato (aun tácito) o gestión oficiosa, los efectos del negocio se comunican directamente al *dominus*.

El principio que hay que dejar ahora sentado es que el poseedor de buena fe que enajena la cosa no comete ilícito contra el dueño, y no empobrece a éste, al conservar intacta la posibilidad de reivindicar. Esta cuestión ya había sido afrontada por Ihering en un trabajo clásico (399) destinado a combatir la opinión que, desde Cujaccio hasta Windscheid, estimaba que el poseedor enajenante estaba obligado a restituir este precio por una *condictio sine causa*, afirmación basada en dos textos aislados (Dig. 3.5.49; gestión de negocios y Dig. 12.1.23: *condictio*). El autor refuta esta opinión, elevando a principio general la tesis de que el precio no es un cómodo *ex re* que pertenezca a la *causa* de la reivindicación, sino un cómodo de negociación, y que es falso que el Derecho romano concediera *condictio* en todo caso en que existiera un enriquecimiento. En efecto, el precio de venta no es subrogado de la cosa, y se adquiere en propiedad por contrato válido seguido de tradición, aunque el vendedor sea de mala fe, y el adquirente no podría demandar al enajenante por concepto distinto de su obligación de sanear, acción de saneamiento que surge de una compraventa válida y que tiende no a la restitución del precio pagado, como si el contrato hubiese sido *sine causa*, sino a la reposición del interés positivo del poseedor comprador (400).

(396) LORENZ, *Staudinger Komm.*, § 818, núm. 17.

(397) En contra, GUILLOUARD, *Trait. du prêt*, 349, que estima que el propietario tiene acción de pleno derecho contra el comprador; en el sentido del texto, LAURENT, XXVII, núm. 109.

(398) DONELLO, XX, IV, XXII.

(399) *Ist der ehemalige gutg. Besitz...?*, cit., 230 y ss.

(400) Esta es la opinión de MOLINA, contra ciertos *iuiores theologi* (Disp. 721).

4. La obligación de entrega de dinero

Quien es deudor de una cantidad de dinero y se encuentra en mora (o en situaciones asimiladas a la mora: arts. 1.185, 1.896) prestará el interés legal (art. 1.108). Este interés es distinto del que nace con la condena a cantidad líquida de dinero de que habla el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, e independiente este último de que el deudor estuviera antes o no en mora (STS 8-10-1986).

La doctrina jurisprudencial sobre pago de intereses en deudas de dinero puede considerarse constante. Esta doctrina queda caracterizada por los siguientes datos. Si se demanda una mayor suma que la debida según la sentencia de condena, aquella cantidad es ilícida y no procede condenar al pago de intereses, generalmente pedidos desde el día de la demanda; la demanda iniciadora de la reclamación civil es el momento a partir del cual se deben intereses; los intereses moratorios se embeben en los del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si éstos eran mayores; en caso contrario, prevalecen los moratorios; si en la sentencia se otorga menos de lo pedido, no sólo no existe deuda de intereses, sino que tampoco existe mora; tampoco existe mora cuando la cantidad ha de determinarse en ejecución de sentencia (por citar sólo sentencias del año 1982, cfr. 11-2, 22-4, 18-6, 18-10 y 30-11).

La importancia del artículo 1.108 viene dada porque en las deudas de dinero no cabe otro incumplimiento que el mero retraso; una imposibilidad fortuita o culpable de la prestación no es jurídicamente posible. Una deuda de dinero no puede dar lugar a daños compensatorios equivalentes (*aestimatio rei*) de la obligación original; tan sólo intereses moratorios (401). Siguiendo en este punto una tradición inveterada del Derecho común (402), el daño prestable con la mora se cifra en el interés legal. Este principio significa que, si el interés representa equivalentemente la cifra del daño y del enriquecimiento (403), uno y otro quedan fijados en que excusa al acreedor la prueba del daño, al mismo tiempo que tiende a hacer irrelevante la prueba de un mayor enriquecimiento del deudor. En realidad, esta restricción, que es injustificada si se atiende a la evolución del Derecho comparado (404), no tiene más fundamento que el principio de Derecho romano (Dig. 18.6.20) según el cual el acreedor no puede repercutir al deudor el lucro cesante que sufre por la pérdida de la disponibilidad del dinero debido. De hecho cabe preguntarse si la mora, como cualquiera otra especie de contravención a las que se refiere el artícu-

(401) PLANIOL-RIPERT, VII, núm. 823.

(402) POTHIER, *Obligations*, núm. 170.

(403) MARTINETTI, *Interessi*, 869.

(404) La evolución de la jurisprudencia y la legislación francesa para superar los límites del art. 1.153 «Code» en su redacción original, en PLANIOL-RIPERT, núm. 877.

lo 1.101, excluye irremisiblemente la prueba de un lucro cesante o daño emergente mayor, pues de ser así existiría una contradicción difícilmente explicable entre los artículos 1.101 y 1.108 (405). Pensemos incluso que el retraso puede generar un daño no moratorio si del temor de la obligación puede inferirse la esencialidad del término de pago (406), o un daño por depreciación de la moneda, del que el acreedor podría haberse puesto a salvo adquiriendo bienes con la cantidad debida (407). Incluso parece que no es perentoria la necesidad de liquidez de la deuda, pues no se contraviene menos la obligación en el sentido del artículo 1.101 por el hecho de que la cantidad debida sea ilíquida, tanto más cuanto que la falta de liquidez puede haber sido provocada dolosamente por el deudor al negarse a la rendición de cuentas (408). De hecho, en un caso de restitución de interés no estrictamente moratorio, como el del artículo 1.896, el Código civil hace compatibles la prestación del interés legal con la indemnización de perjuicios que se le sigan al acreedor hasta la entrega de la cosa. Aún más, el artículo 1.124 del Código civil permite que la reclamación de daños y perjuicios se adicione tanto a la acción resolutoria cuanto a la de cumplimiento, y en ningún caso parece excluirse semejante pretensión si la deuda era de dinero.

Lo que, no obstante, queda fuera de posibilidad es aplicar en este ámbito las normas posesorias, como quieren Doral y Martínez Pardo (409). El deudor de una cantidad de dinero, ya esté en mora (art. 1.108) o no lo esté (arts. 1.682, 1.688, 1.724, 1.838), podrá en su caso estar obligado a la prestación de una indemnización suplementaria al simple interés legal, pero no a los frutos o lucros en general que obtenga de la dilación o retención del dinero en su poder. De la misma forma que la buena fe del poseedor no le permitiría alegar en su caso el artículo 457 al tratarse de una deuda genérica. Tampoco podría alegar después de la mora su buena fe para eximirse del pago de intereses. Sólo antes de la mora el artículo 451 puede ser análogicamente aplicable para relevar al deudor de buena fe de la prestación de intereses (cfr. STS 12-10-1897, 8-4-1912).

Tampoco en este tipo de deudas cabe aplicar sin más el principio de enriquecimiento sin causa. En este sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado que no se enriquece sin causa quien paga con moneda depreciada (SSTS. 29-4-1947, 5-4-1977, 19-4-1985). El *aleas* corre a cargo del acreedor, tanto más si por razón de su oficio debe estar al tanto de las posibles consecuencias de un precio aplazado

(405) Cfr. para el Derecho italiano GIORGIANI, *L'inadempimento*, 141 y ss.

(406) LACRUZ, II, 1.º, 289.

(407) LARENZ, *Schuldrecht*, I, 452.

(408) DORAL y MARTÍNEZ PARDO, *Nuevas orientaciones*, cit., 539.

(409) *Ob. cit.*, 543.

(S. 20-9-1982). En otros tipos de deudas de dinero que, sin embargo, no proceden de contratos sinalagmáticos, el Tribunal Supremo aprecia en ocasiones el valor de la restitución en el momento en que este pago deba tener lugar, no en el momento en que se produce o determina la cuantía de la deuda (cfr. S. 1-12-1980; mejoras hechas por un comunero y liquidadas años después; S. 9-VII-1982; colación hereditaria antes de la reforma del art. 1.045 de 1981).

5. Subrogados en la restitución de patrimonios (409 bis)

En este lugar sólo pretendemos hacer referencia a diversas hipótesis de virtualidad subrogatoria que se producen en la restitución de patrimonio, lugar donde por excelencia tiene cabida una problemática de este tipo. Con la salvedad de las hipótesis concretas de los artículos 1.186, 1.777, 1.778 y 1.897 del Código civil, acaso sea en el Derecho de familia y sucesiones donde la problemática de la subrogación tenga cabal importancia.

a) *Subrogación por destino*

De acuerdo a un principio clásico enunciado con motivo de la *petitio hereditatis*, entra en la restitución de la herencia lo adquirido por el poseedor-heredero aparente *hereditatis causa*, esto es, la adquisición destinada al servicio o utilidad de bienes hereditarios (Dig. 5.3.20) (410), aunque no se adquiera con dinero de la herencia ni mediante el ejercicio de un derecho inmaterial de la herencia.

En el Derecho español no existe referencia alguna a tal principio subrogatorio y debe ser rechazado sin más consideraciones allí donde aparentemente pudiera encontrar una más fácil aplicación (cfr. arts. 197, 783, 986 y ss. C.c.). Es evidente, en mi opinión, que el extintor comprado para servir de accesorio al coche recibido por herencia no entra en la restitución de ésta. Sólo bajo dos condiciones puede entrar en restitución lo adquirido con destino de servir a un bien sujeto a restitución.

En primer lugar, cuando el poseedor de estos bienes sujetos a restitución actúa como un gestor del sucesivo poseedor, con ánimo de comunicar los efectos al futuro titular de los bienes. En segundo lu-

(409 bis) Cfr. MARÍN PADILLA, *La formación del concepto de subrogación real*, «RCDI», 1975, 1111 y ss.

(410) Cfr. DONELLO, XIX, XIII, VI.

gar, esta restitución sólo entrará en juego cuando el bien adquirido *hereditatis causa* constituya en sentido técnico una *impensa* que debe ser restituida con la cosa por no ser separable.

b) *Subrogación por sustitución*

A la «sustitución» de bienes componentes de un patrimonio sujeto a restitución se refieren, por ejemplo, los artículos 189 y 192 de la Compilación catalana, referentes al fideicomiso. El primero se refiere al reemplazo de unos bienes por otros a fin de obtener mayor rentabilidad; el artículo 192 se refiere a las facultades del fiduciario, y entre ellas recoge la de sustituir sin demora los bienes fideicomitidos que se desgasten con su uso.

Sin embargo, cuando aquí hablamos de sustitución no nos referimos simplemente a la sustitución de unos bienes sujetos a restitución por otros más rentables, o simplemente cuando los actuales son de fácil deterioro. Me refiero principalmente a la adquisición operada con bienes propios del poseedor actual para «sustituir» con esta adquisición a los bienes restituibles deteriorados o consumidos.

A este tipo de subrogación se refiere hoy el artículo 1.436-3.º del Código civil en materia de determinación del carácter privativo de bienes adquiridos constante la sociedad de gananciales. Este artículo ha suscitado una polémica, que no podemos reproducir aquí (411), sobre el alcance de la expresión «en sustitución», según la cual, serán privativos los bienes adquiridos en sustitución de otros privativos. Yo no dudo en sumarme a la interpretación restrictiva de esta expresión, entendiéndola como una redundancia de el «a costa» a que se refiere el mismo precepto (412); es decir, sería privativo el nuevo bien sólo si se adquiere con una contraprestación (compra o permuta) de otro bien privativo, no si se adquiere con bienes presuntivamente gananciales o simplemente gananciales con el fin de sustituir un bien privativo que, prestando un servicio a la familia, se deteriore o desgaste por el uso. Lo impediría esto el artículo 1.347-3.º, precepto que me parece tan clave en el régimen de gananciales que se necesitarían razones poderosas para entenderlo implícitamente restringido. Yo no creo, al contrario que Lacruz, a quien sigue Torralba (413), que el artículo 1.398-2.º abone la interpretación contraria. A la inversa, se-

(411) Cfr. RAMS, *La subrogación real en la sociedad legal de gananciales* («RDN», núms. 125-126, 297 y ss.).

(412) Esta interpretación restrictiva la sostienen DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, IV (1982), 229, y CÁMARA, *La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad*, «ADC», 1986, 432. Por la tesis amplia, LACRUZ-SANCHO, *Familia* (1984), 365, y TORRALBA, *Comentarios a las Reformas del Derecho de familia*, II, 1591 y s.

(413) LACRUZ-SANCHO, *Familia*, 365; TORRALBA, 1591.

gún me parece. Los bienes privativos deteriorados por el uso en interés común dan lugar a un crédito contra la comunidad; prueba de que aquello que «sustituyó» en el uso a este bien no se subrogó en la cualidad originaria del bien deteriorado; pues entonces sería absurdo acumular la naturaleza privativa del nuevo bien con el crédito por el deterioro del antiguo. Dicho con todo el respeto debido a los referidos e ilustres autores, me parece inconcebible que se sustente la naturaleza privativa del lujoso Mercedes adquirido con dinero ganancial, que sustituye en épocas de boyancia económica al modesto utilitario que el cónyuge aportó a la familia. De hecho, si así no fuera, siempre que un cónyuge aportara un número considerable de bienes al matrimonio retendría para sí gran parte, si no todo, de lo adquirido posteriormente, pues ni tan siquiera el inmovilizado de más largo uso se conserva inalterable durante el régimen. Piénsese que corre a cargo de la sociedad el gasto ordinario de conservación de los bienes privativos (art. 1.362-2.º), pero no la reposición de éstos y no hay frente al consorcio pretensión alguna por parte de cada cónyuge de salir al final del régimen en el mismo estado patrimonial en que se comenzó. Sin hablar todo ello de que una solución contraria a la aquí propuesta ni se concilia con la *ratio* de la presunción de ganancialidad del artículo 1.361, que sería evitada en todo caso mediante el fácil expediente de pretender como amortizado un bien privativo, ni admite constancia registral una privaticidad de este tipo, dada la rigurosa y acertada norma del artículo 95-2.º RH.

Fuera de los gananciales, con mucha menos razón se puede inferir una subrogación de este tipo, a menos que se trate de restituir un patrimonio constituido por bienes fungibles (dinero), en cuyo caso la consistencia del patrimonio queda asegurada no por principio subrogatorio alguno, sino por la regla *genus nunquam perit*.

c) *Ejercicio de derechos inmateriales del patrimonio*

Nos referimos a los casos en los cuales en el patrimonio existan derechos inmateriales de adquisición (retractos convencionales o legales, tanteos, derecho de opción de compra, derecho de suscripción preferente, etc.) que se paguen con dinero del poseedor actual o, si se trata de gananciales, que se paguen con fondos comunes, siendo así que el derecho inmaterial es privativo por haberse adquirido antes del matrimonio la titularidad en virtud de la cual nace este derecho (por ejemplo, arrendamiento, concertado antes del matrimonio a efectos del retracto del inquilino).

El principio que gobierna esta materia es que la cosa adquirida pertenece a quien es titular de este derecho (o del derecho de que surge la facultad de adquisición) no a quien la paga (arts. 1.346-4.º, 1.347-4.º, 1.352, todos ellos referidos a la sociedad de gananciales).

En este caso, la aportación hecha por el otro patrimonio se liquidará como impensa. Ahora bien, conviene hacer una advertencia ante el común modo de entender en estos casos la expresión «pertenecer».

Decir que en estos casos un determinado bien pertenece a una persona y no a otra puede tener un doble significado. En primer lugar, nunca está de más recordar un lugar común del Código civil que muchas veces pasa desapercibido: la propiedad se adquiere en el Derecho español, entre otros medios que no interesan, por contrato y tradición. No está en el sentido del artículo 609 del Código civil que la mera propiedad del dinero que sirve de contraprestación sea un «modo» de adquirir la propiedad, como tampoco está que la titularidad de un retracto sea una de las *justas causas* por las que se adquiere el dominio. No se puede convertir una regla de *comunicación* en una regla de *adquisición*, pues entonces el artículo 609 del Código civil sería incompleto. Y no lo es. La propiedad se adquiere en el Derecho español «abstractamente» en el sentido de que los modos de adquisición (contrato más tradición) se independizan de la manera en que se haya accedido a ellos: se independiza del medio por el que se llegó al contrato (porque se tiene un derecho de opción, por ejemplo) y de lo que se paga cuando se contrata (si se compra con dinero ajeno, lo adquirido no es propiedad de este tercero; si se vende cosa ajena, el precio no es del dueño de la cosa). Y esto es en realidad lo que decía el Dig. 17.2.74, referido al contrato de sociedad: el socio está obligado a comunicar lo que adquiere en su nombre, que es suyo. Este principio no sólo es hoy aplicable, sino que es el único correcto en materia de gananciales. El retracto, tanteo, etcétera, no es un modo de adquirir, sino un *monopolio* para acceder legítimamente a una determinada adquisición: es obvio que es el inquilino y no su cónyuge quien ostenta el monopolio de este derecho de adquisición, por ejemplo. Pero si el contrato se celebra por el otro cónyuge o por cualquiera o ambos de ellos para la comunidad es meridiano, en mi opinión, que lo adquirido pertenece a quien contrata, no a quien pertenecía el derecho de adquisición. Lo que en este punto dice el Código civil son dos cosas:

1. Si el retracto, etc., se ejercita a nombre del cónyuge titular de este derecho, o por el otro actuando representativamente para el primero, lo adquirido no es ganancial por el número primero del artículo 1.347 («trabajo o industria» de cualquiera de los cónyuges).

2. Si, junto a las condiciones anteriormente dichas, la contraprestación es ganancial, lo adquirido no será ganancial por el artículo 1.347-3.º. Pero no quiere decir que si un cónyuge ejercita a su nombre la opción de compra del otro, con independencia de cuál sea el dinero con que se pague, lo adquirido es del cónyuge titular del derecho de adquisición; en esta sede lo único que dice el Código civil es que este bien será *comunicable* al cónyuge titular del derecho

de adquisición, pero no que sea suyo ya. Y mientras tanto no ocurra esta comunicación, no podrá inscribirse a su nombre.

Y lo dicho sobre los gananciales es aplicable a todo caso. Así, en la comunidad hereditaria (cfr. S. 8-4-1930). Otro tanto con los artículos 197 o 783 del Código civil. Para la reserva de que tratan los artículos 986 y siguientes del Código civil, Vallet entiende, sin embargo, que quedan fuera de la regla subrogatoria los derechos de adquisición *ob rem* derivados de la titularidad de bienes reservables (retracto de comuneros, suscripción preferente) dado que éstos no existían al tiempo de la sujeción a reserva (414).

En todo caso, una adquisición directa a favor del titular del derecho de adquisición podrá inferirse si de las circunstancias aparece que el adquirente actuó con efectos representativos para el titular de este derecho. Esto parece que deberá inferirse sin más cuando se trate de un representante legal (padres, tutor) y deberá admitirse sin dificultad apreciable cuando se trate de comunidad matrimonial, por mucho que ningún cónyuge pueda atribuirse hoy la representación del otro.

d) *Subrogación a costa de bienes del patrimonio*

Constituye con mucho la hipótesis más compleja y frecuente en la cual un determinado bien sale del patrimonio dando lugar a la entrada de otro bien que se recibe como contraprestación. Entrarán los casos de permuta, compra y venta, nuevas acciones obtenidas con cargo a reservas, crédito obtenido con préstamo del dinero restituible, dación en pago de créditos sujetos a restitución, etcétera. Para el § 2.019 BGB entran en la petición de herencia lo adquirido a través de negocio jurídico con medios de la herencia. De modo similar, el artículo 275 Compilación catalana. El Código civil se refiere a ello en el artículo 197.

Aquí conviene recordar lo dicho en el subepígrafe anterior. La propiedad se adquiere en el Código civil por contrato y tradición, no por la circunstancia de ser propio el dinero o contraprestación por la que un tercero accede a la titularidad del contrato. De acuerdo a este principio hay que solucionar la interpretación del artículo 1.346-3.º del Código civil cuando se refiere a la subrogación por haberse adquirido con dinero privativo. Este artículo no ha derogado

(414) *Panorama*, I, 839. Ha sido doctrinalmente discutida la suerte de las nuevas acciones sociales adquiridas por el fiduciario con su propio dinero, haciendo uso del derecho de suscripción que deriva de las varias acciones fideicomitidas. Cfr. un análisis de las distintas posiciones en ALBALADEJO, RDP. 1982. 531 ss. El autor se inclina, creo que con razón, por entender las nuevas acciones incluidas en el fideicomiso.

el artículo 609 del Código civil, de manera que no será del cónyuge «titular» del dinero lo adquirido en su propio nombre por el otro cónyuge, o para la sociedad de gananciales. Este artículo sólo supone que si se adquirió de esta manera existe una obligación de comunicar lo adquirido al cónyuge titular del dinero, a no ser que se infiera que el otro adquirió con efectos representativos, o que, aunque adquiriese con su propio nombre, lo hiciese por interés y cuenta de su cónyuge. Creo que en este sentido se soluciona hoy la polémica que antaño se movió como consecuencia de la subrogación en materia dotal. Este precepto del Código civil quiere decir también que si el cónyuge titular del dinero adquiere con éste a su nombre, lo adquirido no será ganancial por mucho que se haya adquirido con su trabajo o industria, de la misma forma que tampoco lo será si es su consorte quien lo adquiere para aquél. En otro caso la adquisición no se inscribiría en el Registro por la sola prueba de que el dinero empleado era de persona distinta de quien adquirió, ni tampoco aquélla podrá pedir rectificación registral probando tal extremo. El problema ciertamente se dará en escasa medida en otro tipo de bienes específicos cuya titularidad conste en un Registro público; en estos casos los actos de disposición (de inmuebles, por ejemplo) sólo podrán ser llevados a cabo por el titular registral de este bien (415).

El artículo 1.347-3.º sí es una excepción al artículo 609 del Código civil. Es ganancial lo adquirido con bienes gananciales, ya se quiera para el marido, la mujer o para ambos. De ahí provienen las normas que en esta materia recogen los artículos 93 y 94 RH; la no constancia de la contraprestación privativa hace que los bienes se inscriban para la comunidad, bien a nombre de ambos cónyuges, de uno solo de ellos o de uno solo con carácter presuntivamente ganancial; se inscriban a nombre de uno o de ambos cónyuges «para la comunidad», dado que ésta no tiene personalidad para acceder como titular registral. La razón por la que aquí dejen de actuar los resultados del artículo 609 del Código civil son efectivamente de peso. No ya sólo porque exista una «causa societatis», sino porque al no tener personalidad, la sociedad carece de órganos que actúen con efectos representativos para ella, ni puede ser en puridad titular de bien alguno. Además, si no se admitiera la subrogación automática (más que subrogación, la misma «causa societatis»), cada cónyuge podría libremente constituirse un patrimonio privativo a cargo de los bienes comunes, dada, en caso de acuerdo de ambos en este sentido, la imposibilidad que el consorcio tendría de controlar semejantes «detracciones». La defensa de acreedores y legitimarios no permite una solución distinta a la que recoge el precepto.

(415) En este sentido, LACRUZ, 364, criticando jurisprudencia en contrario anterior a la Reforma; la crítica a LACRUZ la hace, a mi parecer equivocadamente, CÁMARA, 433, not. 190. Cfr. RAMS, 326.

Si se enajenan bienes sujetos a restitución hereditaria, el precio entra en la restitución en los artículos 197, 812, 978-3.º (no en el art. 978-4.º en caso de inmuebles reservables: lo que se restituye es el *valor*). Esto no quiere decir que el precio sea ya del sucesor en la posesión, sino que el disponente y poseedor actual es deudor de un género que, en cuanto tal, está sujeto a su riesgo. Una subrogación en el precio por lo demás no beneficia al legitimado para la restitución, puesto que, sobre ser inútil para él, le somete a la posibilidad de que el precio efectivamente cobrado quede devaluado en valor real con el paso del tiempo. Otro tanto puede decirse del cobro de créditos comprendidos en el patrimonio restituible.

Si con el dinero sujeto a restitución se adquiere un bien no genérico (mediante compra, por ejemplo; pero también el crédito hipotecario conseguido con préstamo de dinero hereditario, etc.), sólo el artículo 197 del Código civil establece un subrogación. Y en verdad que la regla subrogatoria está aquí fuera de lugar, dado que la deuda del restituyente es una deuda de género. Y no ya que lo adquirido quede en poder del adquirente, sino que ni tan siquiera existe por su parte deber de comunicar los resultados de su adquisición, pues en esta materia falta una norma como la del artículo 1.346-3.º para la sociedad de gananciales. Por esta razón no puede asentirse a la doctrina contenida en la Sentencia 20-4-1917, referida a la reserva del artículo 811 del Código civil. Se heredan, con sujeción a reserva, unas acciones sociales que se venden y con cuyo producto se adquieren unas casas; la sentencia concede a los legitimados por la reserva participación en proindiviso en estas casas subrogadas en el precio de venta de las acciones, si bien limitada la participación al valor correspondiente al capital reservable, no al mayor valor adquirido por la naturaleza o negociación. La doctrina de esta sentencia es incorrecta, pues desde el momento en que los bienes específicos salieron del patrimonio reservable por un precio, era éste el sometido a reserva y no los ulteriores reemplazos de este precio, pues por la misma razón los legitimados por la reserva ya no habían de correr con el riesgo de que el azar o el tiempo echasen a perder el bien sujeto. Y por más que el Tribunal Supremo haya reconocido que el silencio del artículo 811 no prejuzga en este punto la ausencia de efecto subrogatorio (SS. 7-11-1912, 24-5-1945), esto debe entenderse limitado al caso de subrogación de los bienes específicos por el metálico de su realización en cambio, no lo obtenido por empleo o reemplazo de metálico reservable.

Creo que en la reversión que recoge el artículo 812 del Código civil la especialidad es aún mayor. Por la propia naturaleza del interés protegido, la norma habla «los mismos bienes donados». Si la donación es de dinero, creo que la norma no es aplicable. En efecto, no existiría interés en el ascendiente sino el propio de recibir una canti-

dad igual a la donada. Mas esto excede de la *ratio* de la norma. Obsérvese que si el descendiente donatario donó, a su vez, el ascendiente ya no tiene —a diferencia, por ejemplo, del art. 978-3.º— pretensión alguna ni por la cosa ni por el valor. El interés del donante queda cubierto entonces por el hecho de que al morir el destinatario sin posteridad recibirá los bienes de su descendiente por sucesión intestada o legítima, para cuyo cálculo se computa la donación que el descendiente pudiera haber hecho a un tercero. Concluyo, por tanto, afirmando que en este caso el dinero donado no está sujeto a reversión.

Todo lo dicho en este subepígrafe constituye «*quaestio iuris*». Pero si la subrogación ha de operarse en dinero, está el problema adicional de la prueba del mismo a quien pretende tener derechos sobre la cosa. El problema en realidad sólo se plantea en sede del artículo 1.346, pues en las otras hipótesis contempladas, el que adquiere a su nombre con dinero herencial hace suyo lo adquirido. Pero el cónyuge no, dada la *vis atractiva* de los gananciales y la presunción del artículo 1.361. Sólo se admitirá una subrogación privativa (en la forma y en los casos arriba dichos) cuando se demuestre fehacientemente la cualidad privativa del dinero empleado y reemplado (cfr. artículo 95-2.º RH). Realmente, pedir una prueba de este tipo es como pedirle al mercader Shylock que extraiga el corazón a su deudor sin derramar una gota de sangre; y así lo prueba una reiterada jurisprudencia registral estudiada por Cámara (416). En efecto, como señala el último autor citado, no sólo hay que probar (documentalmente en instrumento público, según el artículo 95 RH) que un dinero ingresó como privativo en el patrimonio de un cónyuge; para lo cual, acaso, bastaría probar que se vendió otro bien privativo, o que la sociedad pagó al cónyuge una obligación de la que era deudora, o que se dieron ciertos bienes en pago de un crédito privativo, o que se devolvió por la sociedad la deuda de dinero privativo que se hizo ganancial por confusión (417). Hay que probar, además de todo ello, que *ese* dinero sigue subsistiendo y que es precisamente *ése* el que se emplea, o que tal dinero no se consumió o se aplicó a la cobertura de necesidades personales o familiares. Y ni tan siquiera —con acierto— la confesión del otro cónyuge es medio hábil de despejar estas dificultades probatorias, dados los artículos 1.324 del Código civil y 95-4.º RH. Y esto no sólo ocurrirá cuando el cónyuge titular del dinero —o el otro a nombre de aquél— pretendan hacer valer el efecto subrogatorio, sino cuando un cónyuge, y en su propio nombre, compre con dinero del otro: será prácticamente imposible que pueda pretenderse por éste la comunicación de lo adquirido por falta de prueba de la condición jurídica del dinero

(416) *La sociedad*, 442 y ss.

(417) En este sentido, LACRUZ, 364.

empleado. De la misma forma que el adquirente a su nombre difícilmente convencerá al Registrador de que el dinero (acaso robado a su consorte) es suyo, y no podrá evitar que, cuando menos, el bien se adquiera con carácter presuntivamente ganancial. Otro tanto cabe decir cuando se trate de la adquisición en que concurren capital privativo y ganancial a que se refiere el artículo 1.354.

XV. ENRIQUECIMIENTO

El Código civil establece en contadas ocasiones que una persona sujeta a restituir no responda de esta obligación sino en la medida o hasta el valor de lo que se hubiera enriquecido con la prestación. En una medida u otra son los casos del *accipiens indebiti* de buena fe que pierde el objeto del pago (art. 1.897 C.c.) el incapaz que recibe una prestación por parte de un sujeto capaz (arts. 1.304, 1.756), el heredero del depositario que enajena de buena fe el objeto del depósito (art. 1.756). En otras ocasiones, el Código civil habla de restituir en la medida de lo que al destinatario de la atribución le fue ésta o no útil (arts. 1.158-3.º, 1.163). El Código civil habla también de restitución condicionada al «aprovechamiento» de la ventaja o atribución impuesta (art. 1.893). Por fin, en otras ocasiones de pérdida libertatoria del bien sometido a restitución, el Código se refiere a la entrega de la que en lugar de esta prestación quede en el patrimonio del deudor o lo que recibe como consecuencia de la pérdida (artículos 1.186, 1.777).

En todos estos casos, la nota común es que el acreedor de la prestación hecha a quien sólo ha de restituir en la medida indicada, está sometido al *aleas* de que el patrimonio del destinatario reciba «efectivamente» un beneficio real de la atribución; ni puede reclamarse la prestación en abstracto ni puede perpetuarse en su valor objetivo.

1. El alcance del principio «*in quantum factus sit locupletior*»

a) La «regula» de determinación del enriquecimiento

Según la tradición constante del *Ius commune*, la *regula* que define la existencia de un enriquecimiento es la siguiente: un determinado sujeto no se enriquece a costa de otro usando, consumiendo o disfrutando de sus bienes, si una vez realizados dichos actos sobre los bienes ajenos no tiene en su patrimonio más de lo que tendría de no haber usado, consumido o disfrutado; es decir, si con estos actos de injerencia no he ahorrado ningún gasto, ahorro medido el día de la demanda. Hay ahorro de gastos si se tendría, por parte del destinatario de la ventaja, que haber usado de recursos patrimoniales pro-

prios sustitutivos del bien ajeno (por ejemplo, pago de una deuda ajena: existe ahorro de gastos). Si el bien restituible se dona a un tercero no se está sujeto a la restitución del valor sino en la medida en que, de cualquiera otra forma, hubiera sido necesario donar un bien propio, que se ahorra; por ejemplo, la obligación de dotar a las hijas enriquece al padre si la donación se hizo con bienes ajenos (418); si el bien se pierde sólo se restituye lo que de él se conserve o por la pérdida se reciba. Si se enajena se restituye el precio, salvo que consumido o dilipendiado, el enajenante no se haya ahorrado un gasto con ello. Si se recibe la atribución por medio de un tercero, se entienden ahorrados gastos si esta atribución satisface necesidades ordinarias que hubieran debido de ser atendidas de cualquier otra manera.

Esta *regula* de medición del enriquecimiento se construye en el Derecho común sobre la base fundamental de las normas romanas que regulan la *petitio hereditatis* (Dig. 5.3) la *in rem verso actio* (Dig. 15.3) y las donaciones uxorias (Dig. 24.1) (419). Esta *regula*, que desde ahora podemos llamar de cálculo hipotético-diferencial, es la que igualmente triunfa en la Codificación alemana, de acuerdo al principio, sentado pronto por el RG, de que el enriquecimiento restituible en los casos de buena fe se mide por el «incremento real» económico en el patrimonio del obligado, no por el sólo hecho objetivo de la prestación, consumo o disposición (420).

b) Significado de la «regula»

De acuerdo a la precedente formulación, las consecuencias principales de esta construcción del enriquecimiento son las siguientes:

1.º) La restitución no está basada en la culpa o hecho propio del obligado a restituir. Más aún, la susodicha *regula* sólo tiene aplicación cuando la prestación a la injerencia han sido recibidas o realizadas por un sujeto de buena fe. De lo contrario, actuará otra fuente distinta de la restitución, la culpa o el dolo, y la obligación se perpetúa incluyendo la indemnización del *interest*.

2.º) Al igual que ocurre con la teoría clásica del *interest*, el enriquecimiento se calcula por un módulo diferencial: lo que quedaría en el patrimonio del obligado de no haberse beneficiado de la cosa o prestación ajena. Será, pues, un enriquecimiento «económico» el

(418) GARCÍA GOYENA, 179, referido al hoy art. 197 C.c.

(419) Cfr. MOLINA, Disp. 718; Cfr. Dig. 5,3,25,16; 15,3,3,1; 15,3,1,19 y 21; GRO-CIO, II, X, VIII.

(420) LORENZ, *Staud. Ko.* § 818, núm. 1. El criterio del ahorro de gastos en *Motive*, II, 838. Los intentos de la 2.ª Comisión de no liberar al deudor cuando éste aplicase la atribución a fines individuales (consumo, venta, donación) no llegó a triunfar; Cfr. *lug. cit.*, núm. 28.

—en la expresión de la judicatura alemana— «enriquecimiento realmente existente» (421). El mero hecho de haber consumido, o usado, o dispuesto de la cosa no concretan de modo definitivo el enriquecimiento, sino que resulta preciso atender a las circunstancias globales del patrimonio del obligado. Es decir, no bastaría, por ejemplo, al contrario de lo dispuesto en el ALR I, XIII, 232, que uno se haya enriquecido por un hecho o una gestión de otro que ordinariamente se pagan, sino que será preciso saber si el enriquecido de hecho lo hubiera pagado teniendo en cuenta sus propias circunstancias. De acuerdo a la concepción diferencial, tendría necesariamente que admitirse la validez de la excepción por parte del obligado de que, de no haber tenido en su poder el bien controvertido, nada de lo propio hubiera sido dispendiado, luego nada ha sido ahorrado por su parte (422). Incluso en un modelo radicalmente diferencial habría que admitir con la Sentencia del Tribunal Supremo 17-10-1916 que la mera recepción de una cosa (una joya) no es un enriquecimiento si no se prueba por el acreedor el ulterior destino de la misma dentro del patrimonio del obligado.

Responder por el enriquecimiento quiere decir, en definitiva, que el deudor no asume el riesgo en caso de pérdida de la cosa; es decir, que no puede ser considerado «en culpa» a efectos de perpetuar su obligación, como se desprende de los artículos 1.304, 1.158 y 1.897 del Código civil.

Otra consecuencia congruente con el modelo diferencial del enriquecimiento sería la consistente en el rechazo de una pretensión de enriquecimiento si éste se hubiera producido de todas maneras de no haberse procedido sobre los bienes ajenos, bien porque se hubiera actuado sustitutoriamente una causa hipotética probable, bien porque el enriquecimiento se hubiera producido a menos coste por la existencia de una «predisposición anterior al enriquecimiento» (423). Concretada en supuestos específicos, esta consecuencia se traduce, por ejemplo: no se produce en el artículo 1.893 del Código civil un «aprovechamiento de las ventajas» por parte del *dominus* si un tercero le hubiera gestionado gratis el mismo negocio por el que ahora el gestor oficioso reclama abono (424); si un determinado medio publicitario se vale de la imagen de X, que no ha consentido, para explotar renta-

(421) LORENZ, núm. 1, 18.

(422) COVARRUBIAS, *Selectio Peccatum, Opera*, I, p. 653, núm. 3. En el Derecho alemán sólo con dificultad se acepta la consecuencia aquí señalada de la concepción patrimonial del enriquecimiento: Cfr. HAGEN, *Funktionale und dogmatische Zusammenhänge zwischen Schadens und Bereicherungsrechts*, Fest. Larenz, 1973, 872.

(423) Cfr. JAKOBS, *Eingriffserwerb*, 136; LEITE, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, 1983, 495 y ss. El equivalente en el Derecho de daños puede verse en PANTALEON, 24 y ss.

(424) DONELLO, XV, XVI, IV.

blemente un producto no se abonará a X enriquecimiento alguno si se hubiese podido conseguir su imagen u otra equivalente gratis, o sólo restituirá el precio mínimo que hubiera debido pagar para conseguir idénticos resultados, ya que sólo en ello se ahorró un gasto (425).

3.º) Los criterios diferenciales de evaluación subjetiva son igualmente de aplicación cuando no se trata de enriquecimientos obtenidos por la injerencia (uso, consumo, disfrute, disposición) del obligado, sino que provienen de parte del tercero empobrecido que realizó una atribución (prestación, impensa, gestión) al obligado. En estos casos, la historia del Derecho común continental, al igual que el *Law of restitution*, utilizan los siguientes tres criterios de determinación del enriquecimiento:

— En los casos de impensas y gestión en beneficio de un tercero se dice que el destinatario se ha enriquecido si él mismo hubiera realizado el servicio o la impensa que se le impone [*si (petitor, dominus) facturus esset*]; es decir, si se ahorra gastos (426). En estos casos es preciso atender de modo exclusivo a la persona a la que se le impone la ventaja, no a la naturaleza objetiva de la misma; de forma que, una atribución objetivamente útil dejará de serlo si el destinatario no estaba en condiciones de hacerla (se construye de buena fe un chalet en el terreno de un jubilado de escasa pensión) (427); igualmente, una atribución no objetivamente útil será reembolsable si el destinatario igualmente la hubiera realizado por su cuenta.

— Con independencia del criterio anterior, un enriquecimiento es restituible si el destinatario puede realizar el valor de cambio de la ventaja impuesta (*si rem vendiderit*) (428), es decir, si le es posible vender la cosa mejorada por un precio en el que se incluya el valor de la atribución impuesta por un tercero. Una atribución objetivamente no útil se convierte en útil a estos efectos si gracias a ella se realiza en cambio el bien a un mayor valor: la casa decorada con frescos realizados por un tercero se vende a mayor precio precisamente por esto (429)

— Una libre aceptación de la atribución por parte de aquel que la recibe y que estaba en condiciones de rechazarla (*opportunity to reject*) fija de modo definitivo el carácter de restituible del enriquecimiento impuesto, sin ser preciso atender a otro tipo de circunstancias

(425) Cfr. SACCO, *L'arricchimento*, 212.

(426) Dig. 6,1,38; GÓMEZ, *Ad leg. Tauri*, 46, núm. 2; para la gestión de negocios, Dig. 3,5,9,1, y DEMOLOMBE, XXXI, núm. 107. Para la *actio in rem verso*, Dig. 15,3,3,4.

(427) KLAUSER, *Aufwendungsersatz bei Neubauten und weterhöhenden Verwendungen auf fremdem Grund und Boden*, «NJW», 1965, 513 y ss.

(428) Dig. 6,1,38; GÓMEZ, *ob. lug. cit.*; para el Derecho inglés, BIRKS, *Introduction*, 121 y ss.

(429) DONELLO, XX, XII, XXV.

(cfr. 1.158-2, 364 C.c.) (430). Esto se entiende con la salvedad de que la aceptación estuviese a su vez viciada por error (art. 1.897 C.c.) o que la no oposición a la atribución provenga de un incapaz (431).

Al igual que vimos en las hipótesis de «prestación», aquí el beneficiado no corre con el riesgo de que la atribución se frustre antes de la demanda (cfr. art. 1.893-1). Así lo establece la STS 6-12-1985: el dueño no ha de pagar ninguna mejora que haya desaparecido al tiempo de entrar en posesión, ni aunque la pérdida obedezca a caso fortuito no imputable al poseedor.

2. Derecho español

Un modelo como el aquí establecido no tiene correspondencia en el Derecho español, como a continuación pasaremos a ver. En principio, en el Derecho español, la restitución en la medida del enriquecimiento es un modelo *excepcional*, aceptado parcialmente por el Código civil sólo en determinados casos donde concurre una razón de peso para sustraer a una determinada persona a la aplicación de las reglas generales. Quiero decir excepcional en el sentido relativo al modelo que hemos diseñado en el subepígrafe anterior, que es el canon tradicional de fijación del enriquecimiento. No será así, en cambio, cuando la idea de enriquecimiento se utilice, como se acostumbra en la práctica, como una mera descripción de un determinado efecto jurídico. Constituye sin más un abuso del lenguaje afirmar, como tantas veces se hace, que el deudor está obligado a pagar porque esto es una exigencia del principio del enriquecimiento, o que la restitución ex art. 1.303 es recíproca porque así lo exige el principio de enriquecimiento; o que el reembolso del pago hecho por tercero con conocimiento del deudor es una acción de enriquecimiento. En este sentido, *enriquecimiento* aquí será utilizado sólo en el sentido técnico que ha quedado definido en el modelo anterior y remitido exclusivamente a los supuestos del Código civil que al inicio del capítulo recogíamos.

a) *La regla general del Código civil*

Que el Derecho español no está sujeto en la restitución de buena fe al principio general del enriquecimiento se prueba con dos proposiciones fundamentales. Primera, que a diferencia del Derecho común, el heredero del dañante o del ilícito sustractor de un bien no limitan (a falta de inventario) su responsabilidad a lo que hubiesen aprove-

(430) BIRKS, 114 y ss.; DONELLO, XX, XII, XVIII.

(431) Cfr. STS 10-VI-1974.

chado de aquel hecho al recibir la herencia (432). Esto queda excluido sin más por el artículo 105 del Código penal. Segunda, el tercer poseedor de buena fe no restituye el valor del disfrute ajeno con el que se haya enriquecido; lo excluye el artículo 451 del Código civil.

En Derecho español, el principio cardinal de la restitución que no ha de hacerse en especie, es la restitución del *valor*. Así, en todas las formas de apropiación de bienes ajenos en la que el autor de la intromisión no deba responder por la cifra más alta del daño (arts. 360, 375, 380, 383); la restitución del objeto eficazmente enajenado, o perdido, deteriorado o consumido, se determina en el valor objetivo (arts. 645, 650, 457, 1.185, 1.147, 1.303, 1.295), siempre que a su vez no haya razón de responsabilidad para responder por un concepto más amplio. Aparece en estos casos como indiferente cuál sea el provecho real obtenido por el obligado e incluso cuál sea de hecho el daño real del legitimado (433). En este sentido puede decirse que cuando la restitución no ha de hacerse en especie, el valor constituye el límite mínimo y máximo (y los daños, en su caso) (434). Incluso en los casos en que el Código civil habla de «precio» sustitutorio de la cosa debida y perdida (arts. 1.147, 1.185), esta mención se entiende como valor (435).

Utilizando una fórmula latina, podríamos decir que en Derecho español es prevalente la *actio in quod pervenit*, no la *actio in quantum locupletior factus sit*.

b) *Disposición de buen fe de la cosa*

Un poseedor de buena fe no restituye al dueño en la medida de su enriquecimiento, fijado en el precio, cuando enajena la cosa poseída. Ya he dicho en el capítulo anterior que no es el enriquecimiento por el precio el módulo restitutorio en este caso y de modo general, porque el poseedor de buena fe está sujeto al saneamiento frente a su comprador, y jamás puede oponerle a éste —cuando es objeto de reivindicación o de otra acción— que sólo le restituirá en la medida en que el vendedor de buena fe se enriqueció con la venta. Si

(432) Dig. 50,17,38; 43,17,2; DERNBURG, II, núm. 129; Part. 7,15,3.

(433) El art. 22 Comp. Cataluña dispone que si la donación uxoria es de dinero, sólo se puede reclamar lo que con él se haya enriquecido el donatario, y nunca por encima del importe de lo donado.

(434) Respecto de los frutos, MOLINA, Disp. 718.

(435) En el Derecho alemán es todavía discutido qué deba entenderse por «valor» a efectos del enriquecimiento en el § 818-2.º «BGB», y si en general el valor objetivo constituye el objeto primario de la restitución que no ha de hacerse en especie: Cfr. LARENZ, *Zur Bedeutung des Wertersatzes in Bereicherungsrecht*, Fest. Caemmerer, 1978, 209 y ss.

el poseedor de buena fe respondiera en el Código civil *frente a todos* por su efectivo enriquecimiento, habría que admitir en nuestro Derecho que toda disposición de bienes ajenos hecha por un no legitimado de buena fe es eficaz frente al dueño (o frente a los acreedores que ejercitan una acción hipotecaria) (436); o bien que el *dominus* ha de pagar para poder reivindicar con el fin de evitar un regreso gravoso del reivindicado contra el enajenante. Con la excepción, acaso, del artículo 1.765 del Código civil: el propietario podría reivindicar del adquirente del bien depositado en manos de un incapaz, porque en acción de regreso contra éste, el propio incapaz podría oponer a su adquirente la nulidad ex art. 1.304 del propio contrato de venta.

Es decir, un poseedor de buena fe que enajena la casa no responde frente a un comprador por un solo enriquecimiento, sino por la medida del artículo 1.478 del Código civil. A su vez, un poseedor que adquirió onerosamente la cosa de un tercero no puede repercutir el precio de adquisición en el reivindicante. Este, a falta de contrato, no ha de reembolsar lo que el poseedor pagó por acudir al bien (principio de relatividad de los contratos: art. 1.257 C.c.), a menos que haya elementos para pensar que, con la adquisición, el poseedor gestionó un interés del dueño que ahora reivindica, y siempre que éste «aproveche las ventajas» (art. 1.893) (436 bis); si no se puede hablar de «gestión», pero por cualquier razón el precio repercutió en utilidad (directa o indirecta) del *dominus*, esta utilidad es deducible (acaso con el derecho de retención ex art. 453).

Por esta razón, cuando el Código civil establezca que un determinado sujeto que enajena un bien ajeno responde frente al dueño y frente a todos *por el enriquecimiento* (art. 1.897 C.c.) habrá que admitir sin más que el dueño puede reivindicar del poseedor actual si éste no tiene contra el obligado acción de regreso por el saneamiento: es decir, si el *accipiens indebiti* donó lo pagado por un tercero, el propietario puede reivindicar de este tercero (437).

Un poseedor o un *accipiens* de buena fe que tienen al mismo tiempo la cosa y el precio, sólo restituirán aquélla. Si, por ejemplo, vendieron el bien poseído, pero después lo recuperaron por un precio menor, la diferencia del precio no es restituible al actor, aunque les haya enriquecido. Y si la cosa se readquirió por resolución de la venta, de la que el poseedor enajenante obtiene por parte de su adquiren-

(436) Dig. 5,3,25,17, para la petición de herencia; Cfr. LÓPEZ, glos. a «recibión», Part. 6,14,5.

(436 bis) COVARRUBIAS, *Relect. Peccatum, Opera*, I, p. 654, núms. 3-5.

(437) El tema ha sido discutido. En sede del art. 1.778 entiende MIQUEL que el propietario puede reivindicar, pero que el heredero del depositario puede cobrarse del depositante este gasto por el concepto de reembolso del 1.779 (*La posesión de bienes muebles*, 1779, p. 425). Para el art. 1.897, BALLARÍN, *El cobro de lo indebido* (1985), página 161. De mantener esta opinión (obligación de reembolso del dueño), la reivindicación quedaría convertida en un derecho de readquisición.

te una indemnización de perjuicios ex art. 1.124 o el montante de una cláusula penal, ni unos ni otra se restituirán al actor cuyo interés no excede de la pretensión de la cosa.

c) *Restitución de la cosa en manos del tercer poseedor de buena fe*

En el Derecho español un tercer poseedor o no restituye si es de buena fe (art. 1.295 C.c. 34 LH), o aun siendo de buena fe, restituye en una medida, acaso, superior, a la de su enriquecimiento real.

Ya hemos dicho anteriormente que este poseedor no puede restar o deducir de su restitución lo que él mismo pagó a un tercero, acaso insolvente, para procurarse el objeto que ahora se restituye. Si el tercer adquirente (protegido) de los artículos 1.295 del Código civil o 34 de la Ley Hipotecaria consume el bien no pueden ser demandados en la medida en que con ello se hayan enriquecido si, por ejemplo, además de ahorrarse gastos, adquieren la cosa a un precio menor del que ordinariamente hubieran debido pagar en el mercado. Si el poseedor del artículo 457 del Código civil destruye culposamente el bien por propia negligencia, el poseedor intermedio que se lo vendió de buena fe no puede estar sujeto a la acción de enriquecimiento del *dominus* que ve frustrada su pretensión a la cosa, pues el riesgo del artículo 457 es del *dominus*, no desplazable a anteriores poseedores de buena fe que dejaron de poseer sin dolo. Si un poseedor de buena fe respondiera por su enriquecimiento, no sólo entregaría los frutos que, descontados costes, supusieron para él un beneficio real, sino que cobraría además todos los gastos, incluso los suntuarios, pues con todos ellos se empobrece (437 bis).

d) *La aparente restitución del enriquecimiento por el «accipiens indebiti».*

Dada la remisión explícita o implícita de los artículos 1.897 y 1.898 del Código civil a las normas posesorias, se hace posible que el *accipiens indebiti* retenga un beneficio que supone para él un enriquecimiento, como los frutos. Y se le impide al mismo tiempo repercutir del dueño unos gastos, como los suntuarios hechos de buena fe, que empobrecen de hecho al *accipiens*, así como cualquier otros gastos que no puedan ser considerados como impensas. La restitución por el precio de venta no puede ser considerada tampoco como una restitución que responda al enriquecimiento real del *accipiens*; si la cosa mejorada había sido enajenada por el *accipiens*, el plusvalor se incluyó en el precio; obligarle a restituir éste, sería como obligarle a entre-

(437 bis) POTHIER, *Propriété*, núm. 439; GARCÍA, *De expensis*, I, 15.

gar la cosa sin reembolso de estos gastos, contra lo dispuesto en el artículo 1.898. Es claro entonces que el *accipiens* podrá deducir del precio lo que, de haber tenido la cosa en su poder, podría obtener del *solvens* como reembolso de gastos. En cambio, aunque el *accipiens* resulte perjudicado, no podrá descontar del «precio» los gastos de mediación, ya que éstos no son «impensas» en la cosa.

e) *Enriquecimientos impuestos*

Lo que queda en nuestro Derecho de este modelo tradicional del enriquecimiento, no pertenece en verdad al enriquecimiento por intromisión, sino a los supuestos de enriquecimientos *impuestos*, como los servicios prestados sin causa a un tercero (v.gr. SS. 26-11-1926, 10-2-1962) o por medio de una impensa. En unos y otros casos siguen siendo válidos los criterios diferenciales-subjetivos en orden a decidir si el destinatario de la atribución impuesta se ha enriquecido: el enriquecimiento se mide de acuerdo a las circunstancias personales del sujeto beneficiado, y aun así, con la corrección suplementaria de la regla del doble límite, a cuyo tenor lo restituible es la menor suma entre el gasto y la ventaja efectiva. Ello es así no sólo en el artículo 453 del Código civil, sino igualmente en el artículo 1.158-3.º: la *utilidad* obtenida por el deudor nunca será restituida en una medida superior al efectivo desembolso del *solvens* si aquella utilidad es mayor que este gasto (438).

f) *Recapitulación: el enriquecimiento del poseedor de buena fe*

Resumiendo lo que a este respecto hemos venido estableciendo en éste y anteriores capítulos, creo que el estatuto del poseedor de buena fe se describe, en relación con el principio de restitución del enriquecimiento, de la siguiente manera:

1.º) De los provechos obtenidos del disfrute de un bien ajeno no se restituye el enriquecimiento real del perceptor (art. 451).

2.º) Si ha sido enajenado de buena fe un bien ajeno, y el titular conserva la posibilidad de reivindicar, no puede optar por pedir al poseedor de buena fe el precio de enajenación o pedir de tercero la entrega de la cosa. No sólo porque la acción de enriquecimiento sería subsidiaria, sino porque con ese precio ni el dueño se ha empobrecido ni el poseedor incurre en daño resarcible. Es decir, no debe imponer esta opción contra la voluntad del poseedor-vendedor, pues muy bien éste puede aceptar tal opción si prefiere restituir este precio que pagar

(438) BERCOVITZ, *Comentarios al C.c. y Compil. for.*, XVI, 1.º, 48.

los costes del saneamiento del artículo 1.478 (438 bis). Todo ello salvo que el vendedor sea alguien que a tenor de la Ley esté obligado frente al *dominus* a restituir «lo recibido» (mandatario). En estos casos, la restitución del subrogado impide ciertamente la reivindicación contra el adquirente (439).

3.º) Si se dispone de buena fe y la cosa es usucapida o perdida en manos del adquirente de buena fe, el riesgo lo ha de sufrir el dueño, no el poseedor enajenante, pues éste ni responde frente al comprador, al no haber sufrido éste la evicción, ni responde contra el dueño, al no haber cometido ilícito imputable. Desde luego, contra el usucapiente no puede reclamarse nada por mucho que con la cosa se haya enriquecido, por ejemplo, por haberla recibido a título gratuito.

Lo afirmado en este número respecto al enajenante de buena fe es, por supuesto, también el caso, aunque el precio de enajenación sea superior al precio por el que por su parte este tercero adquirió el bien, pues este enriquecimiento lo obtiene por su contrato celebrado con tercero no de la cosa del actor. En efecto, desde el análisis marxista se sabe que el ciclo de formación de capital «Dinero-Mercancía-Dinero incrementado» no es una función de la variable simple del valor intrínseco de la mercancía. Y desde mucho antes se sabe que «la ganancia obtenida por la búsqueda de mercados óptimos es lucro que pertenece siempre al vendedor» (439 bis). Ello, además, es doblemente fundamentado si se atiende a otras variables; cualquier tipo de aplicación («valor añadido») a la cosa (incluso la búsqueda del mercado óptimo) es una *impensa* en la cosa, que el enajenante podría cobrar del actor de conservar la cosa en su poder. Y aún más, si este enajenante es a su vez un sujeto que, caso de ser reivindicado, tendría saneamiento contra su causante, no se le puede obligar a entregar el precio porque no podría actuar en regreso contra aquél, ya que éste le garantiza la pacífica posesión de la cosa, no de una cantidad de dinero, que no fue lo que se vendió. En efecto, ¿por qué habría de prestar el saneamiento si la cosa se encuentra en la posesión pacífica de alguno de los sucesivos subadquirentes?

O, dicho de otra forma, en la composición de intereses del Código civil, el enajenante de buena fe ha de correr el riesgo de que la cifra de saneamiento sea mayor que lo que él obtuvo con la venta, mas

(438 bis) En el Derecho alemán es aún muy discutido si el § 281 «BGB» (cómodo representativo de la prestación debida y perdida) resulta o no aplicable en el marco de la *reivindicatio*, y, si en caso de serlo, la reclamación de este cómodo supone y en qué manera una ratificación de la disposición hecha por el poseedor; rechazan esta equivalencia RAISER, en WOLFF-RAISER, I, 572; JOCHEM, «MDR», 1975, 177, y MERLE, *Risiko und Schutz des Eigentümer bei Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten*, «AcP» (183), 81 y ss.; 84 y s.

(439) Cfr. GLUCK, *Pandette*, VI, p. 184.

(439 bis) MOLINA, *Disp.* 720.

no ha de correr cumulativamente el riesgo de que, por hecho de tercero, el actor no pueda recuperar la cosa del adquirente-poseedor actual.

4.º) Una restitución del enriquecimiento obtenido por el poseedor de buena fe creo que sólo tiene lugar en dos casos. En primer lugar, y por una razón de equidad, cuando él obtuvo gratuitamente la posesión que después cedió a un tercero por precio; ya hubiera adquirido gratuitamente la posesión del mismo dueño (el heredero aparente de buena fe del artículo 197, el depositario del artículo 1.778 o el *accipiens* de buena fe del artículo 1.897, al que se le hace un pago que no se le debía) o de un tercero, o se lo haya procurado directamente el poseedor (vende por error una hectárea de la finca vecina por estimar que está incluida en los linderos de la propia, etc.). Y aun en estos casos el poseedor se ha de ver reembolsado en todos los gastos hechos en la cosa y todas las mejoras que realizó e incluyó en el precio de venta y todos los daños. Y estos gastos deducibles no se limitan a los que, de haber sido reivindicados, podría reclamar el actor, sino todos, dado que en aquel caso estaría sujeto en *razón de la cosa*, mientras que en éste sólo restituye en la medida de su efectivo enriquecimiento, que exige una ileción total, dado que el poseedor enajenante ha asumido en este caso el riesgo —de hecho no impuesto por ninguna norma— de que el propietario no haya podido recuperar la cosa del tercero. Y no se arguya en contrario el artículo 1.897, pues hemos visto y veremos aún más que en este caso sólo aparentemente se trata de una restitución de acuerdo al principio del enriquecimiento.

El poseedor ha de responder por su enriquecimiento, en segundo lugar, cuando la cosa se pierda en su poder, con o sin culpa, pero como efecto de esta pérdida ingrese en su patrimonio un cómodo representativo. Parece en estos casos de justicia la aplicación analógica del artículo 1.186 del Código civil (440), tanto más cuanto que el referido principio que contiene el artículo 1.186 no es más que la derivación original de la regla *meus est quod ex rei mea superest* (441). También se deberá entregar lo que materialmente reste de la cosa. Mas si el poseedor de buena fe hizo gastos en la cosa y como consecuencia de ello se obtuvo el subrogado (concertó por ejemplo el seguro y pagó las primas) estos gastos serán reembolsados como impensas hechas en la cosa. No serán abonados otros gastos hechos en la cosa y que ni existan en el momento de la demanda o que, aun existiendo, no hayan sido determinantes de la percepción del subrogado. Otros gastos y daños serán en su caso recuperables de un tercero si se da el respectivo supuesto del saneamiento por evicción.

(440) GARCÍA GOYENA, 228; POTHIER, *Propriété*, núm. 333; SCHULTZ, *System*, 334.

(441) ROCA JUAN, *Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida*, «Est. Hom. De Castro», II, 563.

5.º) Creo que el mismo régimen descrito en los números anteriores es aplicable cuando la irreivindicabilidad no surja de hecho de tercer poseedor (pérdida, consumo, usucapión), sino que provenga directamente de alguna norma de protección del tráfico. Aquí debe tenerse en cuenta, además, lo siguiente: si a su vez el poseedor enajenante estaba ya protegido por esta norma de irreivindicabilidad no se podrá proceder contra él por el precio en ningún caso. El tercero adquirente del artículo 1.295 del Código civil que enajena a su vez la cosa, no estará en ningún caso sujeto a la restitución del precio, pues tampoco lo estaría a la restitución de la cosa; el titular registral que enajena a un tercero, y a su vez aquél ya estaba protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no restituirá en modo alguno el precio, pues es claro que la protección registral no sólo alcanza a las acciones sobre la cosa, sino a todo el ciclo de circulación de los bienes. De esta forma, si A transmite a B, que reúne las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y posteriormente B dona a C, que a su vez vende a D, C no está sujeto ni a la cosa ni al precio. Dicho de otra forma: A partir del momento en que la circulación del bien se interpone un título de irreivindicabilidad, no hay en ningún caso traslado del riesgo a los sujetos que intervienen en el tráfico de la cosa a partir de este momento.

6.º) Si entre el legitimado y poseedor media una relación en virtud de la cual éste esté, en todo caso de pérdida, sujeto a la restitución del valor (arts. 645, 1.307, etc.), se estará a esta norma con irrelevancia del enriquecimiento o empobrecimiento que como consecuencia de la pérdida haya obtenido o sufrido el restituyente.

7.º) Si el poseedor establece sobre la cosa un derecho real o personal limitado, es preciso igualmente hacer distinciones. Si este derecho no es eficaz contra el actor (v. gr. arrendamiento no inscrito) el derecho desaparece con el triunfo de la acción, y en su caso tendrá el constituyente que sanear al titular de este derecho. Si es eficaz la constitución, a su vez hay que distinguir. Si en virtud del derecho se paga renta o canon, los adquiridos hasta entonces por el poseedor son frutos civiles no restituibles; los posteriores, del sucesor en la posesión; el poseedor de buena fe no responde del minusvalor que a la cosa se le siga como consecuencia del gravamen. Si el derecho se constituyó a título gratuito no se darán las circunstancias para que actúe la fe pública registral con eficacia contra tercero (así el legado de usufructo inscrito, recayendo sobre inmueble no hereditario, no es oponible al dueño del inmueble). Si se constituye el bien poseído en garantía de un préstamo hipotecario, el poseedor entregará al actor la cantidad recibida en préstamo, como si se tratara de un subrogado de la pérdida jurídica del valor de la cosa como consecuencia del gravamen; pero el poseedor debe quedar ileso y el actor deberá

liberarle de la deuda con el acreedor hipotecario. En la persona del poseedor no debe quedar ningún riesgo salvo, en su caso, el precio pagado a un tercero.

3. La restitución del incapaz

Según el artículo 1.304 del Código civil el incapaz no está sujeto a restituir por la acción de nulidad, sino lo que se hubiera enriquecido. Según el artículo 1.163 el pago hecho a un incapaz será válido en cuanto aquél se hubiere convertido en su utilidad. La primera de las normas citadas proviene del Dig. 26.8.1; la segunda, del título del Dig. referido a los pagos 46.3.15 (si las monedas pagadas *salvi sunt* en poder del incapaz).

Por la primera de las normas citadas el incapaz queda exento del régimen general de la restitución ex art. 1.303; excluye igualmente la eficacia del artículo 1.308, de manera que no jugará contra el incapaz la *exceptio inadempti* que en esta norma se contiene. Excluye igualmente el principio de distribución de riesgos del artículo 1.314-1, de forma que incluso la pérdida culposa de la prestación se traslada al contratante capaz. Está exento, por tanto, de las exigencias impuestas por el sinalagma, a saber, la reciprocidad y equivalencia de la restitución, y la regla de no desplazamiento del riesgo a la otra parte en las obligaciones recíprocas.

De acuerdo al artículo 1.163, ni el incapaz ni su representante pueden pretender la nulidad, y consecuente obligación de repetir el pago, si éste le ha sido útil al incapaz (442). «Útil» no es en esta sede, a diferencia del artículo 1.158-3, la medida del reembolso por una atribución impuesta, sino el criterio de exención de nulidad. Por ello, como en el artículo 1.158-3, el pago es útil si no se malogra el objeto del pago; pero igualmente, para ser útil, debe corresponderse con el objeto de la obligación. Un pago parcial o inexacto puede ser útil, pero puede ser rechazado (442 bis).

La relación entre las dos normas referenciadas no siempre ha estado del todo clara en nuestra doctrina (443). Mas de hecho las normas tienen campos diferenciados claros. Será de aplicación el artículo 1.163 y no el 1.304, cuando se contrató por el representante, pero el pago se hizo al incapaz, o cuando por cualquier razón se contrató siendo

(442) Cfr. POTHIER, *Obligations*, núm. 504.

(442 bis) BERCOVITZ, *Comentarios, cit.*, siguiendo a LACRUZ, 88.

(443) DELGADO dice textualmente: «la recepción material por el incapaz de la prestación pactada no es pago válido, sino cuando se hubiera convertido en su utilidad; por ello sólo habrá de restituir en su caso lo que recibió válidamente, es decir, aquello en que se enriqueció», *Comentarios, cit.*, 297.

capaz y la incapacidad sobreviene antes del pago (444). Igualmente, cuando el negocio es nulo, pero ni el incapaz ni su representante demandan la nulidad por el artículo 1.302, y sin embargo, se pretende la nulidad del pago por haber entregado la cosa al incapaz y no a su representante. O bien, cuando la obligación no surge de contrato (el padre privado de la patria potestad que, obligado a pagar una pensión alimenticia a sus hijos menores, le entrega a éstos el dinero, y no a la madre, representante legal de aquéllos).

Cuándo se puede decir que el incapaz se ha enriquecido o le ha sido útil un pago, es algo que se discutirá con más pormenor en las siguientes páginas. Aquí sólo se trata de poner de manifiesto que es este supuesto el único caso en el Código civil donde se responde plena y exclusivamente por el enriquecimiento en sentido estricto. Como decía Pothier sobre el artículo 1.765 del Código civil, la obligación del depositario incapaz no surge de contrato, sino del sólo hecho del enriquecimiento (445) (446). Los criterios para decidir la existencia de este enriquecimiento deben ser los expuestos al describir el modelo diferencial. El riesgo es totalmente desplazado a la otra parte del contrato, incluso cuando la prestación hecha al incapaz es de dinero, que, por ejemplo, se derrocha (contra, por ejemplo, art. 1.897). Y sobre todo y principalmente, la restitución en cuanto se hubiera enriquecido con la cosa de que hable el artículo 1.304 es aplicable a los frutos; se aplicará a este incapaz el principio tradicional de la *petitio hereditatis*, y restituirá los frutos que conserve en su poder con deducción de todos los gastos, y los consumidos y gastados con los que haya ahorrado gastos. En este caso, creo que las normas clásicas del principio del enriquecimiento son inescindibles, y la multiplicación del riesgo soportable por el otro contratante deberá ser equitativamente compensada con la restitución de los frutos en la manera indicada. Es decir, que el incapaz, para su beneficio o perjuicio, estará sometido a las resultas del principio del enriquecimiento.

El artículo 1.163 del Código civil no es, al contrario que el artículo 1.304, una norma de restitución, y en este sentido interesa menos a nuestro estudio. Es precisamente una norma que evita la restitución mediante el expediente de compensar la reclamación de un segundo pago, hecha por el incapaz, con la acción de enriquecimiento que cabría al *solvens* para recuperar el primer pago (447).

(444) BERCOVITZ, *cit.*, 88.

(445) POTHIER, *Cont. de Dépôt*, núm. 6.

(446) Y sólo restituirá en la medida de su enriquecimiento, aunque el hecho que da lugar a la pérdida de la atribución nada tenga que ver con la incapacidad. En sentido contrario, para la *restitutio in integrum* del menor, Dig. 4,4,11,4, y PEANIOL-RIPERT, VI, núm. 323, que estiman que el riesgo del caso lo sufre el incapaz.

(447) BERCOVITZ, 85.

El artículo 1.291-1.º del Código civil no es una norma de enriquecimiento. La rescisión por lesión en más de un cuarto no se fundamenta en que el pupilo no se haya enriquecido. Consecuencia de ello es que si el pupilo resulta lesionado en un cuarto por caso fortuito distinto de la mera «insuficiencia» de la contraprestación, no hay rescisión. A diferencia del artículo 1.304, en el 1.291 el contratante no soporta el riesgo del caso.

Aunque su problemática no corresponda al objeto de nuestro estudio hay que hacer resaltar el profundo absurdo que supone el artículo 1.304 del Código civil. En efecto, aquí el enriquecimiento es módulo de la restitución cuando en rigor debería serlo de la validez del negocio (como en el art. 1.163). Es decir, lo lógico sería considerar que un contrato con incapaz es «válido» en la medida en que con él este incapaz se haya enriquecido o, mejor, en la medida en que este contrato le haya sido útil. Así ocurre en el Derecho inglés (447 bis), y se considerará válido el contrato con el menor no sólo cuando negocia sobre cosas necesarias (v. gr. el menor que paga el billete del autobús urbano), sino simplemente cuando le es útil (v. gr. contrato entre un cantante *pop* menor y su *manager*).

4. La prueba del enriquecimiento

Cuando la Ley imponga la restitución del valor por la injerencia en bienes ajenos (arts. 360 y concordantes) o cuando se establezca la obligación de restitución del precio de enajenación (art. 1.897) el actor no ha de demostrar sino el hecho de la injerencia o la realidad del precio, y en ambos casos la previa propiedad sobre el bien litigioso; pero no ha de probar el curso ulterior del patrimonio del obligado para determinar si de hecho aquellas circunstancias le enriquecieron y en cuánto. En la realidad de las cosas, ni tan siquiera tendrá (ni generalmente podrá) que probar el precio que se reclama, sino la simple estimación objetiva del bien (cfr. arts. 645, 973 C.c.).

Si se reclama de un poseedor el enriquecimiento que obtiene con la pérdida del bien, el actor no sólo habrá de probar la propiedad que tenía en ese bien, sino la realidad y alcance del subrogado representativo.

El problema principal radica en aquellos casos en los que por mandato legal se restituye en la medida del enriquecimiento. ¿Quién probará en estos casos el enriquecimiento o utilidad de que hablan los artículos 1.304 y 1.163? Porque, en efecto, en otros casos no existe problema, y la prueba corresponderá a quien se benefició de que

(447 bis) ATIYAH, *Introduction to the law of contracts*, 1975, pp. 99 y ss.

la atribución sea útil. Así la utilidad del acreedor de que habla el artículo 1.163-2 la ha de probar el *solvens*; la del *dominus* en los artículos 453 y 1.893, quien impuso la ventaja. Pero en el caso del incapaz la cuestión es más dudosa dado que sólo él puede demandar la nulidad.

Tanto en la doctrina (448) como en la jurisprudencia (449) se entiende que en el artículo 1.304 corresponde al contratante capaz la prueba de que el incapaz se ha enriquecido, y en el artículo 1.163-1 corresponde al pagador probar que la prestación —que deberá ser íntegra y exacta— le ha reportado utilidad al incapaz.

Yo, por mi parte, no puedo asentir dicha doctrina. Por mucho que en el artículo 1.304 el contrato sea ineficaz, actúa siquiera de modo primario la idea de sinalagma. En el artículo 1.304 no hay un *fundamento* de la obligación de restituir, sino un *límite* a la acción restitutoria general del artículo 1.303, de la misma forma que el artículo 1.314-2.º lo es respecto del 1.314-1.º; su propia situación sistemática lo confirma. Este límite se justifica en las propias razones personales del incapaz. Si la prestación se conserva *in natura*, o es una cantidad de dinero o consiste en un hacer, el contratante sólo tiene que probar que tuvo lugar, pero no correr con la prueba imposible de hechos negativos: que no se perdió la cosa, que no se malgastó el dinero, etc. Ni podrá probar tampoco si el dinero entregado lo gastó o no en algo necesario o si hizo con él un viaje y lo derrochó. La carga de la prueba debe correr en contra de quien es mayormente *capaz* de controlar y conocer el curso de los acontecimientos dentro del patrimonio del incapaz, y es precisamente el propio incapaz o su representante. Si el incapaz pide la nulidad de la obligación, tendrá que probar no sólo en efecto esta incapacidad, sino también las circunstancias que le eximen de los artículos 1.303 y 1.308, cuales son las que determinan que con la cosa no se ha enriquecido. Si pide la nulidad del pago en el artículo 1.163 tendrá que probar que el pago íntegro y exacto le fue inútil. Porque el otro contratante no podrá de hecho probar nunca lo contrario. Si se pide la nulidad, el incapaz habrá de entregar lo recibido y en sede del artículo 1.314-2.º no será el demandado el que deba probar que la cosa no se ha perdido en poder del incapaz; prueba a todas luces imposible si se trata de dinero.

Creo que en esto radica la diferencia entre los artículos 1.304 y 1.163-1, de un lado, y el resto de los preceptos donde de una manera

(448) DELGADO, *Comentarios*, 300; BERCOVITZ, 84; Díez-PICAZO, *Fund.*, I, 620; PLANIOL-RIPERT, núm. 323; LAURENT, XIX, núm. 70. En los *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, I, 1979, 67, estima en cambio Díez-PICAZO que esto constituye una excepción a las reglas de distribución de la carga de la prueba.

(449) SSTS 22-X-1894, 17-X-1916, 9-II-1949.

u otra se hace referencia a la utilidad. El pagador tiene que probar en el artículo 1.163-2 la utilidad del pago porque lo ha entregado precisamente a persona distinta de su acreedor. El *dominus*, en los casos de los artículos 453 y 1.893 no está vinculado por contrato con quien le impone la ventaja, de manera que al faltar un presupuesto que permita dilucidar si esta atribución es íntegra y exacta, será quien atribuye la ventaja el que deba probar la utilidad del beneficiario. En el artículo 1.158-3 ocurre otro tanto; al haberse opuesto al pago, el deudor demuestra un desinterés en el hecho de que el tercero cumpla su obligación, y en el caso de que así lo haga tendrá que afrontar la prueba de que a pesar del rechazo del deudor —lo que denota *prima facie* inutilidad del pago— la prestación le ha sido efectivamente útil.

5. La desaparición del enriquecimiento

a) *Derecho comparado*

El §142 *Restatement of Restitution* considera como una *defence* a la pretensión de restitución el *change of position*. Se da tal excepción cuando, atendidas las circunstancias, sería injusto pretender la restitución cuando la ventaja ya no se conserva en poder del deudor. En el Derecho alemán el deudor puede oponer a la pretensión de enriquecimiento del deudor la circunstancia de que la atribución se ha perdido o disminuido, de tal forma que dicho deudor ha perdido el objeto que constituye el enriquecimiento (§818-3). Otro tanto ocurre con el artículo 64 del Código suizo de las obligaciones.

Según Lorenz, se da *Wegfall* del enriquecimiento cuando se produce alguna de las siguientes circunstancias, que hacen desaparecer o simplemente reducen la atribución que el deudor conserva en su poder (450):

1. Pérdida casual o culpable de la prestación, incluso cuando el activo del deudor no alcanza a su deuda de enriquecimiento.
2. Destino antieconómico de la prestación: uso del dinero en gastos que de otra suerte no había hecho, enajenación de la cosa por debajo de su valor, etc.
3. Gastos hechos en el bien restituible con independencia de que aumenten o no el valor de la cosa. Entre los «costes de adquisición» no se computa el precio pagado a un tercero.
4. Negocios dispositivos patrimoniales hechos en la confianza de la validez de la adquisición.

(450) *Staudinger Komm.*, § 818, núms. 34-40.

5. Si en la confianza de la adquisición se dejan perecer derechos que se tenían contra terceros.

6. Daños producidos en el patrimonio del deudor como consecuencias de la adquisición.

De estos casos, el Código civil sólo recoge con claridad el número 5.º, así previsto en el artículo 1.899 cuando el *accipiens* ha dejado prescribir la acción o cancelado las garantías. El número 3 no es considerado por el Código civil ni en general por la tradición latina un caso de desaparición o minoración del enriquecimiento, y para el Código es más bien un derecho de reembolso por remisión al artículo 453.

b) *Tipos de desaparición del enriquecimiento*

Por nuestra parte, podemos clasificar en dos tipos distintos el conjunto de circunstancias que, a riesgo del acreedor, pueden minorar o extinguir la obligación de restitución de una ventaja.

1.º) El destinatario de un enriquecimiento impuesto no obtiene provecho de la ventaja, o lo obtiene en una medida menor que el valor objetivo de aquélla. Es el caso de las impensas (art. 453), o realización de una gestión en beneficio de un tercero sin contrato que obligue a ello (arts. 1.893, 1.158). En el Derecho inglés se conoce bajo el nombre de *subjective devaluation* (451) y se traduce en el principio de que la existencia y el alcance del enriquecimiento se mide por las cualidades y circunstancias que concurren en la persona y patrimonio beneficiado (452).

2.º) Cuando en una prestación de un bien en especie, en el destino ulterior del mismo, éste desaparezca por pérdida o se menoscabe de cualquier modo. Es el problema paradigmático de los riesgos en la restitución.

c) *Cálculo subjetivo del valor de la atribución*

En el primero de los tipos de *Wegfall* que hemos enumerado, la regla para discernir si el destinatario se ha o no enriquecido es que, en expresión del artículo 1.893 «aproveche la ventaja»:

1.º) Los criterios de aprovechamiento de la ventaja son siempre subjetivamente valuados, por mucho que objetivamente la atribución revele, en una consideración general, el carácter de útil. No hay ac-

(451) BIRKS, *Introduction*, 109 y ss.

(452) LARENZ, II, 578.

ción contra el destinatario si él mismo no estaba en condiciones de hacer el gasto requerido para pagar dicha ventaja; si no estando en las condiciones dichas, no acepta tácita o expresamente la condición que se le impone; si no dándose en fin ninguna de las adiciones anteriores, la atribución, medida según la persona del destinatario, no puede considerarse un *incontrovertible benefit*.

2.º) La atribución no es reembolsable si ya no existe o si por cualquier razón se ha perdido antes de que el destinatario pueda aprovecharlas. Así, por poner un ejemplo relativo a los frutos, no estará el sucesor en la posesión obligado en el artículo 356 a pagar costes de obtención que superen el beneficio neto. O no lo estará tampoco en el caso del artículo 452, cuando haya de restituir por la regla de prorrata al poseedor anterior una parte de los frutos pendientes, cuando los costes superen al beneficio neto.

d) *Pérdida de la prestación o del enriquecimiento*

Cuando el enriquecimiento consiste en una prestación de una cosa o en la injerencia del enriquecido de buena fe en los bienes ajenos (consumo, disfrute, disposición) hay que entender que, a efectos exoneratorios, la obligación de restituir está sujeta a las siguientes reglas:

1.ª) Si la restitución del objeto perdido o del bien usurpado o poseído se concreta en el Código civil en una restitución del valor, el riesgo de la pérdida, tanto de la cosa como de la ventaja obtenida por ella, no es desplazable al legitimado para obtener la restitución. La desaparición del enriquecimiento real es indiferente, y no excusa de restituir aunque por ello el obligado haya quedado empobrecido por la pérdida; por ejemplo, porque el donatario a que se refiere el artículo 645 haya a su vez donado a un tercero: restituirá, en caso de revocación, el valor objetivo del bien que a él particularmente le fue donado (453).

2.ª) No cabe alegar desaparición o minoración del enriquecimiento cuando la restitución del lucro se determina en función del daño, es decir, cuando el lucro fija el montante de la obligación de indemnización. Así, los casos de receptación a que se refieren los artículos 108 y 546 bis a) del Código penal. El receptor de una cantidad de plata robada ve fijada la cuantía de su lucro resarcible en el montante de lo que recibió al tiempo de aprovecharse de los efectos del

(453) Para el caso del art. 645 C.c. y en el supuesto de que el donatario hubiese donado a su vez, podía admitirse que éste tenga contra su propio donatario la misma acción de revocación o que el primer donante pueda dirigirse directamente contra este segundo donatario: sobre el estado de la cuestión, DÍAZ ALABART, *Comentarios al C.c. y Comp. for., cit.*, 328 y ss.

delito sin importar el destino ulterior de esa cantidad (STS, segunda, 7-3-1986). Así, en Dig. 4.2.16.2 y 4.2.17, el heredero del causante del miedo que obligó a un tercero a contratar, será demandado por lo que recibió de la sucesión (*id, quod pervenit ad eos*) obligación de la que no se exime porque posteriormente el heredero dejase de conservar el bien.

En estos caos basta que el objeto restituible hubiese entrado en alguna ocasión en el patrimonio del deudor.

3.^a) No cabe alegar desaparición o minoración del enriquecimiento cuando el enriquecido se ha ahorrado gastos con el objeto de la prestación; cuando atendidas las circunstancias la atribución se ha destinado a la cobertura de necesidades. No basta que objetivamente haya un ahorro de gastos, sino que resulta preciso que los gastos ahorrados tuviesen que ser realizados parentoriamente por el beneficiado. Esto es así en todo caso; tanto en los gastos hechos en los bienes ajenos (impensas necesarias) como en el consumo de bienes ajenos (454). Ni tan siquiera el incapaz queda exceptuado de esta regla, siendo así que, con carácter general, su enriquecimiento real se computaba siempre en el momento de la *litis*, no en el de la atribución; los gastos necesarios y, por consecuencia, los ahorros de gastos necesarios eran restituibles con independencia del curso ulterior de las circunstancias patrimoniales del incapaz (445).

El pago de una deuda propia del enriquecido incapaz se considera atribución necesaria y, por tanto, enriquecimiento con ahorro de gastos (456). Igualmente, el pago de una deuda que grava la cosa poseída de buena fe, o el mismo pago de la deuda ajena del artículo 1.158 (457).

La prevención de un daño inminente se considera ahorro de gastos, y el atribuyente de la ventaja no corre con el riesgo de que posteriormente dicha ventaja no se conserve (art. 1.893-2; ALR I, XIII, 236).

Al régimen del ahorro de gastos, y, por consecuencia, a la irrelevancia de los sucesos ulteriores que puedan afectar al enriquecimiento, están sometidos los provechos obtenidos de una cosa ajena cuando por su propia naturaleza este provecho se ejerce por actos puntuales que no se dilatan en el tiempo; por ejemplo, el uso o consumo de un bien. En estos casos, se determinará si existió o no enriquecimiento en el instante en que dicho uso o consumo tuvo lugar (458).

(454) COVARRUBIAS, *Opera*, I, 653, núm. 3. Cfr. ESSER-WEYERS, II, 419.

(455) Dig. 4,4,11,4; 46,3,47. DONELLO, XV, XVI, II y XIII.

(456) Cfr. STS 15-II-1952; LORENZ, *Staud. Komm.*, § 818, núm. 35.

(457) CAEMMERER, *Bereicherung*, 257.

(458) RENGIER, *Wegfall der Bereicherung*, «AcP» (177), 445.

4.^a) Si la atribución consiste en dinero o cosas fungibles el riesgo ulterior de la ventaja patrimonial no se desplaza al actor (*genus nunquam perit*). A diferencia de lo que se entendió en el Derecho común, mediante interpretación correctora del Senadoconsulto Juventiano (459), el derroche o donación o inversión inútil del precio, o cualquier otra circunstancia que malograra la prestación, no constituyen desaparición relevante del enriquecimiento a efectos de la restitución. Tampoco cuando la restitución quede definitivamente fijada en el precio subrogado de la cosa que de buena fe se enajenó (v. gr. art. 1.295, 645 C.c.).

Así lo probaba para el Derecho romano el Dig. 4.2.18 (460), y lo prueba hoy para el Código civil lo establecido en los artículos 1.897 y 1.778. Incluso tiene lugar esta regla cuando con el dinero subrogado se adquiere una cosa que vale menos; es el precio, y no la cosa, lo que entra en la restitución (461).

Hay, no obstante, que hacer constar tres excepciones. Si se trata de un incapaz, el régimen del enriquecimiento a que le somete el artículo 1.304 debe ser entendido con todas sus consecuencias, de modo que el derroche o la inversión inútil del dinero excluyen o minoran, según los casos, la obligación de restituir (STS 9-2-1949). De esta forma, la mujer que sin el consentimiento del marido compró una joya, no devolverá ésta ni el precio obtenido si no se prueba que con este precio se enriqueció (STS 17-10-1916). Queda patente también la certeza de esta excepción por la expresión textual del artículo 1.765, que en este caso no es coincidente con el artículo 1.778. Aquél no dice que restituirá el precio el depositario incapaz, sino «lo que se hubiera enriquecido con el precio». El incapaz goza del beneficio de desplazar el riesgo a su acreedor, sobre todo tipo de prestación, hasta el momento mismo de la contienda judicial. La segunda excepción la constituye el artículo 197. Al haber impuesto el Código civil al heredero aparente la carga de restituir los subrogados por reemplazo del precio de la venta de cosa hereditaria, habiendo introducido una regla subrogatoria en una deuda de género, el declarado fallecido que recupera sus bienes ha de correr con el riesgo de que el bien en que se reemplazó el precio haya desaparecido. Riesgo de derecho, más difícilmente de hecho, pues el aparente heredero estará

(459) La interpretación correctora en ULPIANO (Dig. 5,3,12) y PAULO (Dig. 5,3,36,4). Esta interpretación se acepta posteriormente como una restricción teleológica al SC Juventiano (DONELLO, I, XIII, VII; PUFFENDORF, II, 387).

(460) *Si ipsa res quae ad alium pervenit interit, non esse locupletiore[m] dicemus; sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur.*

(461) Dig. 5,3,25,1. «ALR», I, XII, 265; en el Derecho inglés, GOFF-JONES aceptan que pueda producirse un *change of position* por inversión inútil del dinero (*The law, cit.*, 546).

en la mayoría de los casos imposibilitado de probar que ese precio fue el reemplazo efectivamente.

La tercera excepción la constituye el poseedor de buena fe que de acuerdo a lo dicho en páginas anteriores haya de restituir el precio de enajenación de la cosa poseída. Dijimos en su lugar que aquí no puede haber otro fundamento de la pretensión contra el poseedor que su efectivo enriquecimiento a diferencia del artículo 1.897; si se malogra el precio de enajenación, o por cualquier otra causa se pierde sin haber con ello el poseedor ahorrado gastos, no hay acción contra él.

De acuerdo, por tanto, a este principio y con las salvedades y excepciones aquí establecidas, la atribución de una cantidad de dinero se entiende siempre como un *beneficio incontrovertible* (462).

Claro está que esta no-liberación de riesgos tiene lugar cuando la cantidad llegó a poder del obligado; mas el que realiza la prestación sufre, sí, el riesgo de que tal enriquecimiento no llegue a su poder. Así, en la STS 8-1-1980 se establece que no cabe acción de enriquecimiento cuando la cantidad entregada en la cuenta del demandado pudo haber sido dispuesta o distraída por el gestor de la demandada, no probando en el caso el demandante que no ocurrió así.

5.^a) Respecto del *consumo* de bienes ajenos, o simplemente sujetos a restitución, el principio claramente sostenido a lo largo del Derecho común es que dicho consumo sólo implicaba enriquecimiento si el demandado se había ahorrado con ello gastos que de otra manera estaría obligado a realizar. Esta afirmación era, como hemos ido viendo a lo largo de este trabajo, fundamental para dilucidar el régimen aplicable a los frutos poseídos por el poseedor.

En principio, si se consume un bien sujeto a restitución y este bien es consumible por su propia naturaleza (cfr. 337 C.c., como asimilado a los bienes fungibles), la restitución es del valor (cfr. art. 482 C.c.). En estas ocasiones, cuando dichos bienes fungibles consumibles llegan a manos de un tercer poseedor que no estaba vinculado con el dueño por contrato, la misma naturaleza de bienes fungibles-consumibles impondrá la consecuencia de que frente a este tercero no quepa reivindicación dada su objetiva inidentificabilidad. El problema queda fijado, por tanto, en las hipótesis en las que por aplicación de los artículos 1.778, 1.897 ó 1.304, quien resulta vinculado por una obligación de restitución sólo haya de responder por su efectivo enriquecimiento.

En una concepción «real» del enriquecimiento, el mero hecho del consumo se considera enriquecimiento y se impone sin más la restitución.

(462) BIRKS, *Introduction*, 15.

ción del valor del bien consumido (463). En una concepción diferencial del enriquecimiento, el mero consumo de buena fe no significa sin más enriquecimiento a costa de bienes ajenos, si con ello no se ha producido un ahorro de gastos (464). Yo creo que la limitada eficacia del principio de enriquecimiento en sentido estricto en nuestro Derecho aboga por la aceptación de la concepción diferencial. En efecto, se trata de sujetos que no responden ni tan siquiera de la destrucción por hecho propio del bien restituible. En estos casos, la intención de la Ley quedaría contradicha si la mera actuación sobre la cosa generase obligación de restituir el valor objetivo. Obsérvese, no obstante, que en la mayoría de los casos esta cuestión carecerá de trascendencia dado que, con las excepciones referidas, en nuestro Derecho rige el principio de que la imposibilidad de restituir en especie, por la razón que fuere, queda sustituida por la restitución del valor objetivo del bien. O bien cuando la restitución tiene lugar en el campo de las obligaciones recíprocas, y es el legitimado para el ejercicio de la acción precisamente quien consume el bien, el Código establece como principio que la restitución no tiene lugar, y que el consumo por parte del legitimado, háyase o no ahorrado gastos, le imposibilita para demandar a su contratante la restitución de lo que por su parte hubiere recibido (arts. 1.295, 1.314-1).

Si se trata de un tercer poseedor que no está vinculado al dueño por contrato, y a la vez no se encuentra en alguna de las hipótesis de accesión (arts. 360 y ss.: restitución del valor), responderá en cuenta al consumo de bienes no fungibles (unas determinadas botellas de vino) por su enriquecimiento real.

6.^a) No es relevante la minoración del patrimonio de quien está sujeto a restituir el enriquecimiento, cuando aquella minoración no está vinculada al objeto de la atribución. Si el destinatario disipa de lo suyo por creerse más rico, no puede deducir este gasto de la restitución (465). Parece, en efecto, éste un límite equitativo de la concepción diferencial del enriquecimiento. Creo que esto es también en general aplicable a toda forma de atribución patrimonial, por ejemplo, por razón de impensas o de gestión de negocios. En el artículo 453, el propietario no puede utilizar criterios de reembolso distintos del gasto o plusvalor de la cosa.

Otra consecuencia lateral en su patrimonio parece que no deberá ser tomada en consideración. La utilidad del pago en el artículo 1.158-3 no decae porque, sabiéndose exonerado, el deudor realiza gastos en otro destino. Si en el artículo 1.160-2 el *accipiens* consume otras co-

(463) Por ej., CAEMMERER, *ob. cit.*, 254; LARENZ, II, 572; GUILLOUARD (*Tráit. du prêt...*, 313). Para el *accipiens indebiti*, DERNBURG, II, núm. 141.

(464) COVARRUBIAS, *Opera*, I, p. 653, núm. 3.

(465) Dig., 5,3,25,12-15; RENGIER, *Wegfall*, 431.

sas iguales a las entregadas antes de que se produzca la confusión previa entre los bienes fungibles recibidos y los que hay en su patrimonio, está sujeto a la repetición del pago (466).

Una excepción relevante la constituye el artículo 1.899. Lo que el *accipiens* desplaza al *solvens* no es el riesgo de que la prestación se pierda, sino, aún más, el riesgo de haber dejado extinguirse las garantías o de haber inutilizado el crédito contra su verdadero deudor.

6. Momento de la fijación del enriquecimiento

a) *Los distintos criterios de fijación temporal del enriquecimiento*

En el Código civil es una cuestión bastante confusa la de saber en qué momento se fija la existencia o inexistencia del enriquecimiento, la utilidad o la ventaja de que se trate. No existe un criterio general, sino criterios particulares que, creo, pueden sistematizarse de acuerdo a la siguiente tipología:

1.º) En tema de impensas, la norma del artículo 458 suministra una solución clara a su supuesto de hecho. Sólo es restituible la atribución que se conserva al tiempo final, en este caso al tiempo de la sucesión en la posesión. Ni tan siquiera son reembolsables las mejoras que desaparecen o se pierden después de la demanda y antes de la puesta efectiva en posesión del actor (STS 6-12-1985).

2.º) Los gastos necesarios no están sujetos a la regla anterior. Estos se reembolsan con independencia de que su efecto se conserve en el momento de la contienda judicial. Basta que se realizaran en el momento en que fueran necesarios. Este criterio es generalmente aceptado y puede inferirse por generalización del artículo 1.893-2. El pago de una deuda ajena se considera en este caso como un gasto necesario. Por esta razón en la práctica la Jurisprudencia no suele hacer distinciones entre los supuestos de los artículos 1.158-2 y 1.158-3, siempre que el pago consista en la exoneración de una deuda de dinero (467).

3.º) Siempre que el destinatario expresa o tácitamente acepte la atribución, deben aplicarse las normas del mandato. Siempre, en este caso, que se hubiese obrado diligentemente, no se responde del éxito de la gestión. Creo que es también el caso del pago hecho con conocimiento y sin oposición del deudor en el artículo 1.158-2, o en la gestión en la que el conocimiento de la misma por parte del *dominus* pueda reputarse mandato (art. 1.892). Igualmente, en el Derecho in-

(466) BERCOVITZ, *Com.*, 58.

(467) BERCOVITZ, *cit.*

glés, una *free acceptance* de la atribución, exime al demandante del riesgo de una *subjective devaluation* en manos del destinatario (468). De esto sólo hay que excluir a la aceptación expresa o tácita que el incapaz haga con respecto a la prestación que le entrega un tercero; en este caso, el incapaz no asume el riesgo.

4.º) Aunque menos claro, allí donde la norma imponga una restitución del enriquecimiento, éste, tanto en su existencia como en su alcance, deberá ser apreciado al tiempo en que se inicia la contienda, o al tiempo en que se haya perdido la buena fe o se comience a estar en mora. Esta afirmación, sin embargo, quizá deba merecer alguna restricción por razón de equidad si es el propio enriquecido el único legitimado para reclamar, como ocurre con el incapaz del artículo 1.304, pues en caso contrario cabría especular con el propio enriquecimiento, con resultados todavía más injustos si el otro contratante era de buena fe.

b) *Momento de determinación de la utilidad o el provecho*

Aparte de los criterios anteriores, los supuestos más dudosos son aquellos en los que el Código impone la restitución en la medida en que la prestación produjo utilidad a su destinatario (art. 1.158-3), o se «aprovechó» de ella. Igualmente, cuando el Código civil exonera de pagar de nuevo en el artículo 1.163, sólo bajo la condición de que el primer pago hubiera sido útil:

1.º) En el Derecho romano y común, la gestión oficiosa de negocios ajenos se entendía *utiliter* si se emprendió diligentemente y siendo la utilidad en el momento en que se llevó a efecto, aunque no se conservase la ventaja al tiempo en que el *dominus* se hacía cargo de ella (Dig. 3.5.9.1); salvo que se tratase de un incapaz, en cuyo caso sólo está obligado por lo que se enriqueció (Dig. 3.5.5.2). Este criterio era igualmente aplicable a la *in rem versio* (Dig. 15.3.3.7 y 8), y a la *actio de tutela contraria* (Dig. 27.4.3.7). El referido criterio es mantenido en el Derecho común (469). La excepción en favor del incapaz se hizo extensible a la utilidad del pago de que el artículo 1.163 (470). Para la gestión oficiosa, el criterio de la utilidad inicial es mantenido en el P.1.851 (471). Según Giorgi (472), la *in rem versio* se distingue de la gestión de negocios en que en aquélla la utilidad debía de ser final, entendiéndose que este criterio era igualmente

(468) BIRKS, *Introduction*, 114 y ss.

(469) DONELLO, XV, XVI, XIII.

(470) DONELLO, XVI, X, X-XIII; POTHIER, *Obligations*, núm. 504.

(471) GARCÍA GOYENA, 964.

(472) *Teoría general de las obligaciones*, VII (1912), 115.

aplicable a los dos párrafos de lo que en el Código civil constituye el artículo 1.163.

En el Derecho español, salvo contadas excepciones (473), se ha mantenido por la doctrina que el artículo 1.893-1 impone para la gestión oficiosa la interpretación de que el *dominus* no está sujeto a reembolso si la utilidad no se conserva en el momento final.

2.º Yo, por mi parte, ofrezco una solución tan obvia que, por serlo, puede parecer peregrina. En efecto, el pago o gestión ha sido útil... cuando haya sido útil al destinatario, o mejor, *desde* que le ha sido útil. Desde luego, no basta la mera diligencia, y ésta no se confunde con la utilidad, al contrario de lo que interpretó la STS de 27-4-1945. Pero tampoco queda presupuesto cuál sea el tiempo que le haya sido útil. Puede haberlo sido en cualquier tiempo. Si al incapaz o al acreedor del artículo 1.163 les fue útil el pago en un momento posterior al de su realización (porque, por ejemplo, con el dinero pagado compró una casa), el pago desde este momento es válido, aunque en el momento en que se reclama un nuevo pago se haya incenciado la casa que se adquirió. Igualmente si el pago hecho a un menor es posteriormente gestionado por su representante. En caso contrario, se llegaría al absurdo que durante todo el plazo de prescripción, el acreedor podría estar desplazando el riesgo sobre el pagador, y reclamar un nuevo pago cuando hubiese sufrido un revés patrimonial. Por ejemplo, como digo, cuando se le quema la casa. Es por esta idea contraria a la «especulación con el riesgo» por lo que ya antes me parecía demasiado riguroso en el artículo 1.304 (no en los artículos 1.778 ni 1.897) admitir que el enriquecimiento deba conservarse al tiempo de la demanda, pues sólo en estos casos el incapaz o su representante están legitimados para decidir cuál es el momento oportuno de la acción. También en el artículo 1.163-2.º será una cuestión de hecho la de saber cuándo fue útil el pago al acreedor. Si el tercero que recibe el pago lo recibe *para* el acreedor, el pago es útil desde que restituya o entregue esta prestación al acreedor. Si el tercero recibió el pago *por* el acreedor (porque a su vez era acreedor suyo), habrá sido útil en la medida en que se extinga provechosamente esta deuda del acreedor. Pero no habrá sido útil si esta deuda no estaba vencida o no era exigible por cualquier razón o porque el acreedor prueba que se libraría de pagarla o la pagaría posteriormente para atender prioritariamente a otras obligaciones, etc. (473 bis).

Otro tanto cabe decir de la gestión del artículo 1.893; el *dominus* se aprovecha de las ventajas desde el momento en que efectivamente

(473) Recientemente, PASQUAU LIAÑO (*La gestión de negocios*, 1986, 370 y ss.), siguiendo a NÚÑEZ LAGOS defiende encarecidamente el criterio de la utilidad inicial como el apropiado para el C.c.

(473 bis) Cfr. ROCA JUAN, *Validez del pago a tercero por conversión en utilidad del acreedor*, «ADC», 1968, 313.

se aprovechó, aunque en el momento en el que pide la rendición de cuentas al gestor, aquéllas ya no se conserven. Y aún aquí se puede decir que el problema es artificial, pues desde el momento en que el gestor se aprovecha de esta ventaja conociendo la gestión del tercero sin oponerse a ella, habrá que inferir confirmación, y por tanto, mandato. Desde luego, si el artículo 1.893 es aplicado para resolver en justicia pretensiones de abono de obras indebidamente contratadas con la Administración por defectos competenciales de los órganos públicos contratantes (STS, tercera, 31-10-1986) es claro que el «gestor» no sufre la permanencia del riesgo en su persona.

3.º) A la opinión aquí sustentada se podrían oponer dos suertes de argumentos que, sin embargo, admiten fácil refutación:

Se podría alegar que en el artículo 1.893 basta una diligencia inicial porque en otro caso no se explicaría el artículo 1.158-3. En este caso se admite una acción *in rem verso* por la utilidad en una gestión *prohibente domino*. Para no equiparar los de ese artículo con el del artículo 1.893, en éste habría que aceptar que la utilidad se fija en el momento en que se comenzó la gestión. Mas no lo creo así. Estimo que en toda gestión *prohibente domino* no se cobra reembolso alguno por gastos (art. 362 C.c.), dado que la atribución se impone a costa de la libertad del dueño de definir el destino de sus bienes. Ocurre, sin embargo, que esta libertad está limitada en el artículo 1.158-3; el beneficiado es deudor, y en este sentido, obligado a una determinada conducta, la que el pagador realiza por él. Además, como prueba la tradición del Derecho común (cfr., ALR, I, XIII, 249-251), cuando se prohíbe la intervención lo que variaba no era el momento de fijación del provecho, a partir del cual nacía la obligación de restituir, sino el módulo de responsabilidad al que estaba sometido el gestor: respondería en todo caso.

Se podría alegar, en segundo lugar, en favor de la equivalencia entre aprovechamiento de las ventajas y gestión diligente, el hecho de que el artículo 1.891 del Código civil no haga responder como regla general al gestor por los casos fortuitos (474). Pero no es así tampoco. El caso fortuito a que se refiere el artículo es el que produce un daño en los intereses del *dominus negotii*, pero no en el caso fortuito que frustra el provecho. No es que responda de esta frustración, sino que corre con su riesgo.

(474) PASQUAU, *ob. cit.*, 77.

XVI. DEDUCCION DE PROVECHOS PERCIBIDOS

1. Derecho común

La cuestión que en este punto nos ocupa se formula en la tradición del Derecho común continental en la forma siguiente: ¿Entran los provechos obtenidos por el poseedor en compensación con las pretensiones de reembolso que por razón de expensas tenga el perceptor contra el legítimo sucesor en la posesión?

En esta tradición, la regla que responde afirmativamente a esta cuestión suele formularse en el marco institucional más amplio de la compensación (propia o impropia) de los lucros procurados con los daños surgidos en la obtención de este lucro. Así, por ejemplo, el ALR I, XIII, 253, 254, establece que si el gestor officioso debe reparar al *dominus* los perjuicios surgidos de la gestión podrá compensar éstos con las ventajas que éste obtiene de la gestión; correlativamente el gestor podrá pretender un reembolso de gastos sólo con la previa deducción del beneficio que él obtiene de la gestión. Así tenemos formuladas dentro de un principio común dos reglas que de hecho cumplían funciones diversas: la de la compensación de lucros con el daño y la de deducción del lucro en la pretensión de reembolso de la *nützliche Verwendung*.

En efecto, en el Derecho romano (Dig. 6.1.48.65) y común (P.3.38.41.44), el poseedor de buena fe sólo podría pretender el reembolso de gastos en la medida en que éstos excedieran de los frutos percibidos y no restituibles al legítimo poseedor. De la misma forma, si pagó deudas que gravaran la cosa sólo cobraría las que excedieran del fruto sacado de la cosa (Dig. 6.1.55). El referido principio tenía alcance general, siendo de aplicación igualmente en materia de compraventa cuando el vendedor deba satisfacer al comprador las mejoras de la cosa que éste ha perdido en evicción (475). Otro tanto ocurría con todos aquellos casos en los que de una manera más o menos intensa el perceptor de provechos se presenta institucionalmente como un gestor; el padrastro que pretende cobrar los gastos hechos en el hijo de su mujer, deducirá de esta pretensión los servicios prestados por éste en ayudarle a la llevanza de la hacienda (P.5.12.37); el marido cobraría las expensas hechas en la dote sacando antes de la cuenta de ella lo que por frutos se lucró del bien dotal (P. 4.11.32), lo que comenta López (glos. «más») en el sentido de que si el tiempo de duración de matrimonio es bastante para producir frutos que cubran aquellos gastos de inversión el marido no se llevará nada por expensas.

(475) DOMAT, *Lois Civiles*, Part. I, Tit. II, sect. X, núm. 17; GUZMÁN, *De evictionibus*, XX, 50, 51.

El principio de la *compensatio* queda sobradamente justificado en la doctrina mediante la alegación de que el Derecho no concede al *bonae fidei possessor* un título autónomo de adquisición de frutos, sino una excepción de restituir el enriquecimiento. Sería absurdo dentro de este contexto que el poseedor pudiera pretender del *dominus* el enriquecimiento que éste obtiene de las expensas en la cosa sin traer a la cuenta de liquidación lo que por su parte el poseedor se ha enriquecido con ella (476). En este sentido, la existencia de pretensiones recíprocas no supone otra cosa sino que el poseedor sólo puede liquidar su derecho *per saldo*. La *compensatio*, por su parte, no era tal en sentido propio, ya que, de exceder los frutos a las impensas, el *dominus* no tenía derecho al saldo favorable a su favor (477).

El principio y sus consecuencias aquí referidas eran plenamente coherentes con un tratamiento realista de las pretensiones entre propietario y poseedor, planteamiento distanciado de consideraciones «reales» para incidir a cambio en el verdadero punto neurálgico de las relaciones propietario-poseedor, las recíprocas pretensiones obligacionales. Por ello resulta desatinado combatir este principio de deducibilidad remitiéndose a la adquisición de la propiedad de los frutos por el poseedor, remisión que impediría llevar a compensación lo que de hecho se adquirió por un título bastante en Derecho. Enfoque desatinado por introducir, como digo, una regla de propiedad ociosa en un problema puramente liquidatorio. La argumentación aquí referenciada y combatida es la que realmente subyace en las palabras con que García Goyena repudia en el ámbito del artículo 432 Proyecto 1.851 (453 C.c.) la pretendida compensabilidad.

2. El artículo 453 del Código civil

Heredero de su correlativo en el Proyecto 1.815, el artículo 453 del Código civil abandona cualquier asomo de admisión de la compensabilidad de los gastos con los frutos obtenidos por el poseedor de buena fe. El artículo 453 del Código civil en este sentido es una norma que podría llevar a resultados injustos si no fuera por la oportuna limitación de los derechos de reembolso del poseedor mediante la opción legal concedida al propietario de abonar la suma más baja entre las que importen el plusvalor y el gasto, opción algunas veces tan injustamente olvidada por el Tribunal Supremo (cfr. 27-3-1958, 1-12-1980), y que sustituye en cierta manera la regla de la compensabilidad por la de exención de reembolso del mayor valor crediticio

(476) DONELLO, XX, XII, XXV.

(477) Más dudosa era esta compensabilidad en los *fructus meliorationis*; lo afirmaba COVARRUBIAS, *Variae Resol.*, I, VIII, 4, y lo negó GARCÍA, *De expensis*, XXIII, 54.

incorporado a la cosa, no entrando en la restitución los mayores frutos y provechos que en el futuro el poseedor legítimo puede obtener de la inversión aplicada por el poseedor saliente; atribución gratuita, pues, de una expectativa de provechos futuros que el propietario obtiene en compensación de la preterición de la regla de deducibilidad.

Una segunda corrección no menos importante a esta acumulación de remedios en manos del poseedor se encuentra en la circunstancia de que no es posible pretender un reintegro de los intereses de las cantidades aplicadas a la cosa; y de esta forma indirecta, el *dominus* conserva el fruto bajo la forma de aprovechamiento gratuito de un capital ajeno. Diferencia importante con el mandatario o el socio (arts. 1.728, 1.688 C.c.), dado que en estos casos la aplicación de capital propio no se traduce en la posibilidad de que mandatario y socio (también el gestor) retengan para sí el resultado económico de la gestión.

Obsérvese que por esta razón puede ser injustamente desfavorable la posición del arrendador en la LAR. El arrendatario puede cobrarle el plusvalor de la finca como consecuencia de la mejora útil (art. 62-1.º b), pero el arrendador no puede subirle la renta por este mismo concepto (art. 41). De esta manera, al arrendatario no se le imputará nada como coste, siendo así que él obtiene todo el provecho, y no el arrendador, que no se aprovecha de un aumento de renta. Tanto más cuanto que el arrendador corre con la cuenta —no imputable al arrendatario como aumento de renta— de mantener en todo caso la capacidad de explotación de la cosa (52 LAR). En todo caso, no obstante, no está a cargo del arrendador el coste de amortización de la mejora, pues sólo reembolsa el valor actual en el artículo 62 LAR. Y además se lucra con los provechos futuros.

3. Límites a la obtención de provechos

a) *Protección frente a los enriquecimientos impuestos*

Creo que puede afirmarse como correcto el principio de que el propietario tiene que ser puesto a cubierto de las atribuciones útiles de un tercero cuando éstas se producen a costa de la libertad de asignación, por parte de su titular, del destino que más le convenga aplicar a la cosa, y, sobre todo, cuando este legítimo poseedor no está por su parte facultado para cobrar del atribuyente el lucro cesante que sufre aquél por la pérdida de una expectativa de explotación más útil de la cosa (478).

(478) La literatura alemana sobre los efectos de la *aufgedrängte Bereicherung* es muy amplia; Cfr. HAAS, «AcP» (176), 3 y ss.; WOLF, «AcP» (166), 188 y ss.; SCHINDLER, «AcP» (165), 499 y ss.; ESSER WEYERS, II, 420.

Téngase en cuenta que en el Código civil basta el mero error del que impone a otro la ventaja para que sin más consideraciones surja el derecho a ser compensado o restituido (cfr. 433, 1.901), sin necesidad de limitar esta consecuencia por un examen de la excusabilidad del error ni de la voluntad o interés real o presumido de quien recibe sobre sus bienes aquella ventaja. Para el Código civil una *free acceptance* por parte del destinatario de la ventaja no es requerida en modo alguno; más aún, cuando se da esta libre aceptación de la ventaja sin oponerse a ella, es precisamente para reconocer que en este caso *también* el doloso atribuyente tiene derecho a que se le restituya (cfr. art. 364). Incluso se presume en el Código civil que toda atribución no debida obedece a error (art. 434, 1.901 C.c.) y el titular no puede alegar por su parte la errónea creencia de que aquello se le ofrecía gratuitamente, sino que tendrá que probar, en efecto, como señala el artículo 1.901, que *de hecho* se hacía por el atribuyente con aquel efectivo *animus*.

b) *Límites de la sustancia de la cosa*

Ninguna mejora en bienes sujetos a restitución deberá ser reembolsada por el poseedor legítimo o sucesivo cuando aquélla haya sido realizada a costa de la sustancia de los bienes. Y ello aunque según el tipo concreto de relación a la que aquélla corresponda, el poseedor actual esté facultado para aplicar como mejora en interés propio parte de la sustancia de los bienes; así, los artículos 476-2 y 485-2 referidos al usufructo y concretados en los casos de minas y bosques no maderables. Que no es reembolsable se prueba (para el usufructo es claro: art. 487) en que el poseedor de buena fe que las realiza no estaría frente al dueño obligado a responder del deterioro de la sustancia; razón ésta por la que en modo alguno se le debe permitir que saque un precio por este concepto.

Cuando el rédito se obtenga de la sustancia de la cosa hay que afirmar rotundamente la regla de la compensabilidad de provechos y gastos. Me parece correcto entender que no pueda exigirse un reembolso de gastos hechos en la cosa cuando el rédito de ésta no es posteriormente recuperable por el dueño como rédito futuro, dado que dicha renta se consiguió a costa de sustancia irrecuperable, o recuperable sólo a costa de nuevas inversiones que en el futuro tendrá que hacer el sucesor en la posesión. Es, además, la lógica compensación al principio de que el poseedor, irresponsable ante el dueño, no está sujeto al límite, en su explotación de los bienes, que se deriva del módulo de diligencia del padre de familia. En definitiva, no puede ser reembolsado como gasto el coste de obtención de un rédito que se toma de la sustancia capital (cfr. Dig. 23.5.18; 24.3.7.13, referidos a las expensas del fundo dotal cuando el marido obtiene el meneral como rédito).

c) *Extensión de los principios usufructuarios*

Los artículos 451 y ss. del Código civil referidos al poseedor de buena fe, tienen su fundamentación histórica en la presuposición, aceptada por el legislador, de que el poseedor de buena fe está *domini loco* y que puede proceder sobre la cosa sin someterse al módulo de diligencia del artículo 1.094. A esto se une el que, dada la interinidad de su estado posesorio que él por definición no conoce, puede ser sorprendido por una reclamación que malogre una inversión en la cosa planificada con amortización y a largo plazo. Corre con los riesgos de la inseguridad de su gestión. Esto no se da en una posesión titulada con garantía de estabilidad en el tiempo, o, al menos, con unos riesgos conocidos aunque no siempre necesariamente controlables (v. gr., la muerte del usufructuario). Aquí el riesgo y el cálculo de costes pueden ser planificados, los gastos de amortización de la inversión se distribuyen en el tiempo, y si el resultado final no es satisfactorio no será por culpa de la interinidad de la posesión o del riesgo de una imprevista reclamación.

Con esto se quiere significar tan sólo que un estatuto normativo como el constituido por los artículos 487, 502, 505, 510, 522 del Código civil en sede de usufructo es perfectamente coherente como régimen restitutorio en toda posesión *titulada* que legitima la obtención de provechos, y no han de aplicarse los privilegios posesorios de los artículos 453 y 457. El estatuto definido en los artículos citados tiene un marcado carácter de proyección sucesoria, pero sucesorias son también las situaciones que surgen de una sustitución fideicomisaria, de una herencia a término final o de una reserva pendiente. Quiero decir que en todas estas relaciones de derecho el poseedor está, para la restitución de provechos, asimilado a un usufructo.

Sabido es que, desde tiempos ya antiguos, ha sido feroz el combate doctrinal y jurisprudencial para liberar a la sustitución fideicomisaria de la calificación de usufructo (479). Pero la cuestión no está en saber si le corresponde con mayor propiedad un *nomen iuris* u otro, sino en saber si el régimen aplicable será uno u otro. Y para mí está fuera de toda duda, como lo estaba para los autores castellanos que estudiaron la institución del mayorazgo, que, en cuanto a los provechos, el fiduciario, el reservista o el heredero a término final no pueden ser tratados, sino como un usufructuario. No cobrará las mejoras útiles (art. 487), porque precisamente con ellas se asegura la obtención estable de un provecho que retiene sin riesgos. Cobrará los gastos extraordinarios que, correspondientes al poseedor definitivo, haya realizado aquél de su cuenta, por analogía con el artículo 502; no tendrá derecho a los intereses de las cantidades pagadas

(479) Cfr. ROCA SASTRE, *Estudios*, II, 29 y ss.

que sean de cuenta del capital, aunque correspondan al sucesor definitivo, porque es aquél el que obtiene ahora el rédito que ha de compensar con esos intereses que no puede repercutir del sucesor (analog. art. 505). Y si en la herencia hay deudas le corresponderá su pago en los términos que establecen para el usufructuario los artículos 508 y 510. Este régimen de protección «debilitado» está razonablemente justificado en que este poseedor tiene la seguridad del provecho; no podrá pretender que el sucesor le amortice los gastos de obtención de su lucro no restituible ni imponer a este sucesor arbitrariamente la obligación de reembolsar gastos hechos en interés propio y que acaso aquél no esté en condiciones de pagar.

Dicho de otra forma más simple. Cuando «tituladamente» se mejoran los bienes que al cabo se han de restituir y el restituyente no está obligado a entregar con la cosa los provechos obtenidos de ella, habrá que considerar que todo gasto hecho en la cosa se entiende en derecho como una *impensa hecha para la obtención del provecho*, y, en cuanto tal, no restituible. Salvedad hecha de los extraordinarios de reparación.

d) *Las atribuciones realizadas «libres de error»*

En otros lugares he expuesto (480) la excesivamente liberal doctrina del Tribunal Supremo que quiere considerar como poseedores de buena fe a efectos del artículo 453 a quienes libres de error en su posesión, y con conocimiento de la ajenidad, imponen una ventaja al dueño de la cosa. Unas veces se trata de precaristas (S. 9-7-1984), otras de poseedores titulados en base a una concesión que caduca (S. 4-7-1985), otras veces, conociendo la realidad jurídica de la cosa, operan sobre ella acumulando el interés propio sobre el interés del dueño del que se presentan como gestores (25-11-1985).

Esta doctrina es peligrosa, porque legitima pretensiones de enriquecimiento impuestas libremente sin error y porque con el estatuto de poseedor de buena fe se procura al tiempo el privilegio de conservación de provechos por el artículo 451.

En estos casos no es sólo que el que impone la ventaja pretende un beneficio propio, sino que lo obtiene de hecho, reportándose beneficios industriales con las mejoras o simples ventajas de uso. Una pretensión de reembolso es aquí inadmisibles (481). Tanto más cuanto que en la mayoría de los casos se accede gratuitamente a la posesión y se continúa en ella durante un razonable tiempo. Los tribunales tendrían en estos casos que optar por una decisión: o les eximen de restituir provechos, pero en este caso no deberán imputar a tercero los gastos hechos para su obtención; o les obligan, como a auténticos

(480) *Cuadernos Civitas de Jur. civil*, núm. 9 (§ 224), 10 (§ 255).

(481) Cfr. GOFF-JONES, *The law, cit.*, 32; SCHINDLER, «AcP» (165), 508.

gestores, a restituir los provechos o las simples ventajas de uso con derecho a reembolso de gastos. Pero no ambas cumulativamente, y mucho menos cabe concederle el estatuto de irresponsabilidad del artículo 457. No hacer esta opción significaría tanto como aplicar divisiblemente las instituciones. Todavía más chocante es que se afirme expresamente la calidad de gestor de la persona que cultiva la finca de su hermana y que por aplicación del artículo 364 (que por lo demás se refiere a otra cosa) se le reconozca el derecho a conservar los provechos de esta gestión; esto es, en lugar de deducir del artículo 364, como hubiese correspondido, la existencia de un mandato tácito, se deduce una buena fe posesoria; en lugar de aplicar el artículo 1.720 se aplica el artículo 451 (S. 4-11-1976).

Esta es la razón que explica algún pronunciamiento jurisprudencial, que sin apoyarse en fundamentos normativos expresos, pero con criterio intuitivamente certero, pretende corregir la injusticia de una aplicación inflacionista de las normas posesorias. Así, en sentencia de 22 de marzo de 1978 se resuelve el caso de un precarista que mejora la finca ajena, y entiende el Tribunal Supremo que no puede pedir reembolso porque aquel gasto tuvo como fin y estaba orientado a la obtención de un beneficio propio. Igualmente en la sentencia de 10 de diciembre de 1983, donde se niega al Estado demandado que pueda recuperar las impensas de transformación de un antiguo hospital de peregrinos en hospital militar, dado que con ello sólo pretendía y consiguió procurarse una ventaja propia.

Este es exactamente el caso de la autoplusvalía que el dueño de un bien consigue en su propio patrimonio por obras o actividades que lateralmente benefician también a otros con los que no está unido por ninguna relación de derecho y de los que no se pueden presentar como un gestor de sus intereses. Así, la plusvalía de una determinada zona que se consigue porque el propietario de una finca enclavada en ella monta en su propio terreno un gran supermercado que revaloriza el resto de las parcelas. No podrá cobrarse de sus vecinos esta plusvalía ni parte de ella porque realizó el gasto en su propio beneficio, mientras que a los demás no se les dio ni tan siquiera la oportunidad de rechazar esa ventaja que ahora se le quiere imponer onerosamente (482).

4. Gastos ordinarios de conservación

a) *El principio*

Según un principio que encuentra en el Código civil aplicaciones puntuales, pero fácilmente generalizables (arts. 500, 1.362-2.º), quien obtiene los frutos corre con los gastos de administración y conserva-

(482) CAEMMERER, *Bereicherung*, 254.

ción ordinaria de la cosa. Estos gastos ordinarios como carga del fruto no entran en la cuenta de gastos necesarios resarcibles, que en ese sentido serían sólo los extraordinarios. Incluso a pesar de que en otros lugares del Código civil entre sin especificación todo tipo de gasto necesario como resarcible (art. 1.518, retracto) o se ponga todo tipo de gasto ordinario a la cuenta de quien no obtiene los frutos y provechos (art. 1.554 arrendamiento), debe entenderse implícita en ello la limitación que el propio García Goyena estimaba de esencia en todos éstos: que en los gastos resarcibles no entran los de ordinaria administración por ser carga del provecho, o, porque, como decía Pothier hablando del arrendamiento, más bien se entiende que estos gastos son los costes del deterioro ordinario del uso de la cosa y los pequeños defectos que de este uso nacen naturalmente (483).

Esta limitación no aparece, sin embargo, en el artículo 453; falta de mención que no debe querer decir que el Código civil no tome en cuenta este dato, dado que para una norma correlativa del proyecto 1.851 el propio comentarista del Proyecto estimaba como naturalmente implícita esta norma en todo caso, admitiendo que los gastos de ordinaria administración (el alimento de los animales, pero también la gasolina del vehículo arrendado o el pago hecho al fontanero para que desatasque el grifo de la casa poseída, etc.) no son reembolsables por el sucesor en la posesión.

Y no es mera carga del fruto en sentido técnico de esta palabra, sino de cualquier provecho en general (cfr. comodato) (483 bis). Y la noción de «carga» no es meramente descriptiva, sino con alcance regulativo. En este sentido hay que estimar con Pothier que, por ejemplo, el usufructuario que renuncia liberatoriamente al usufructo descargándose de los gastos de administración del artículo 500 debería devolver los frutos que por este concepto hubiese percibido (484). Incluso es del poseedor el riesgo de que el provecho obtenido no supere este gasto, bastando que pudiera haberlo obtenido (484 bis). E incluso si no podía de hecho obtener fruto alguno dado que, al menos conserva el provecho de haber usado de la cosa.

El poseedor de mala fe que no retiene los frutos estará en su caso igualmente sometido a estos gastos, mas no como carga del fruto, pues éstos los recupera por el artículo 356, sino por la responsabilidad por deterioros que le corresponde a tenor del artículo 457. Los gastos para evitar el deterioro normal de la cosa los recupera en tanto

(482 bis) Sobre la formación histórica del concepto, BADOSA, *La negligencia*, 424 y ss.

(483) *Louage*, núm. 219.

(483 bis) Sobre los gastos que incumben al comodatario, Part. 5,2,7, y LÓPEZ, glos. a «el señor».

(484) *Trait. du douaire*, núm. 237.

(484 bis) GURSKY, *Staudinger Komm.*, § 994, núm. 9; MONTEL, *Possesso*, 284.

gastos de conservación del artículo 455, pero no los gastos hechos para evitar el deterioro que se produciría del hecho de usar la cosa ajena. El poseedor del coche de mala fe cobrará, de esta forma, las primas del seguro obligatorio pagadas por él, pero no el gasto de cambio de aceite del motor, porque esto es la carga de haber usado de él, y de no hacerlo respondería del deterioro del automóvil.

b) *Gastos de aumento de capacidad de rédito*

No sólo el gasto ordinario es carga del provecho. Lo es también el abono de otros gastos que, debidos realizar por el propietario, aumentan no obstante la capacidad de rédito. El nudo propietario que paga las reparaciones extraordinarias —que le corresponden según Ley— puede exigir del usufructuario el interés de la cantidad desembolsada, como una deducción del fruto líquido (art. 502-1.º), interés que no es moratorio (el usufructuario no es deudor de ese dinero), sino *compensativo* de un fruto que se retiene por el beneficiado indirecto de este gasto. Y si estos pagos y gastos los hace el usufructuario, no puede exigir intereses de estas cantidades, puesto que el derecho que tendría a ellas se deduce proporcionalmente del beneficio mediato que obtiene con el aumento o simple conservación de la capacidad rediviva. Véase también en este sentido los artículos 107 y siguientes de la LAU y el artículo 58 de la LAR. En el arrendamiento, en cambio, no se paga por los gastos necesarios que incumben al arrendador, porque de hecho esto entra en su obligación de prestar un uso que el arrendatario paga como renta.

c) *Deducción de provechos en posesión en concepto distinto del de dueño*

Si quien obtiene los provechos es un poseedor indebido de buena fe en concepto distinto del de dueño, pero cuyo título o concepto posesorio es bastante por sí para legitimar una adquisición y no restitución de provechos, deberá al dueño, si éste reivindica, las mismas cantidades y por los mismo conceptos que tendría que pagar de haber sido un poseedor conforme a derecho (así, las cargas de los arts. 500 y ss. C.c., 107 ss. LAU). Evidentemente no puede en este caso pretender estar exento de una carga de frutos de las que no estaría exento de poseer conforme a derecho. Lo mismo hay que decir cuando quien reclame frente a este poseedor sea el titular del derecho poseído: éste podrá deducir mediante reclamación de cantidad, del fruto obtenido por el indebido poseedor, la misma cantidad que el titular debe pagar al dueño como carga de provecho; así, por ejemplo, el aumento de renta que el arrendatario tendrá que pagar al dueño en el caso del artículo 112 LAU.

d) *Amortizaciones empresariales*

Cuando la cosa rediviva sea un establecimiento mercantil, los fondos de amortización del inmovilizado no entran como carga ordinaria de administración, sino como *impensa in fructu*, como un gasto aplicado a la obtención del rendimiento neto, y que no es cobrable como gasto necesario por ningún poseedor que se apropie este rendimiento (485). De esta forma, «los beneficios que absorben los fondos de amortización no son beneficio, sino gasto» (486), y en cuanto tales no pueden ser retirados por el poseedor bajo capa de ser frutos. Y téngase en cuenta que si el poseedor que restituye frutos recupera estos gastos, no es porque sean «necesarios» para la conservación de la cosa, en el sentido del artículo 455, sino porque son necesarios para la obtención de los frutos de acuerdo al artículo 356.

Al poseedor le es igualmente aplicable el principio desenvuelto en el campo del Derecho de sociedades, según el cual, sólo es beneficio la ganancia que supere la cifra de capital. Si la Ley obliga a la constitución de una reserva, tampoco ésta será beneficio ni gasto reembolsable, sino *impensa* en el fruto, por más que no revele carácter alguno de periodicidad. Sí será un beneficio la reserva voluntaria y en cuanto tal apropiable por el poseedor que tenga derecho a los frutos.

Y lo aquí dicho no contradice la regla de que el poseedor de buena fe sea irresponsable en su gestión, pues estas cargas referenciadas no son cifras de responsabilidad ni tampoco gastos necesarios, sino deducciones a hacer del mismo concepto de beneficio o provecho retenible.

f) *El mantenimiento de la sustancia*

En alguna norma del usufructo se impone al receptor de provechos la carga de reconstituir el capital, incluso a costa de los frutos (art. 499, usufructo de rebaños). en otros casos, el derecho a actuar sobre la sustancia de la cosa se condiciona a la carga de su posterior reposición (art. 483, viñas u olivares) o a la obligación de proceder de una determinada manera en la explotación (art. 485, bosques maderables).

Si se trata de un simple poseedor de buena fe hay que distinguir. En la medida en que puede actuar como dueño no responde de los deterioros de la sustancia; no responderá, por ejemplo, de una corta

(485) Sobre los fondos de amortización, el trabajo clásico de GARRIGUES, *La revalorización de los activos en los balances mercantiles*, «RDM», 1949, 161.

(486) ALBIÑANA, *El beneficio*, cit., 214 y ss.

desmesurada de árbol maderable o de una corta de árboles frutales (siempre que no se pueda estimar «dolo» al que se refiere el artículo 457). Si se trata del cobro de impensas, sin embargo, ya he dicho que las que se realicen a costa de la sustancia no son de abono. Añadiendo más datos, se observa que en el Código civil tampoco puede el dueño compensar su deuda de gastos del artículo 453 con los deterioros causados en la sustancia por el poseedor siempre que se trate de un poseedor que de acuerdo a su normativa aplicable no deba responder por culpa (art. 457). Lo que sí ocurrirá, no obstante, es que un deterioro en la cosa pueda disminuir o incluso cancelar la «utilidad» de la impensa, utilidad que marca el límite de abono exigible al poseedor legítimo. De esta forma, por ejemplo, si el poseedor corta diez hectáreas de pinos y posteriormente repuebla en la misma cantidad, no podrá cobrar esto como mejora al dueño, pues de hecho éste no tiene ahora más de lo que tenía, de manera que nada le habrá resultado útil.

Lo que ahora requiere nuestra consideración es precisamente el caso primeramente enunciado en este subepígrafe: la subordinación de la apropiación de provechos a la reconstrucción de la sustancia. Lo que en estos casos dice el Código civil (cfr., igualmente, art. 1.350) es que sólo es provecho el excedente sobre el capital (rebaño) recompuesto. Esta obligación de reconstituir acerca de este tipo de usufructo sobre una universalidad al modelo del cuasi usufructo de cosas consumibles, en cuanto a lo que la traslación del riesgo se refiere. Ciertamente el traslado del riesgo al poseedor no es aquí total, pues la reconstitución se hace con las crías, no estando el usufructo obligado a más; por ejemplo, a reemplazar los animales muertos con crías que provengan de distinto ganado (P. 4,11,21, sobre el rebaño dotal). Incluso este deber de reconstituir se circunscribe en el Código civil a los provechos obtenidos en el *ciclo* productivo determinado (no así en el art. 1.350 C.c.) (487).

Salvando estas naturales diferencias, por lo demás el usufructo de una universalidad o conjunto de cosas se asimila al cuasi usufructo en cuanto al riesgo y su (aquí relativa) localización en el poseedor sujeto a restitución. Se asimila a este cuasi usufructo en el sentido también de que sólo más allá de la cifra capital restituible hay provecho retenible. Pues bien, yo creo que esto es igualmente aplicable al simple poseedor, ya que, aunque él no responde por el deterioro de la sustancia de la cosa, responde de la restitución de la misma si ésta se encuentra al tiempo de la entrega en un estado igual al que se encontraba al tiempo de entrar en posesión; a los efectos jurídicos se considera que lo poseído es el conjunto, y también el conjunto lo reivindicado. Como demuestran las fuentes, lo que en este caso

(487) Sobre la noción de ciclo en el usufructo, PUGLIESE, 680.

el dueño reivindica no son singularidades dentro de un conjunto, sino el conjunto mismo; uno de los pocos casos donde el Derecho romano admitió la *reivindicatio* de géneros no individualizados (488).

Creo que este principio es aplicable a la restitución de un establecimiento mercantil, ya se tienda a asimilarlo a un conjunto de bienes fungibles, ya se conceptúe como una restitución de subrogados dentro de una universalidad (489). Siempre que haya provechos sólo será retenible lo que supere al capital inicial. Si es una gestión deficitaria, el poseedor de buena fe no responde de este déficit. Y creo que el principio debe aplicarse tanto a las mercaderías existentes como al capital en dinero, o a las materias primas en su caso.

5. Deducciones del daño resarcible

Cuando se trata de indemnizaciones de daños, el problema de la compensabilidad se presenta de modo principal en las hipótesis resolutorias o anulatorias de prestaciones en contratos indogmáticos. La regla lógica en este punto no debe ser en principio otra que la imposibilidad de acumular el interés positivo de cumplimiento con el interés negativo derivado de los gastos de procuración del contrato. Es decir, de la indemnización pretendida debe deducirse lo que el actor necesariamente debería haber gastado para obtener el interés de cumplimiento: gastos del contrato, gastos de mediación, de escrituración, etc. A la inversa, siempre que con la acción tendente a la ineficacia del vínculo se pretenda la indemnización del interés negativo, no podrá acumularse éste con el interés positivo de cumplimiento, ya que éste no podría haber sido obtenido sino con cargo a los gastos de procuración del interés de cumplimiento del contrato.

El principio arriba enunciado no siempre es mantenido por la Ley con idéntico rigor. Baste pensar en el artículo 1.478, referido al alcance de la obligación de saneamiento. El comprador que ha sufrido la evicción puede demandar juntamente el interés negativo derivado de haber comprado cosa ajena (gastos del contrato, a que se refiere el n.º 3) y el interés positivo de cumplimientos *si rem evictam non fuisse*, es decir, lo que tendría en su poder de haber resultado plenamente eficaz el contrato de venta («precio» al tiempo de la evicción y frutos restituidos al vendedor; art. 1.478-1.º y 2.º). Esta norma,

(488) Cfr. Dig. 6,1,13; 6,1,2,3; 44,2,21,1; DERNBURG, II, núm. 226, not. 4. Sobre la evolución doctrinal de la reivindicación de *universitates facti*, Cfr. MARÍN PADILLA, «RCDI», 1975, 1128 y ss.

(489) La problemática del usufructo de empresa, en PUGLIESE, 678; CASANOVA, *Rivendicazione*, cit., 331 y ss.; entre nosotros, GARRIGUES-BERCOVITZ, *Curso*, I, 1976. 176.

que estimo excepcional, no puede extenderse a otros supuestos. Por ejemplo, al artículo 1.594 del Código civil. El dueño que desiste de la obra deberá indemnizar al contratista el interés positivo de cumplimiento («utilidades que pudiera obtener de ella»); por esa razón, los «gastos» que, a tenor del mismo punto, también han de ser indemnizados, no podrán ser los gastos del contrato, en cuanto condición para obtener el interés positivo por el que se le compensa. Se refiere la norma, sin duda, a los mismos gastos de ejecución de la obra (cfr. STS. 8-10-1987).

XVII. RESTITUCION DE TODOS LOS PROVECHOS

1. Dos modelos de la restitución total de provechos

a) *Gewinnherausgabe*

La doctrina que estima que quien se injiere en los bienes ajenos está sujeto a restituir todo el provecho obtenido de la injerencia —lo que en el Derecho alemán se conoce desde Schultz como *Eingriffwerwerb*— es ya antigua y se encuentra en la base misma de las construcciones teóricas de la doctrina del enriquecimiento sin causa. Los cambios que han hecho posible semejante construcción han sido fundamentalmente dos:

1.º) En primer lugar, se tiende a generalizar la solución particular que la Ley estatuye para la *restitución de frutos* en los supuestos de injerencia ilícita en bienes ajenos; bien que éstos sólo sean restituyibles por quien actúa de mala fe, bien la restitución se produzca con independencia del estado subjetivo del agente causante de la *Eingriff*, como ocurre en el § 818 BGB para todo tipo de *condictio*. Esta doctrina construye el sistema de frutos o, simplemente, admitiendo un *concepto ampliado* de frutos que incluya en su alcance todo tipo de provechos. Concretamente, Schultz, siguiendo a Crome, basará gran parte de su construcción en el principio de que no existe una sustancial diferencia entre los frutos y los lucros de negociación (490). Otro tanto puede decirse, por ejemplo, de Sacco. El principio alrededor del cual articula su doctrina del enriquecimiento, a saber, que todo lo obtenido por hecho injusto de los bienes ajenos es restituyible, se asienta en una explícita generalización del concepto de frutos. Así, por ejemplo, el lucro de explotación de derechos inmateriales (autor, propia imagen) se resuelve aplicando las normas restitutorias del poseedor de mala fe (491) (492).

(490) *System der rechte*, cit., 359.

(491) *L'arricchimento*, 51 y ss.

(492) Otras analogías entre los frutos y el resto de los enriquecimientos, en ESSERWEYERS, II, 416; TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, 1962.

2.º) El Derecho alemán encuentra todavía un segundo camino para proceder a semejante construcción. El § 816 BGB obliga a la restitución del «*Erlang*» al no legitimado que dispone de la cosa eficazmente contra el dueño. Los partidarios de una doctrina de la injerencia basada en la restitución del lucro de intervención harán incidencia en este principio y aún tenderán a aplicarle a toda disposición sobre bienes ajenos que no sea eficaz contra el dueño (493). La *Gewinn* pertenecería de esta forma al contenido de destinación que el Derecho reserva a los titulares de derechos absolutos, aunque sólo fuera porque, correlativamente, el titular del bien corre con el riesgo de que el deudor haya perdido el objeto de la restitución y quede en virtud de ello mismo exento de responsabilidad (§ 818-3 BGB) (494).

Los partidarios de la tesis contraria, en cambio, tenderán a limitar el alcance de la *Gewinnherausgabe* del § 816 BGB, vindicando que el § 818-2 BGB suministra el criterio general de todo enriquecimiento producido a través de una intromisión en asuntos ajenos: restitución del *valor objetivo* de una cesión, de su precio objetivo si se consume, etc. (495). Una entrega de provechos más allá del *valor objetivo* de la ventaja obtenida sólo puede cargarse en la persona de un injusto entrometido que conscientemente se injiere con provecho propio en los bienes ajenos; y esta afirmación se quiere deducir con carácter general de la norma que en este sentido el § 687-2 BGB refiere a *unechte* gestor de negocios ajenos.

b) *Waiver of tort*

El *Law of Restitution* inglés acaso tenga en su doctrina del *Waiver of tort* la especialidad más aprovechable para el jurista continental. Se conoce bajo esta expresión un mecanismo sustantivo-procesal en virtud del cual quien sufre un daño en sus bienes mediante algunas determinadas especies de *torts* que contiene el catálogo del *common law*, puede elegir entre seguir la vía de la indemnización o, eliminando el daño mediante ratificación, pretender del dañante la restitución del provecho mediante una acción *of general assumpsit* de tipo cuasi contractual. Qué tipos de *torts* puedan ser objeto de «*waivers*» es cuestión aún hoy discutida. Pero a los efectos que a nosotros concierne, se entienden incluidos entre éstos el *tort* de *conversion of chattels* (ilícita intromisión, incluso de buena fe, en bienes muebles ajenos)

(493) SCHULTZ, *System*, 336 y ss.; sobre la aplicación del § 816 «BGB» a la enajenación no eficaz, Cfr. MERLE, «AcP» (183), 81 y ss.

(494) KOPPENSTEIMER, «NJW», 971, 1769; REEB, *Grundprobleme des Bereicherungsrechts*, 1975; en general, KONIG, *Gewinnhaftung*, Fest. Caemmerer, 1978, 180 y ss.

(495) CAEMMERER, 232; LARENZ, Fest. Caemmerer, 209 y ss.; LORENZ, *Staud. Komm.*, § 818, núm. 27.

y el *tresspass in land* (injerencia indebida en inmuebles). No lo serían en cambio —aparte de la *defamation* y otros— ni la *negligence* ni la *nuisance* (inmisiones) (496).

Fundamentalmente cabrá «*Waive*» aquellos *torts* que se definen como *antienrichment torts*, caracterizados por reservar al titular la utilidad económica resultante de su explotación.

En el Derecho americano, sin embargo, el *Restatement of Restitution* (sect. 150-157, 202-205) ha limitado la técnica del *waiver* a los daños causados por el *conscious wrongdoer*, que puede ser *deprive of any profit*. El *wrongdoer* que, sin embargo, «*was no more at fault... no is required to pay for losses in excess of the benefit received by him and he is permitted to retain gains wich result from his dealing with the property*», criterio aplicado en *Olwell V. Mye & Nissen Co.* (1946); distinción que no hace el Derecho inglés sino en algunos casos concretos de *breach of confidence*, en los que el *honest wrongdoer* sólo es condenado por *damages* en la medida del valor objetivo de la información suministrada (*Seager v. Copydex Ltd.* 1967).

2. Límites a la extensión de restitución de provechos

Que sean frutos restituibles es algo que a lo largo de este trabajo ya hemos expuesto repetidas veces. Todo aquello que no entre en el concepto ampliado de frutos que hemos expuesto en el capítulo V no puede entrar en la restitución por la vía del artículo 455. En muchos casos estos provechos entrarán en la restitución como sustancia. Pero en estos casos, los que interesan ahora, no son sustancia de la cosa, y queda por saber si se dispone de algún título concurrente para fundar una restitución.

a) *El uso*

El uso es restituible conforme a la teoría del doble límite y, por tanto, en función de daño, más o menos objetivados en el valor de mercado de ese uso; es decir, aceptando una tendencia equivalente entre el lucro cesante y el valor-renta del uso. Pero más allá, ni tan siquiera el poseedor de mala fe estará obligado. De manera que si el ladrón del coche consigue con su uso cerrar un importante negocio que le procura una ganancia, ésta no es restituible.

(496) WINDFIELD, *On torts*, 685; GOFF-JONES, *The law*, 469 y ss.; BIRKS, *Introduction*, 316 y ss.

b) *Disposición de dinero*

La disposición o apropiación de dinero indebidamente apropiado (art. 533 C.p.) e indebidamente recibido (art. 1.896 C.c.), no alcanza ni a los lucros de esta negociación ni a los subrogados de este dinero, con las excepciones que a lo largo de este trabajo se han hecho constar. El dinero constituye en nuestro Derecho la cifra límite del derecho de restitución. Con la cantidad debida, se deberán en su caso intereses y acaso también todos los daños que el actor haya sufrido con su privación (cfr. 1.108 C.c.), pero no el lucro obtenido, que no entra en la cifra de la responsabilidad civil de los artículos 102 del Código penal o 1.896 del Código civil. Y ni siquiera puede afirmarse con carácter general que el «dueño» de este dinero ostente sobre este lucro una preferencia sobre el resto de los acreedores del deudor.

Esta afirmación arriba hecha no debe llevarnos a extrañeza, pues incluso juristas gobernados por unas constantes morales más rígidas que a las que responden el Derecho contemporáneo afirmaban repetidamente que el *lucrum industriae* que el usurero consigue con el interés injustamente cobrado, o el ladrón con la cantidad sustraída o apropiada no eran provechos restituibles al titular lesionado (497).

c) *Lucro de negociación de un bien*

El lucro de negociación de un bien ajeno no entra en la restitución como un fruto. El que vende el coche hurtado no restituye ni el precio ni la ganancia obtenida con el mismo, sino su valor y los daños, medidos unos y otros el día de la valoración judicial de la acción de responsabilidad (por tanto, tampoco los intereses, al ser cantidad ilíquida). Y no podrá, por ejemplo, pedir al mismo tiempo por el artículo 102 del Código penal la restitución del coche a su poseedor y la restitución del lucro al delincuente, pues «la restitución impide la posterior reclamación de daños y perjuicios». Dada la interpretación jurisprudencial, en otro lugar referida sobre el artículo 104 del Código penal, será el adquirente del coche el que se cobre del autor del delito todo lo que *le importe* no haber sufrido la evicción, que, desde luego, puede ser más o menos de lo que el ladrón obtuvo de ganancia. Pero ni el dueño ni el poseedor restituyente estarán legitimados para pedir al autor del delito los intereses abusivos que éste ganó prestando a un tercero la cantidad obtenida con el precio; aquél, porque esto no es ni fruto ni daño; éste, porque su *interest* en saneamiento no alcanza a este concepto.

(497) SOTO, IV, VII, 2; MOLINA, Disp. 719, 721.

d) *El uso instrumental*

Particular importancia me parece que revela la problemática del *uso instrumental* del bien ajeno. Llamo uso instrumental (498) a un uso que no se reduce al mero estar en el goce pasivo de la cosa ni a la explotación de su capacidad reductiva, sino en su incorporación a un determinado proceso productivo, más o menos amplio, donde el rédito sólo puede considerarse como un resultado del complejo en su conjunto. Molina ponía el caso del trigo robado que es sembrado por el ladrón en su propio terreno. Podemos, igualmente, añadir otros de similar estructura. El papel ajeno donde el músico X escribe su partitura, previsto en el artículo 377-2 del Código civil como un uso instrumental; la incorporación de un motor ajeno al vehículo propio; los ladrillos ajenos incorporados a la construcción del propio chalet (art. 360 C.c.). Añadamos el caso de la empresa propia a la que se incorpora por su titular maquinaria perteneciente a un tercero (499), o la cosa ajena transformada en manufactura en un determinado proceso industrial. O bien el local de negocio en el sentido de la LAU sin instalaciones ni maquinaria, en el que un poseedor de mala fe instala una «industria», también en el sentido del artículo 3 de la LAU (500). Podemos llegar aún a auténticos casos límite: sobre un pedregal propio prácticamente improductivo se plantan semillas ajenas, abonadas con fertilizantes ajenos y con maquinaria también indebidamente apropiadas a un tercero. O bien, sobre el «local de negocio» ajeno se instala una industria para la que se incorpora utillaje y maquinaria conscientemente adquiridos de un receptor.

En todos los casos citados, el uso del bien ajeno (o simplemente restituible) no es una mera detentación pasiva. Pero, y esto es lo que importa ahora, no es fruto restituible el beneficio neto global que se obtenga de la explotación combinada de esta diversidad de elementos productivos. Ni tan siquiera una parte de este lucro proporcional al valor de uso del bien. No existe en este caso la relación de producción que identifica al fruto como rédito, y la fuente del lucro queda ahora desplazada hacia otra de las variantes económicas en juego: la «industria» en el sentido amplio del término que utiliza, además de la LAU, el artículo 1.347-1.º del Código civil, por ejemplo. El beneficio del uso instrumental sólo se restituye como valor, y en su caso, con el complemento indemnizatorio calculado según las reglas generales; ésta es, por ejemplo, la sanción contenida en el artículo 360 del Código civil, que puede hacerse extensiva a supuestos de estructura similar. No se trata, obsérvese bien, de que el trabajo e iniciativa propia tenga de por sí tal preponderancia para romper la na-

(498) La expresión es de MOLINA, Disp. 719.

(499) BARCELLONA, *Restituzione dei frutti*, 293.

(500) LORENZ., *Staudinger Komm.*, § 818, núm. 12.

turalidad de fruto. Ya hemos visto en otra ocasión que el Código civil considera en el artículo 355 que el trabajo e iniciativa de por sí no es un factor de producción, sino un gasto incorporado al producto, una parte de su coste de fabricación. Lo característico de los ejemplos arriba citados es que el producto ya no puede considerarse como una función del uso instrumental de la cosa ajena. Por esta razón deben evitarse en este tema la recurrencia a criterios de significado huidizo como el de la simple comparación cuantitativa de las diversas variables del provecho, como, por ejemplo, hace Wilburg, remitiendo a los criterios de la *specificatio* para determinar, según los valores relativos de capital y trabajo, a qué variable se imputa causalmente el lucro (501). Hay que remitir a los criterios normales del tráfico para determinar si un determinado lucro es o no fruto de un bien. Así, si se instala la industria propia en el «local» ajeno, el beneficio industrial no es fruto del local; pero si sólo ocupó la mitad de este local y el resto se alquila para, con la renta, cubrir gastos fijos de la empresa, esta renta es fruto del local.

De todas maneras, en casos extremos faltará el terreno seguro que haga posible la aplicación de una regla fija, y será cuestión de apreciación la de saber cuál de las variables económicas presenta respecto a la otra carácter instrumental. Así, el jockey mediocre que se apropia del excelente caballo de carreras de un tercero será el instrumento del lucro que se imputará en cuanto fruto (v. gr., el premio de la carrera) al dueño del animal. Pero si «Rocinante» en veloz carrera pudo sorprender desprevenido al Caballero de los Espejos y vencer en tan singular combate, esto no puede deberse sino a la pericia de su ilustre dueño, pues del rocín «cuenta la historia que esta sola vez se conoció haber corrido algo».

De todo ello se desprende, por ejemplo, que la incorporación de maquinaria propia a la empresa ajena sea una impensa que podrá o no cobrar o retirar el poseedor según los casos, mientras que la incorporación de maquinaria ajena (incluso todo el utillaje empresarial) a una explotación propia sea un uso instrumental que sólo se restituirá por su valor objetivo, y en su caso, por el daño. Si se trata de un *bonaefidei possessor* deciden las reglas generales: el bien restituible en especie no es indemnizable por los deterioros producidos. Si la restitución en especie no es posible, se restituirá el valor, como se desprende del conjunto de normas relativas a la accesión de muebles.

3. Dos fundamentos para la restitución de todos los provechos

Yo creo que en el Derecho español sólo existen dos criterios que con carácter general pueden legitimar una pretensión de restitución de todos los provechos obtenidos del proceder sobre los bienes suje-

(501) *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, 18 y ss.

tos a restitución. En la mayoría de los casos estos criterios podrán aparecer concurrentes, pues en verdad casi responden a una misma razón de ser.

a) *Prohibición de concurrencia*

No cualquier violación de una prohibición de concurrencia hace nacer una restitución de provechos. Si el vendedor vinculado por un pacto de exclusiva, infringe la obligación y suministra a un tercero, no estará obligado hacia su contratante sino en la medida de los artículos 1.106-1.107 del Código civil. Si el cedente de una exclusiva no cumple sus obligaciones de no concurrencia ante el cesionario (cfr. S. 14-6-1985) o el vendedor de una empresa incumple la obligación esencial de abstenerse de concurrir con el adquirente, en ninguno de estos casos existe fundamento alguno en las reglas de responsabilidad contractual que exijan reponer al contratante lesionado en una medida superior al de su «coste» real de incumplimiento. Otro tanto puede decirse en nuestro Derecho de la mera competencia desleal, pues, como señala la doctrina (502), la defensa de los intereses en conflicto está cubierta únicamente por una regla indemnizatoria.

Para que la violación de una prohibición de concurrencia pueda dar lugar a una restitución de provechos es preciso —a falta de estipulación de contrato— que la concurrencia se produzca en actividades legalmente reservadas al principal; cuando de una forma u otra la relación con el principal se pueda definir como fiduciaria.

La Ley ha recogido supuestos de este tipo principalmente en el ámbito del Derecho de Sociedades y en el terreno de la fiducia por comisión o mandato. Los artículos 1.683 del Código civil, 135, 136 y 138 del Código de comercio responden al primer tipo: socio que se dedica a actividades incluidas en el giro social o que realizan una actividad separada aplicando fondos o el nombre de la compañía. En estos casos pierden en beneficio de la sociedad todo el lucro de injerencia, pueda o no considerarse en cada caso como lícita o ilícita esta concurrencia.

Los casos de falta a la fidelidad debida derivada y exigida por la relación de fiducia pueden darse en el seno o fuera del fenómeno societario. El mandatario o comisionista (arts. 1.720 C.c., 288 C.com.), el capitán del buque (art. 613 C.com.) o el administrador de una sociedad (art. 12 LSRL) no pueden dedicarse a actividades conectadas con el giro de principal: en caso contrario restituirán todo el prove-

(502) El lucro concurrencial es restituible «obligatoriamente» a menos que pueda conjeturarse una actuación representativa. Cfr. sts. 2-12-1983 y comentario de DELGADO ECHEVERRÍA en *Cuadernos Civitas Jur. Cir.*, 4 (n.º 98).

cho y no podrán imputar al principal los riesgos de esta gestión indebida.

En todos los casos es clara la *ratio* de la norma que impone la restitución. Se fundamenta en el principio de que toda expectativa de ganancia dentro de un determinado tráfico lucrativo aparece por la Ley como reservada al contenido de derecho del principal, de la misma forma que se clausuran los medios por los que el fiduciario puede retener el provecho: su provecho no podrá venir por otra vía que por el precio de comisión, el reembolso de gastos, o la expectativa de participación en la ganancia social. De ahí deriva que, por aplicación del artículo 1.686, no pueda compensar con estos lucros los daños que por su actuación haya producido en los intereses sociales: porque estos provechos le *eran debidos* a la sociedad.

Debe, no obstante, ponerse cuidado en la extensión de las consecuencias de esta relación de fiducia a otros supuestos que no responden estrictamente a su esquema. Así, en la Sentencia 18-11-1986 se casa la de instancia por entender el Tribunal Supremo, con razón, que las normas aplicadas (arts. 1.683 C.c. y concordantes del C.com.) no son pertinentes cuando se trata de empresas independientes unidas por vínculos económicos de colaboración y, en el caso, de subordinación relativa a una empresa principal.

La misma *ratio* es la que inspira al artículo 1.390 del Código civil. El cónyuge que por su iniciativa individual se ha procurado un lucro exclusivo es deudor del mismo a la sociedad de gananciales; en efecto, conforme al artículo 1.347 del Código civil, estos lucros aparecen *reservados* al consorcio, del que el cónyuge se presenta en todo caso como un mero gestor.

b) *La realización de una actividad gestora*

Hemos visto en el subepígrafe anterior cómo una prohibición de concurrencia puede, generalmente, estar unida a un vínculo fiduciario entre el receptor del provecho y el principal a quien se debe comunicar el lucro (cfr. art. 1.695 C.c., referente a la sociedad). Insisteremos ahora en este punto.

En el Common Law todo tipo de *fiduciary relationship* está sometida al principio de la restitución del provecho. Y los propios Tribunales entienden de modo amplio cuándo se da una relación fiduciaria (503). En el Derecho español el principio se halla claramente expresado en el artículo 1.720 del Código civil, que contiene la obligación del mandatario de comunicar al principal lo que haya obteni-

(503) GOFF-JONES, 490 y ss.

do de la gestión. Esta obligación es, por supuesto, independiente de que el mandatario se haya desenvuelto dentro de los límites del mandato, o que, por el contrario, haya sido obtenida la ganancia por causas de su actuación infiel. El provecho restituible alcanzará incluso a aquello que no era debido al mandante, también el lucro ilícito (504); si bien, como señala Gullón, «en virtud del mandato» quiere decir «por razón del mandato», no alcanzando a las contraprestaciones ofrecidas al mandatario que de acuerdo a las concepciones del tráfico no formen parte del contenido de la gestión comunicable al mandante, por ejemplo, las comisiones (505); ahora bien, el art. 1.720 sólo extiende sus efectos al círculo de actividades cubiertas por el mandato, fuera de ellas el mandatario que adquiere bienes con dinero del negocio que gestiona no comunica al principal la propiedad de estos bienes (sts. 9-9-1987)

Según Luis de Molina, esta obligación de restituir tendría un triple fundamento:

- a) Porque si la gestión no fuese exitosa también el riesgo sería del principal;
- b) porque en la comisión de venta el precio —todo el precio— es subrogado de la cosa;
- c) porque tanto en la comisión de venta como en la de compra se entienden incluidas implícitamente las cláusulas *aut magis si potes* (comisión de venta) o *aut minus si potes* (comisión de compra) (506).

Pero nosotros no excluimos del artículo 1.720 un supuesto que Molina entendía caer fuera de la norma: si el mandatario hubiera vendido por más precio en un lugar distinto del de la comisión porque en el lugar indicado no encontraba comprador. Entiendo que aun en este caso se debe el provecho de la gestión, tanto más que el interés protegible del mandatario se produce en la Ley a su precio de comisión y a la total lesión por los gastos de gestión.

La obligación de restituir el provecho por el artículo 1.720 no se hace depender —como pone de manifiesto una abundante jurisprudencia— de que la gestión haya sido realizada a nombre del principal; la circunstancia de que en estos casos el mandante no tenga acción contra tercero por el artículo 1.717 no significa que aquél no tenga ya desde el momento de la gestión derecho a considerar como suyo este provecho; el mandante tiene acción real para exigir la entrega de lo que se ha adquirido con el dinero de comisión sin necesidad de exigir del mandatario una retransmisión de la propiedad (Sentencias 22-11-1965, 26-11-1970, 19-12-1963, etc.). Alcanza tam-

(504) Cfr. GUILLOUARD, *Trait. des contrats aleatoires et du mandat*, 1893, 467.

(505) *Curso de Derecho civil. Cont. en particular*, 1968, 293.

(506) *De Iustitia*, Disp. 363.

bién la obligación de restituir a los permisos de explotación minera que el mandatario consigue su nombre propio (22-5-1964) (507). Y aún yo entiendo que esto es así aunque el mandatario haya adquirido el lucro de la gestión con sus propios bienes, siempre que, sin necesidad de actuar en nombre del mandante, actúe en interés y por cuenta suya. Saber cuándo se pueda deducir la existencia de un mandato tácito es una cuestión de hecho.

El mandante no queda obligado con el mandatario ni sufre los riesgos cuando su gestión es extralimitada (arts. 1.725, 1.727). Pero téngase en cuenta que, según los casos, la gestión provechosa puede entenderse a tenor del artículo 1.715 como gestión correcta aunque extralimite las instrucciones del mandante (507 bis). En principio, y por razón de equidad, debe interpretarse ampliamente la no existencia de extralimitación cuando el provecho restituible por el artículo 1.720 provenga de una gestión realizada fuera de los límites del contrato. Véase en este sentido el artículo 270 del Código de comercio, en el que se permite al comisionista retener el beneficio cuando, extralimitándose, el principal no ha querido asumir el riesgo de la gestión.

El Código civil no contiene para el gestor oficioso una norma similar a la del artículo 1.720, ni remite en bloque a la regulación del mandato sino cuando la gestión es ratificada. Centrándonos ahora en la gestión «propia» de negocios ajenos, en la que el gestor se encarga de los asuntos ajenos con ánimo de gestionarlos, creo que la rendición de cuentas y comunicación de los provechos es consustancial a la figura y debe entenderse implícita (Dig. 3.5.2). Constituye un principio institucional durante todo el Derecho común, y el mismo artículo 1.892, § 1.851 establece explícitamente que al gestor le son de aplicación las normas que definen las obligaciones del mandatario. Así lo admite hoy la jurisprudencia en cuanto al deber de comunicar la ganancia obtenida (S. 16-10-1978) (508).

El artículo 1.892, al subordinar los efectos del mandato a la ratificación del *dominus* no parece que se refiera a la obligación del artículo 1.720, sino a las obligaciones del *dominus* ante la *actio contraria* del gestor. Así se prueba con la conexión sistemática de este precepto con el siguiente («aunque no hubiera ratificado expresamente la gestión»), que recoge las obligaciones del *dominus* ante la *actio contraria* del gestor, obligaciones que se concretan en el reembolso de gastos y responsabilidad de las obligaciones contraídas en su interés. Parece, pues, que lo que se excluye a falta de ratificación son las obligaciones

(507) Cfr. GULLÓN, *Mandatario que adquiere en nombre propio*. Est. De Castro, I, 764; DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, 1972, 125.

(507 bis) Cfr. F. RODRÍGUEZ MORATA, *La ventaja en la gestión como límite de la autorización implícita en el contrato de mandato*, art. 1.715 C.c., «Act. Civil» (1987), números 37 y 38.

(508) Cfr. en este sentido, PASQUAU, *Gestión de negocios*, 135.

del principal de mantener ileso al gestor (arts. 1.728, 1.729, 1.730). Esta diferencia de régimen con el mandato parece aceptable desde el momento en que el gestor se ha injerido por su cuenta en los intereses de un tercero, no pudiendo, en consecuencia, trasladarle sin más el riesgo de su quebranto patrimonial sufrido en esta injerencia.

El principio afirmado en este subepígrafe de que la relación fiducial produce una obligación de restitución de provechos tiene del mismo modo un aspecto negativo. Ya hemos visto en un capítulo anterior que el cónyuge que adquiere a su nombre bienes que paga con el dinero de su consorte no hace sin más por este solo hecho a dicho consorte dueño de lo adquirido, a pesar de la aparente interpretación en contrario que podría inferirse del artículo 1.346-3.º Otro tanto puede decirse del poseedor de la herencia que adquiere con medios de ésta en su propio nombre. En estos casos y otros similares no se puede pretender una comunicación del provecho si no se prueba que el adquirente gestionaba los asuntos ajenos, lo que podrá presumirse con más o menos facilidades, según los casos.

4. «Waiver of tort» en Derecho español

La regla que se expresa bajo la expresión inglesa indicada debe ser rechazada en el Derecho español. Creo que esta afirmación enuncia un principio institucional en nuestro sistema, a riesgo de vaciar tanto las normas de la responsabilidad civil como las de la gestión posesoria.

a) *Responsabilidad extracontractual*

Que en el art. 1.902 del Código civil y concordantes el lesionado no puede «autorizar» el daño exigiendo en consecuencia una restitución de los provechos obtenidos por la acción dañosa, es una conclusión que se puede deducir sin más del constantemente afirmado por la jurisprudencia, principio de que la responsabilidad civil no puede servir para enriquecer al lesionado en sus bienes o su persona. Este enriquecimiento, de haberlo, será en todo caso la resultancia de una circunstancia ocasional o por contrato celebrado con un tercero (seguro de personas).

En el artículo 1.902 la fórmula del daño es general y no se articula la regulación según un catálogo de tipos de daños ni de intereses protegidos (a diferencia de los Derechos inglés y alemán, respectivamente), de donde no pueden obtenerse consecuencias diversas según el daño lesione o no derechos absolutos o incida en determinados bienes que tenga para su titular una expectativa de explotación provechosa. Sería, en efecto, completamente absurdo que la empresa química que daña con las inmisiones los cultivos del vecino pudiera ser

condenada a entregarle a éste todo el beneficio de explotación que no obtendría (*condictio sine qua non*) de no lesionar precisamente estos cultivos.

b) *Lesión del contrato*

El contratante lesionado en su derecho de crédito no puede *waive* su responsabilidad contractual para, confirmando la lesión, exigir del contratante incumplidor la restitución de los provechos obtenidos del incumplimiento. En este sentido, creo que va de suyo la inadmisibilidad de una interpretación «proporcionalmente analógica» del artículo 1.107, en el sentido de que, si los daños indemnizables por un incumplimiento doloso se extienden a todos los que «conocidamente se deriven del incumplimiento», se estimará igualmente que serían restituirse todos los provechosos «conocidamente derivados» del incumplimiento.

Con palabras de O. W. Holmes (509), «un hombre es libre de... incumplir su contrato si quiere». Es de acuerdo a esta afirmación tan simple y tan cierta que los Tribunales ingleses no someten al *wai-ver*, con el consiguiente *account of profits*, al contratante que dolosamente falta a los términos de su obligación (510). Paz Ares ofrece en este sentido una concreta fundamentación extraída del *Economic analysis of Law*: si el beneficio obtenido por el enriquecimiento se recuperara a través de la acción indemnizatoria del artículo 1.106 del Código civil haríase inviable un sistema de mercado «eficiente» en el cual la ruptura del contrato pueda generar mayor utilidad que su conservación. El contratante lesionado no podría ser indemnizado más allá de su *curva de indiferencia*, de lo que le *interesaba* —diríamos nosotros— que la obligación hubiera sido correctamente cumplida, dejando por su parte al incumplidor la posibilidad de buscar dentro del mercado expectativas más ventajosas (511). Podríamos decir, en efecto, que nuestro sistema de responsabilidad contractual posibilita a cada una de las partes del contrato el *comprar* su incumplimiento por una cantidad igual a la que representa el interés de cumplimiento de su acreedor. Utilizando de nuevo terminología que al respecto suministra el inacabable acopio doctrinal de Molina, podríamos formular semejante principio afirmando que el vendedor no puede «vender» al comprador el lucro que éste obtiene por el contrato, ya que eso es algo que no pertenece a aquél; lo único que podría «cobrarle»

(509) *The Common Law*, 1963, 236.

(510) GOFF-JONES, 19, 20, 370 y s., y allí las consideraciones críticas del autor a esta posición.

(511) *La economía política como ciencia racional*, «ADC», 1981, 629.

es su lucro cesante o su daño efectivo, y eso siempre que tuvieran una relación con el contrato (512).

La opinión en contra de Sacco, admitiendo en este ámbito una responsabilidad que alcanza a todo el lucro de incumplimiento (513) supone en verdad desconocer qué intereses protegen las normas de la responsabilidad contractual.

El mismo principio arriba afirmado es igualmente aplicable al daño que surge de una dolosa interferencia de tercero en el contrato ajeno, señaladamente, la interferencia en un contrato de exclusiva. En nuestro Derecho debe afirmarse que esta lesión es una responsabilidad extracontractual sometida al imperio del artículo 1.902 (514), y que el monto de la indemnización no alcanza sino a los daños realmente inferidos al acreedor, como demostró la ya clásica Sentencia 23-3-1921 en el conocido caso de «Raquel Meller». Doctrina ésta que me parece más correcta que la sostenida, por ejemplo, en un caso norteamericano (Federal Sugar Refininf C. v. U. S. Sugar Equalisation Board, 1946), donde se admitió que el tercer dañante en un contrato de suministro en exclusiva de azúcar debería al acreedor lesionado todo el provecho obtenido del daño (515).

c) *Subrogados del objeto perdido de la prestación*

El artículo 1.186 contiene una regla subrogatoria que obliga al deudor de cosa cierta a restituir el cómodo representativo cuando aquella prestación se pierde. A pesar de que el precepto se refiere a la cesión de acciones al acreedor, el origen doctrinal de esta norma obliga a pensar que el cómodo restituible es cualquier enriquecimiento que al deudor le queda de la cosa (516), de acuerdo, según nos advierte Roca Juan (517), a una traslación operada en Pothier del principio *meus est quod ex re mea superest* al correlativo *meus est quod ex re mihi debita superest*.

Esta norma no puede ser aplicable en Derecho español al incumplidor culposo o doloso, dado que se parte del supuesto de que la obligación se haya «extinguido» por la pérdida de la cosa, y esto

(512) *De Iustitia*, Disp. 348, 351.

(513) *L'arricchimento*, 153.

(514) Cfr. PANTALEON, *tesis, cit.*, 530 y ss. En el Derecho alemán, LARENZ, II, 604, considera que el derecho de rédito en cuanto tal no es un «derecho» en el sentido del § 823 «BGB» cuya lesión dé lugar a responsabilidad extracontractual; pero sí es un bien jurídicamente protegido la «posición jurídica» del acreedor en cuanto tal.

(515) Cfr. BIRKS, *Introduction*, 337.

(516) Dig. 19,1,31; GARCÍA GOYENA, 617. Sin embargo, no entra en este enriquecimiento lo que el deudor se ahorra por quedar liberado (SACCO, 163).

(517) *Est. De Castro*, II, 530.

sólo ocurre conforme al artículo 1.182 cuando se ha perdido por caso fortuito antes de estar el deudor en mora. Solución lógica, ya que aquí el acreedor corre el correlativo riesgo de que la cosa no quede ni se obtenga nada; riesgo del que está libre cuando la pérdida no se extingue, sino que perpetúa la obligación conservando la concurrente pretensión al «precio» y al daño. El artículo 1.186 sólo es aplicable por un principio de traslación de riesgos al acreedor de manera tal que, de admitirse aún que ante la pérdida fortuita, queda abierta al acreedor la vía del artículo 1.124 si se trata de una obligación recíproca, estimo muy dudosa la aplicación del referido precepto.

De acuerdo a lo dicho, si el vendedor que aún no ha entregado la cosa la vende por segunda vez a un mejor precio, el comprador sólo tendrá derecho al precio pagado y a los daños, no al mayor precio de venta del contratante incumplidor. Distinto es el caso en el BGB, donde el § 281-2.º permite al acreedor elegir entre la restitución del cómodo representativo y la indemnización de daños contractuales, imputando en su caso el valor de aquél al montante de la indemnización debida; y este cómodo no es meramente representativo, entendiendo la doctrina que se extiende también al *commodo ex negotiatione* (518).

Creo que por idénticas razones no es aplicable el artículo 1.186 a la enajenación o pérdida de la cosa debida cuanto ésta se produjo en manos de un *accipiens indebiti* de mala fe del artículo 1.896; deberá el valor y los daños, no el subrogado de negociación a que se refiere el artículo 1.897.

d) *Posesión de buena fe y gestión de negocios*

Contiene, en mi opinión, el artículo 2.032 *Codice* italiano una norma manifiestamente desafortunada. Según el precepto, el *dominus* puede ratificar, y valdrá como mandato, una gestión llevada a cabo erróneamente por quien creía el negocio como suyo. Esta norma permite —y de ahí el acuse de desafortunada— escamotear simplemente, en perjuicio del poseedor, las normas que le permiten la retención de los frutos derivados de una gestión posesoria.

En mi opinión, queda fuera de toda duda que una gestión errónea no pueda ser ratificada en el sentido del artículo 1.892, al menos cuando de tal posibilidad surgiera una colisión valorativa con las reglas posesorias; porque en caso contrario, el poseedor respondería por culpa, contra lo preceptuado en el artículo 457, y restituiría el provecho, contradiciendo así el mandato del artículo 451. Y así lo

(518) EMMERICH, *Münchener Komm.*, «BGB» (1975), § 281, núms. 10, 20.

afirma el Tribunal Supremo en Sentencia 1-3-1954, entendiendo que el que de buena fe se injiere en asuntos ajenos creyendo ser propios (en el caso, extracción de mineral ajeno creyéndolo propio) ni es mandatario ni gestiona los asuntos del verdadero titular. Y todavía hay que rechazar de modo más claro que una gestión objetivamente ajena pueda conducir sin más a la aplicación de las normas de la gestión oficiosa, con independencia de la intención que haya tenido el presunto gestor. Y no creo que se pueda pretender seriamente que por aplicación del artículo 1.717 *in fine* surja una relación asimilada al mandato por el sólo hecho de que se trate de «cosas del mandante». De esta forma, si el poseedor, de buena fe, de una herencia paga legados o deudas, no tendrá contra el dueño una acción de gestión *utilis*, sino la *condictio* por pago indebido y las normas posesorias (518 bis).

Por la misma razón no puede decirse (519) que el dueño pueda «autorizar» la enajenación del bien hecha por el poseedor de buena fe y pedirle en consecuencia el precio obtenido. Al menos esto sólo sería posible en los casos en que el poseedor mentado estuviera ya obligado a la entrega del precio y que hemos comentado en el capítulo XV.

Totalmente inadmisibles en nuestro sistema es la interpretación de Donello, según la cual, un negocio que objetivamente no es ajeno, por ejemplo, la venta de cosa ajena, puede convertirse en negocio propio del dueño de la cosa cuando a él le resulte el *incommodum* de la gestión; por ejemplo, porque la cosa ha sido usucapida por el adquirente; en este caso, piensa el autor, el dueño puede considerar que el vendedor gestionó su negocio y pedirle el precio obtenido (520).

e) *Gestión de negocios impropia*

Muy controvertida ha sido siempre la cuestión de saber cuál es el estatuto jurídico de quien, conociendo la ajenedad del negocio, lo gestiona, no obstante, como propio en su particular interés. En el Derecho común se tiende a disociar la aplicación respectiva de la *actio directa* y la *contraria*. Aquélla surgiría del sólo hecho de la injerencia, y permitiría al *dominus* solicitar la comunicación de provechos y la responsabilidad en que pudiera haber incurrido el gestor; la *actio contraria*, en cambio, únicamente sería viable de haberse gestionado con intención de servir un interés ajeno, supeditando a esta circunstancia el reembolso de gastos (521). De no mediar dicho *ani-*

(518 bis) Solución contraria al Derecho Romano. Según GLUCK, III, p. 184.

(519) Al contrario, SCHULTZ, *System*, 358.

(520) *Comm.*, XV, XVII, V.

(521) DONELLO, XV, XV, IV; XV, XVI, IX.

mus, el *dominus* sólo respondería ante el gestor por su efectivo enriquecimiento (Dig. 3.5.5.5). Esta doctrina está en su totalidad trasladada al § 687 BGB para la hipótesis de la *unechte* gestión de negocios; precepto cuya «*rechtspolitische Wichtigkeit*» han destacado Esser-Weyers (522), al haberse convertido en el Derecho alemán en el criterio decisorio general para mantener la obligación de restitución de provechos a todo aquel que se enriquece dolosamente de los bienes ajenos (523).

En el Derecho español recientemente se han pretendido como disociables las correlativas acciones que nacen de la gestión oficiosa. La pretensión del *dominus* surgiría del mero hecho de gestionar asuntos ajenos; la pretensión del gestor sólo se podría fundar en un efectivo *animus* de gestionar en interés de otro (524). Por su parte, el Tribunal Supremo parece conceder alguna vez la posibilidad de que el *dominus* pretenda la rendición de cuentas y restitución del lucro por el sólo hecho de la intromisión, «cualquiera sea el concepto en que se hayan administrado bienes ajenos » (23-6-1891, 30-10-1959).

No me parece que sea del todo cierta semejante interpretación, al menos cuando la misma aboque a un conflicto de límites con otras instituciones. Hay que rechazar que la mera ajenezidad del negocio gestionado suponga sin más la inclusión del supuesto en el ámbito de la gestión de los artículos 1.888 y siguientes del Código civil. Porque entonces el efecto del artículo 1.720 debería haber perdido su localización particular en tema de mandato para convertirse en una norma de alcance general. Existe en este ámbito una natural inescindibilidad entre la obligación de comunicar las ganancias y la determinación inicial del supuesto en el artículo 1.888. En efecto, si las definiciones legales han de servir para algo, el artículo 1.887 del Código civil parte de que el cuasi-contrato es un «hecho lícito», licitud de una injerencia no consentida, que, si en la posesión de buena fe se justifica en la sola buena fe, en la gestión de negocio se fundamenta en la voluntad de cuidar intereses de un tercero.

Pero lo que mayormente me parece inaceptable es que se pretenda escindir la regulación riesgo-enriquecimiento-provecho. La norma del artículo 1.720, aplicada institucionalmente a la gestión «propia» de negocios ajenos, está normativamente conectada a una exención de riesgos del gestor (art. 1.891) y a la seguridad de un reembolso por gastos útiles de gestión (art. 1.893). Pero en una gestión impropia, permaneciendo inalterada la primera obligación, todo el riesgo es des-

(522) *Schuldrecht*, II, 362.

(523) CAEMMERER, *Bereicherung*, 235 y ss.

(524) LACRUZ, II, 3.º, 593 y s.; PASQUAU, *Gestión*, 342, aunque el autor excluye al poseedor de mala fe y al que actúa *animus depredandi*.

plazado al gestor (arts. 457, 1.185) y carece de pretensión de reembolso, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 362 y 455. Esto es lo que no se puede justificar, pues no existe principio alguno que obligue a acumular en perjuicio de este tercero todas las consecuencias sancionadoras que resulte de la aplicación conjunta y «diferenciada» de las normas de la posesión y de la gestión.

Y no se puede contrargumentar que, si bien la gestión impropia no puede valer como gestión, es posible, sin embargo, que de todas formas se produzca la ratificación del artículo 1.892, con el efecto del artículo 1.720. Y ello, porque lo que puede ser ratificado es el supuesto de hecho de los artículos 1.888 y siguientes, no cualquier supuesto de hecho donde el gestor no tenga interés en ser ratificado. Por ejemplo, si una compañía publicitaria se introduce, aprovechando las vacaciones de su dueño, en una lujosa villa para rodar un anuncio de perfumes con decorados de época, es claro que responderá frente al dueño por los daños en la cosa, pero no podrá éste renunciar al daño autorizando la intromisión y exigiendo a cambio todo o parte del lucro reportado.

5. La lesión de derechos inmateriales

Recientemente, el Derecho español ha visto introducirse entre sus criterios tradicionales de reparación del daño un sistema de restitución-reparación que no corresponde a los cánones clásicos. Se trata de legislación nacida con el intento de garantizar la consistencia de derechos inmateriales, introduciendo en el cómputo indemnizatorio del daño la relevancia de los lucros que el lesionante haya podido obtener de ello, en el ámbito de los bienes inmateriales (derecho de autor, patentes, bienes de la personalidad). Es un sistema híbrido de *waiver of tort* que el *Common Law* ya había aplicado desde antiguo a la lesión de *copyright* y de propiedad industrial (525); que la jurisprudencia alemana entendió igualmente aplicable en supuesto de dolosa *interference* en los derechos de propiedad intelectual e industrial, mediante una generalización del supuesto del § 687 BGB (526), y que hoy encuentra su plasmación en el § 97-I 2 UhrG y 47 II PatenG (527). También la jurisprudencia italiana en tema de lesión de derechos inmateriales a la imagen o de autor (528).

a) Los textos legales

La Ley 11/1986, de Patentes, establece dos mecanismos de restitución de la patente. En primer lugar, la Ley se refiere a la *reivindicación* de la patente (art. 12) cuando ésta fuera concedida a persona

(525) Cfr. KONIG, *Gewinnhaftung*, 188 y ss.

(526) Cfr. LARENZ, I, 471.

(527) ESSER-WEYRS, II, 363.

(528) SACCO, *L'arricchimento*, 15 y ss.

distinta de los legitimados para obtenerla a tenor del artículo 10. No se establece en este caso norma alguna que particularmente detalle las consecuencias restitutorias de esta reivindicación, por lo que en principio puede entenderse aplicable sin más lo dispuesto, adecuado convenientemente, en los artículos 451 y siguientes del Código civil.

El artículo 66 de la Ley se incardina sistemáticamente en la defensa por violación de patentes y describe el contenido de la acción de indemnización que a tenor del artículo 63 pueda utilizar el titular lesionado de la patente. De acuerdo al artículo 66, la ganancia frustrada por el titular se fijará a elección de éste, conforme a alguno de los siguientes criterios:

- a) Los beneficios obtenibles previsiblemente de no haber existido la competencia del infractor;
- b) por los beneficios que este último haya obtenido de la explotación de la patente;
- c) por el precio que el infractor hubiera debido pagar al titular por la concesión de una licencia.

Sólo a este último módulo se atenderá si por su parte el juez aprecia que el titular de la patente no cumple con el requisito de explotarla conforme al artículo 83. En el cálculo de los beneficios de que hablan los apartados a) y b) citados, se podrán comprender los productos por aquellas cosas de las que el objeto inventado constituya parte esencial. Por fin, junto a este derecho indemnizatorio, el titular lesionado tiene derecho a que se le atribuyan en propiedad los objetos producidos con infracción de una patente, en cuyo caso éstos se imputarán a la indemnización. Este último supuesto coincide con lo dispuesto en el artículo 124-3.º de la Ley de Propiedad Intelectual. El artículo 125 de dicha Ley, a su vez, coincide con el 66 L.Pat. en cuanto a la fijación del módulo indemnizatorio, si bien con exclusión del criterio constituido por los beneficios obtenidos por el autor de la lesión.

El artículo 9-3.º de la Ley Orgánica 1/1982, de Protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, establece que «la indemnización se extenderá al daño moral, atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso la difusión o audiencia del medio a través del que la lesión se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma».

b) *Comentario*

No es éste, por supuesto, el lugar adecuado para afrontar un comentario pormenorizado de estos preceptos, y nos limitaremos a la parte que a nosotros nos interesa aquí.

En principio, no hay jurisprudencia que hasta el presente haya tenido ocasión de ocuparse de estos aspectos. Los casos hasta ahora resueltos en aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 no permiten extraer consecuencia sobre nuestro objeto, pues en todos el fondo de la cuestión se limitó a decidir si en las especies particulares se había producido o no una lesión de los bienes protegidos, y, cuando se ha aceptado la existencia de esta lesión, la indemnización, fijada en la Instancia, no ha sido objeto de consideración especial (cfr. SS. 31-5-1983, 28-11-1986, 4-11-1986).

Yo creo como previsible que dado el estado de nuestra jurisprudencia en lo que atañe a la prueba y cuantía del daño, los aspectos atinentes a la reparación-restitución tenderán a convertirse en cuestiones de hecho (529).

Del análisis conjunto de estos modelos cabe asegurar que no se instaure en el Derecho español un sistema auténtico de *waiver*, dado que ni la acción en función del beneficio mismo es por sí mismo considerado un *objeto* de pretensión de restitución. La acción es una *acción de daños* y el beneficio es un *módulo de fijación* de ese daño. Obsérvese que ni tan siquiera en la L.Pat. el beneficio obtenido de la lesión se convierte sin más en cifra del lucro cesante, sino en criterio de fijación; la Ley no dice expresamente que el criterio de fijación coincida con la cuantía de la indemnización. Desde luego, no lo es en la Ley Orgánica 1/1981, en la cual el beneficio es una de las circunstancias concurrentes de la fijación del daño moral. Es evidente que la acumulación de criterios o la simple indecisión sobre la equivalencia cuantitativa entre el lucro y el daño, introduce un margen notable de arbitrio judicial que en las instancias superiores será difícilmente controlable.

En realidad, la solución legal es técnicamente atormentada, pues no se ve qué pueda tener en común el lucro cesante por sí mismo considerado y el beneficio reportado por la lesión. Las referidas normas no han querido abandonar al terreno indemnizatorio, y, sin embargo, establecen un punto entre él y el Derecho del enriquecimiento a través de una «consideración abstracta» del lucro cesante. En lugar, por tanto, de un daño «diferencialmente» calculado, se mide «realmente» por la misma contextura del bien lesionado, suprimiéndose la relevancia subjetiva de una no real posibilidad de obtención del provecho por parte de la persona titular.

Téngase en cuenta, igualmente, que el modelo aquí descrito no ha dejado de tener su función indemnizatoria, dada la imposibilidad de obtener una *restitución de provechos* cuando el titular de

(529) Cfr. el lúcido examen de IGARTUA, en «Rev. Poder Jud.», núm. 5 (1987), 89 y ss., sobre la casación del *quantum* indemnizatorio.

la patente no la explotaba; atendiendo, por tanto, a las circunstancias subjetivas diferenciales del sujeto, no a la mera cuantificación objetiva de la *Eingriff*. Es *función de daño* por una segunda razón, a saber, que ni tan siquiera la restitución específica del objeto fabricado por intermedio de la lesión se consigue por acción real, sino por acción de daños, como la «restitución» de que habla el artículo 102 del Código penal. Por ello la imputación a la cuenta de indemnización no es una auténtica *compensatio lucri cum damno*, sino una auténtica minoración del daño. Y téngase en cuenta, en fin, que si el valor de los objetos producidos excede de la indemnización, el titular compensaría a la otra parte por el exceso, de manera que ni tan siquiera en función del daño la restitución alcanzaría a todos los provechos reales.

En la L.Pat. se han utilizado los dos criterios tradicionales de determinación del enriquecimiento en la *Eingriffskondition*: el lucro de intervención y el valor objetivo de la ventaja calculado por el precio de la licencia. Que la elección quede a favor del lesionado puede no ser del todo justo si no se hacen distinciones entre la lesión intencional y la negligente. Y adviértase que ni tan siquiera en los ordenamientos de los que proviene este particular sistema indemnizatorio cargan con este rigor, sino al *conscious* injerido en la patente ajena.

Por último, en la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, la mera intromisión no es de por sí fundamento de la obligar de restituir. El perjuicio se presume, dice el artículo 9-3.º, pero cabe prueba en contrario, y también en el daño moral. Todavía le quedaría al infractor este último recurso de la restitución en función del daño, consistente en la prueba de que la objetiva injerencia no produjo daño efectivo.

Las acciones de defensa de derechos inmateriales aquí reseñadas no excluyen la aplicabilidad de otros recursos que pudieran tener lugar de acuerdo al Derecho común. Concretamente la restitución de frutos. El Tribunal Supremo ha declarado en S. 4-4-1936, que los beneficios de explotación ilícita de los derechos de autor son frutos restituibles a tenor del art. 455 C.C. dado que constituyen el rendimiento ordinario de los mismos sin menoscavar la sustancia del derecho. La especialidad del supuesto, que lo diferencia radicalmente de los derechos sobre bienes materiales, y la circunstancia de que en un futuro próximo he de ocuparme especialmente de esta materia, justifican que en el presente no profundicemos sobre esta declaración jurisprudencial. En todo caso, baste reseñar dos datos. El primero, que, de acuerdo con lo dicho en diversos lugares de este trabajo, la ganancia que el explotador indebido de la propiedad intelectual obtenga por la disposición (ineficaz) de este derecho a un tercero, no son emolumentos obtenidos por la explotación del derecho de autor, sino lucro de negociación del infractor. En segundo lugar, en el ámbi-

to de los derechos inmateriales es mucho más difícil distinguir entre explotación indebida de un derecho inmaterial (con la consecuencia de restitución de frutos) y la incorporación indebida, en cuanto uso instrumental, del derecho inmaterial a una explotación propia, en la que concurren diversos factores para la obtención del lucro empresarial.

NOTA

El trabajo del profesor Díez-Picazo *La doctrina de enriquecimiento sin causa*, que en la nota 372 se cita como inédito —como efectivamente ocurría al tiempo de redacción de nuestro trabajo— fue leído como discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y publicado en este mismo año 1987.

