



Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Editorial Board

Aniceto Masferrer, University of Valencia, Chief Editor
Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia, Assistant Chief Editor
Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén, Secretary
Anna Taitslinn, Australian National University – University of Canberra
Matthew Mirow, Florida International University
Jose Miguel Piquer, University of Valencia
Wim Decock, University of Leuven
Andrew Simpson, University of Aberdeen

Student Editorial Board

José Franco Chasán, Pau Cuquerella Miralles, Miguel Borrás Cebolla, Sofía Mas Conejero, Cándid Mollà Palanca, Nerea Monteagudo Estacio, Julia Picher Ruedas (University of Valencia)

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, Universidad of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; Seán Patrick Donlan, University of Limerick; Matthew Dyson, University of Cambridge; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Helsinki; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Dag Michaelsen, University of Oslo; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam

Citation

José L. Linares Pineda, “A vueltas con la restitución en el proceso civil romano”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 12 (2015), pp. 472-482 (available at <http://www.glossae.eu>)

A VUELTAS CON LA RESTITUCIÓN EN EL PROCESO CIVIL ROMANO *

ON THE RESTITUTION IN THE ROMAN CIVIL LAW PROCEDURE

José L. Linares Pineda
Universidad de Girona

Resumen

La noción romana de fruto presenta notable deficiencias respecto de lo que generalmente se espera de la terminología jurídica. En materia de adquisición de frutos por el *bonae fidei possessor*, se combaten doctrinas como el ‘Produktionsprinzip’ (‘frutos industriales’) y la necesidad de poseer por un título oneroso. En lo atinente a la restitución de frutos, frente a la homogeneidad del principio *restituere* enunciado por Kaser, se subrayan los perfiles específicos de la restitución de frutos en los *bonae fidei iudicia* y en las acciones de derecho estricto dirigidas a *certam rem reddere*, al tiempo que se recuerda el origen postclásico de la separación a estos efectos entre poseedores de buena fe y de mala fe.

Abstract

The Roman notion of fruits shows up remarkable deficiencies with regards to what is broadly expected from legal terminology. On acquisition of fruits by the *bona fidei possessor*, some doctrines are hereby opposed to such as the ‘Produktionsprinzip’ (industrial fruits) and the need of possessing an onerous title. Concerning the restitution of fruits, as opposed to the homogeneity of *restituere* principle adopted by Kaser, specific profiles of fruits restitution in *bonae fidei iudicia* and in legal actions aimed at *certam rem reddere*, are highlighted whereas the postclassical origin of the separation between good and bad faith possessors is borne in mind.

Palabras clave

Noción de fruto, adquisición de frutos y restitución de frutos en el Derecho romano clásico

Keywords

Notion of fruit, acquisition of fruits and restitution thereof in classic Roman law

1. Introducción

La publicación del libro de Silvia Viaro sobre el *arbitratus de restituendo*¹, nos animó volver a la temática de la restitución de frutos que nos había ocupado hacía bastante tiempo². Las páginas que siguen reflejan, con escasas modificaciones, el texto de una comunicación³ reciente pronunciada en un seminario romanístico en la

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación financiado por el MINECO, ‘Emptio-venditio, restitutio, lex commissoria’, ref. DER2013-46856-P.

¹ Viaro, S., *L’arbitratus de restituendo nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012.

² Nuestra tesis doctoral de 1986 sobre ‘Adquisición y restitución de frutos en el Derecho romano clásico’.

³ El aparato de notas se ha reducido por ello al mínimo.

Universidad Federico II de Nápoles, organizado por los profesores Masi y Cascione, a quienes nunca agradeceré suficientemente su extraordinaria acogida.

En estas líneas, dedicadas a la memoria del entrañable amigo José Sarrión, sólo nos proponemos poner algunas bases para una revisión detallada de la amplia temática de la restitución de frutos como prestación accesoria asociada a las más diversas acciones, que todavía cuenta —que sepamos— en el viejo libro de Max Kaser, *Restituere als Prozessgegenstand*⁴ con su única exposición de conjunto.

2. Los frutos

En la bibliografía antigua se habla ocasionalmente de la ‘materia fructuum’⁵ para referirse al conjunto de testimonios de las fuentes sobre los frutos.

Esta temática, un tanto apendicular, se organiza a nuestro modo de ver en torno a los tres núcleos temáticos que desarrollaremos a continuación: 2.1. la noción de fruto, 2.2. la adquisición de frutos y 2.3. la restitución de frutos.

2.1. La noción de fruto

La noción de fruto ha de dar cuenta de la gran expansión del campo semántico del término *fructus*, que desborda el punto de partida naturalístico (*fruges, frumentum, glans, poma, fetus pecorum, lac, lana, silva caedua, lapis*, con las particularidades del *partus ancillae* o de las *usurae*), y se encamina hacia la idea de rédito (*mercedes, operae servorum, pensiones, vecturae*). Partiendo o no de la definición de Paulo, situada precisamente en D. 50,16 (*de verborum significatione*):

Paul. D. 50.16.77 (49 ed.)

"Frugem" pro reditu appellari, non solum frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur, Iulianus scribit. "fruges" omnes esse, quibus homo vescatur, falsum esse: non enim carnem aut aves ferasve aut poma fruges dici. "frumentum" autem id esse, quod arista se teneat, recte Gallum definisse: lupinum vero et fabam fruges potius dici, quia non arista, sed siliqua continentur. quae Servius apud Alfenum in frumento contineri putat.

dos monografías del año 2000: *Fruges fructusque*, de Ferdinando Zuccotti⁶, y *La nozione giuridica di fructus*, de Riccardo Cardilli⁷, representan sendos esfuerzos por extraer de las fuentes romanas una evolución conceptual, atendiendo a los distintos periodos y al uso de cada jurista. A reserva de examinarlas más despacio, mantengo por ahora mi escepticismo sobre la posibilidad de trazar una evolución rigurosa del concepto de fruto.

⁴ *Restituere als Prozessgegenstand. Die Wirkungen der litis contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht*, München, 1932, 2ª ed. 1968.

⁵ Entre otros, el libro de Göppert, H., *Ueber die organischen Erzeugnisse. Eine Untersuchung aus dem römischen Sachenrecht*, Halle, 1869 p.6.

⁶ *Fruges fructusque. Studio esegetico su D. 50,16,77. Per una ricerca sulle origini della nozione di "frutto"*, Padova, 2000.

⁷ Napoli, 2000.

A un nivel intuitivo, ‘fruto’ nos sigue pareciendo una metáfora con un bajo nivel de lexicalización⁸; nos explicaremos: los términos igualmente procedentes de la lengua común como ‘fuentes del Derecho’ o ‘servidumbres (*servitus*) prediales’ han experimentado una adecuada especialización, una vez incorporadas al léxico jurídico⁹ (en tanto que su campo semántico se especializa; se *comprime*, en lugar de *expandirse*). En cambio, sobre el concepto jurídico de *fructus* no para de operar la capacidad evocadora del término, lo que se traduce en ambigüedad (usos extensivos o metafóricos) y vaguedad (incertidumbre sobre su ámbito de aplicación)¹⁰.

2.2. La adquisición de frutos

En segundo lugar, tenemos la adquisición de frutos, que ha de dar razón, por su parte, de las diversas posiciones dentro de un ‘Kreis der Fruchtberechtigten’¹¹ constituido básicamente por el propietario, el vectigalista, el poseedor de buena fe, el usufructuario y el arrendatario.

Pues bien, frente a la vocación expansiva del concepto de fruto vista en el apartado anterior, las fuentes son mucho más precisas a la hora de determinar ‘para quien son los frutos’, así como la intensidad del derecho de disfrute de cada uno de ellos, enmarcada en la conocida alternativa entre adquisición por separación vs. adquisición por percepción y sus conocidas consecuencias prácticas (si un ladrón arranca los frutos pendientes, corresponderá al propietario la *condictio ex causa furtiva* [reipersecutoria], mientras el usufructuario dispone de la *actio furti* [penal]¹²).

Al tiempo de redactar mi artículo sobre ‘Las doctrinas de la adquisición de frutos’¹³, tuve ocasión de pronunciarme sobre dos problemas específicos como: la supuesta vigencia de un régimen de adquisición prejuliano basado en el trabajo (*Produktionsprinzip*) y no en la propiedad de la cosa madre (*Substantialprinzip*), una de cuyas formulaciones más claras se encuentra en Inst. 2,1,35:

Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua iusta causa aeque bona fide acceperit: naturali ratione placuit fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura. et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. ei vero qui sciens alienum fundum possederit non idem concessum est. itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.

o sobre la figura redundante del ‘titulierter *bonae fidei possessor*’, fundada en las frecuentes referencias de las fuentes al ‘*bonae fidei emptor*’, como ocurre en Iul. D.22.1.25.1 (7 dig.)

⁸ Linares, J.L., “Minima de fructibus”, *Libro conmemorativo del Bicentenario de la Universidad de La Laguna*, vol. I, 1993, pp. 449 ss.

⁹ Miquel, J., *Lecciones de Derecho romano*, Barcelona, 1984, pp. 189, 259.

¹⁰ Linares, *Minima de fructibus cit.*

¹¹ La referencia a un ‘círculo de titulares de derechos de disfrute’ es recurrente en la obra de Kaser; cf. entre otros SZ 65, 1947, p. 258.

¹² Cf. Ulp. D. 7,1,12,5 (17 Sab.)

¹³ En *Bull.* 90, 1987, pp.439 ss; una versión anterior titulada ‘*La adquisición de frutos por el bonae fidei possessor: dos consideraciones críticas*’ se publicó en el vol. III de los *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza 1936-1986*, Madrid, 1988 pp. 1465 ss.

*In alieno fundo, quem Titius bona fide mercatus fuerat, frumentum sevi: an Titius **bonae fidei emptor** perceptos fructus suos faciat? respondi, quod fructus qui ex fundo percipiuntur intellegi debet propius ea accedere, quae servi operis suis adquirunt, quoniam in percipiendis fructibus magis corporis ius ex quo percipiuntur quam seminis, ex quo oriuntur aspicitur: et ideo nemo umquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit meum fieret. porro **bonae fidei possessor** in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius qui vectigalem fundum habet fructus fiunt, simul atque solo separati sunt.*

En nuestros artículos citados, en la n.13 creemos haber combatido suficientemente ambas doctrinas¹⁴. En aquel momento no conocíamos, sin embargo, el tenor del § 988 BGB sobre ‘*Nutzungen des unentgeltlichen Besitzers*’ (rendimientos del poseedor a título gratuito)¹⁵, que sujeta a las reglas del enriquecimiento injustificado, la restitución al propietario de los frutos anteriores a la litispendencia percibidos por un poseedor que obtuvo la posesión por un título gratuito. Cabría preguntarse si la inercia de este parágrafo del BGB ha podido influir —incluso inconscientemente— en la elaboración de la doctrina romanística del ‘*titulierter bonae fidei possessor*’.

2.3. La restitución de frutos

Finalmente encontramos la restitución de frutos, que se ocupa del diferente grado de retroacción que, el tenor de la fórmula o la interpretación de los juristas, ofrecen al juez privado para pronunciarse sobre esta y otras prestaciones accesorias como:

- a) la propia restitución de frutos, que acompaña a un amplio listado de acciones e interdictos, junto a
- b) la indemnización por los daños sufridos por la cosa poseída, y
- c) la compensación por los gastos (*impensae*) efectuados en la misma.

Pero es en materia de restitución de frutos donde el principio-*restituere*, formulado en 1915 por Ernst Levy¹⁶ y detenidamente estudiado por Max Kaser en la monografía del mismo nombre de 1932¹⁷, encuentra una aplicación más consecuente.

Incidentalmente conviene llamar la atención sobre una paradoja: el esfuerzo de Levy por negar la presencia del sintagma ‘*arbitrio iudicis*’ en la fórmula de las llamadas

¹⁴ Nuestros argumentos parecieron suficientes en la recensión de Talamanca, M. *Bull.* 91,1988, pp. 789 ss.

¹⁵ “Hat ein Besitzer, der die Sache als ihm gehörig oder zum Zwecke der Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechts an der Sache besitzt, den Besitz unentgeltlich erlangt, so ist er dem Eigentümer gegenüber zur Herausgabe der Nutzungen, die er **vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit** zieht, **nach den Vorschriften** über die Herausgabe **einer ungerechtfertigten Bereicherung** verpflichtet”.

¹⁶ En *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrarie*, SZ 36,1915, pp. 1 ss.

¹⁷ Véase la nota al pie n. 4.

acciones arbitrarias contrasta con su referencia permanente al amplio ‘*Ermessen*’ (cómo traducirlo sino por ‘arbitrio o discrecionalidad [sc. judicial]’?) que entraña la determinación del alcance del *restituere*.

Nos explicaremos: situados en el terreno de la eficacia material de la *litis contestatio* (sus efectos sobre la relación material deducida en juicio), más allá de los efectos negativos (en forma de preclusión), Betti hablaba de efectos positivos de la litispendencia (efectos destinados a evitarle al actor ‘ogni pregiudizio che la durata del proceso, per se stessa, produrrebbe a suo carico’¹⁸).

A pesar de útiles estudios recientes sobre el ‘*arbitratus de restituendo*’ como la monografía de Silvia Viaro¹⁹, la renuncia de la autora a tratar “le modalità con cui il reus avrebbe dovuto provvedere alla *restitutio*”²⁰, nos obliga, hasta donde sabemos, a volver al *Restituere* de Max Kaser para encontrar un estudio individualizado de la amplitud de la retroacción derivada del principio-*restituere* en hasta treinta y cuatro fórmulas de acciones e interdictos, ofreciendo con ello una ventana al entero ‘*Aktionensystem*’ y también la útil síntesis que sigue²¹:

En los *bonae fidei iudicia*²² (*actio empti, actio mandati, actio negotiorum gestorum, actio pro socio, actio fiduciae, actio depositi, actio rei uxoriae, petitio/persecutio fideicommissi*) y en las acciones *in rem* y restantes ‘*iudicia arbitraria*’ no provenientes de delito (*rei vindicatio [formula petitoria], hereditatis petitio [formula petitoria], vindicatio ususfructus, actio negatoria, vindicatio in servitutem, vindicatio servitutis, vindicatio pignoris, actio ad exhibendum, actio redhibitoria*), además de en las acciones de Derecho estricto dirigidas (con diversas formulaciones) al *certam rem dare/reddere*, al *quanti ea res est*²³ —siempre según la opinión dominante de los sabinianos— se da al actor el *restituere*, medido a partir del momento clave del comienzo de la litispendencia²⁴.

Los proculyanos, por el contrario, en una interpretación más restrictiva del *quanti ea res est* en las acciones de Derecho estricto, proporcionan al demandante sólo aquello que se le debía al tiempo de la *litis contestatio*.

Mientras en las acciones arbitrarias provenientes de delito (*actio quod metus causa, interdicta [i. de precario, i. unde vi, i. si uti frui prohibitus esse dicetur, i. quod vi aut clam, i. fraudatorium, operis novi nuntiatio] actio Fabiana*), las prestaciones restitutorias se retrotraen al momento del hecho²⁵.

Las esferas de la adquisición de frutos (*Vorprozessfrüchte*) y la restitución de frutos (*Prozessfrüchte*, prestación del *restituere*), quedaban, así, limpiamente separadas; la adquisición de frutos ocuparía una franja temporal y la restitución de frutos otra franja tendencialmente sucesiva, caracterizada por la presencia del proceso.

¹⁸ *Diritto romano* I, Padova, 1935, pp. 607 ss.

¹⁹ Véase la nota al pie n. 1.

²⁰ *L’arbitratus cit.* p. 8 n. 22.

²¹ Obtenida a partir de *RZ*² p. 297; y otras referencias contenidas en *RP*² I p. 518 y *Restituere cit.* p. 202 cit.

²² Y, por extensión, en las acciones dirigidas a un *incertum*.

²³ Quedan naturalmente fuera la *condictio* y la *actio ex testamento* encaminadas a obtener *certa pecunia*.

²⁴ El actor deberá conseguir todo aquello que habría obtenido si la cosa (u otra prestación) reclamada le hubiera sido devuelta en el momento de la *litis contestatio*.

²⁵ El ofendido debe ser puesto en aquella situación en la que se encontraría si el delito no se hubiera cometido.

Efectivamente, una cosa es apropiarse de los frutos por el concurso de un modo originario de adquirir la propiedad y otra que el tenor de la fórmula (o la interpretación de los juristas) habilite al *iudex* para pronunciarse sobre los frutos que se producen entre la *litis contestatio* (o la comisión del hecho ilícito) y la sentencia.

El *restituere* prototípico de la *rei vindicatio* no distingue pues —como pudiera inferirse de su eco en los códigos civiles modernos— entre un régimen específico para el *bonae fidei posesor* y otro para el *malae fidei posesor*; no es que el poseedor de buena fe haga suyos los frutos separados antes de la *litis contestatio*, mientras el poseedor de mala fe haya de restituir al reivindicante victorioso todos los frutos de la cosa injustamente poseída. Lo que pasa es que el poseedor de mala fe simplemente no adquiere los frutos de la cosa madre y éstos pueden serle reclamados juntamente con aquélla o de manera separada. No estamos, pues, aquí ante un problema de restitución/retroacción.

La evolución postclásica, al limitar la adquisición de frutos por el *bonae fidei possessor* a los *fructus consumpti* antes de la *litis contestatio* o, lo que es lo mismo, al obligar a aquél a devolver los *fructus extantes* al tiempo de la *litis contestatio*, vendría a mezclar, sin embargo, en forma irreductible, adquisición de frutos y prestación del *restituere*.

Ello ocurriría al menos desde el influyente rescripto de Diocleciano del año 294, que se nos ha transmitido en C. 3,32,22, y que ha propiciado que esta confusión de las esferas de la adquisición de frutos y de la prestación del *restituere* haya pasado a la mayoría de los códigos civiles

Certum est mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bona fide vero extantes, post litis autem contestationem universos. Diocl. et Maxim. AA. et cc. Diodoto. < D. iii k. Nov. CC. cons. [a. 294]>

3. El distinto alcance del principio-*restituere*

Hechas estas precisiones, el esquema que sigue intenta ejemplificar sumariamente el distinto alcance del principio-*restituere* (en los términos de retroacción ya vistos) en cada grupo de acciones²⁶. En la posterior muestra parcial de fragmentos de las fuentes se ha preferido reflejar aquellos textos que declaran la vigencia del ‘principio *restituere*’, sin adentrarse en una compleja casuística:

grados de retroacción		
momento del hecho ilícito ←←	momento de la <i>litis contestatio</i> ←	momento de la sentencia ←
	‘acciones arbitrarie’ no provenientes de delito	
	<i>rei vindicatio (formula petitoria)</i>	
	<i>hereditatis petitio (formula petitoria)</i>	

²⁶ La denominación de cada una de las acciones y su agrupación en un cuadro sistemático siguen el esquema del *Restituere als Prozessgegenstand* de Kaser *cit.* en n. 4.

	<i>vindicatio ususfructus y actio negatoria</i>	
	<i>v. in servitatem</i>	
	<i>v. servitutis</i>	
	<i>v. pignoris/actio Serviana</i>	
	<i>actio ad exhibendum</i>	
	<i>a. redhibitoria</i>	
‘acciones arbitrariae’ provenientes de delito		
<i>actio quod metus causa</i>		
<i>interdictum de precario</i>		
<i>i. unde vi</i>		
<i>i. si uti frui prohibitus esse dicitur</i>		
<i>i. quod vi aut clam</i>		
<i>i. fraudatorium</i>		
<i>operis novi nuntiatio</i>		
<i>actio Fabiana</i>		
	<i>iudicia bonae fidei</i>	
	<i>actio empti</i>	
	<i>a. mandati</i>	
	<i>a. negotiorum gestorum</i>	
	<i>a. pro socio</i>	
	<i>a. fiduciae</i>	
	<i>a. depositi</i>	
	<i>a. rei uxoriae</i>	
	<i>petitio/persecutio fideicommissi</i>	
	‘iudicia stricti iuris’ dirigidos al <i>certam rem dare/reddere</i> (según la opinión dominante de los sabinianos)²⁷	
	<i>condictio</i>	
	<i>actio (incerti) ex stipulatu</i>	
	<i>a. ex testamento</i>	
	<i>a. commodati</i>	
	<i>a. pigneraticia (in personam)</i>	
	<i>a. depositi in factum</i>	
	<i>a. rerum amotarum</i>	
	<i>a. familiae erciscundae</i>	
	<i>a. communi dividundo</i>	
	<i>a. finium regundorum</i>	

Por lo que hace a la *rei vindicatio*, al margen de los numerosos textos en materia de restitución de los *fructus extantes*, Gai. Dig. 6.1.20 (7 ed. prov.) enuncia claramente el grado de retroacción del *restituere* en este ámbito:

²⁷ Quedan naturalmente fuera la *condictio* y la *actio ex testamento* encaminadas a obtener *certa pecunia*.

Praeterea restituere debet possessor et quae post acceptum iudicium per eum non ex re sua adquisivit: in quo hereditates quoque legatae, quae per eum servum obvenerunt, continentur. nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. itaque partus ancillae restitui debet, quamvis postea editus sit, quam matrem eius, post acceptum scilicet iudicium, possessor usuceperit: quo casu etiam de partu, sicut de matre, et traditio et cautio de dolo necessaria est.

En materia de *hereditatis petitio*, es sabido que rige un criterio diverso: *fructus omnes augent hereditatem*, resultante de la interpretación del término *hereditas*:

Ulp. D. 5.3.20.3 (15 ed.)

*Item non solum ea quae mortis tempore fuerunt, sed si qua postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem: nam hereditas et augmentum recipit et deminutionem. sed ea, quae post aditam hereditatem accedunt, si quidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere: si extrinsecus, non, quia personae possessoris accedunt. **fructus autem omnes augent hereditatem**, sive ante aditam sive post aditam hereditatem accesserint. sed et partus ancillarum sine dubio augent hereditatem.*

Pasando a la *vindicatio ususfructus*, el grado de retroacción del *restituere* vuelve a ser el habitual en las acciones arbitrarias no provenientes de delito, como puede inferirse del siguiente fragmento de Ulpiano:

D.7.6.5.4 (17 ad ed.)

Si post litem de usu fructu contestatam fuerit finitus usus fructus, an ulterius fructus desinant deberi? et puto desinere: nam et si mortuus fuerit fructuarius, heredi eius actionem praeteritorum dumtaxat fructuum dandam Pomponius libro quadragensimo scribit.

El texto de Ulpiano que sigue muestra, al menos implícitamente, la mayor amplitud de la retroacción en la *actio quod metus causa* (sin pronunciarnos ahora sobre la clasicidad de la reclamación de *fructus percipiendi* en el terreno de las acciones arbitrarias provenientes de delito):

Ulp. D. 4.2.12pr. (11 ed.)

*Sed et partus ancillarum et fetus pecorum et fructus restitui **et omnem causam** oportet: nec solum eos qui percepti sunt, verum si plus ego percipere potui et per metum impeditus sum, hoc quoque praestabit.*

El interdicto *unde vi*, paradigma de interdicto penal, contempla claramente la retroacción al momento de la *deiectio* en el procedimiento *ex interdicto* sucesivo, así se desprende del siguiente fragmento ulpiano

Ulp. D. 43.16.1.40 (69 ed.)

Ex die, quo quis deiectus est, fructuum ratio habetur, quamvis in ceteris interdictis ex quo edita sunt, non retro, computantur. idem est et in rebus mobilibus, quae ibi erant: nam et earum fructus computandi sunt, ex quo quis vi deiectus est.

Pasamos a las acciones de buena fe; el *liberum officium iudicis* del que habla Gayo 4,114 en su parte legible²⁸, y no la cláusula restitutoria, se configura aquí como el

²⁸ Seguimos la integración de las lagunas que ofrece Mantovani, D., *Le formule del processo privato romano*, Como, 1992, pp. 150-153.

fundamento de la condena en frutos²⁹. La referencia a la *litis contestatio* dista de ser omnipresente (cf. la prestación de frutos ‘*perfecta emptio*’ como contrapunto a la asunción del riesgo de la cosa por el comprador).

Por contraste con la *actio ex stipulatu*, la *actio ex empto* contempla la condena en frutos, al margen de la polémica de escuelas sobre el alcance de la satisfacción del demandante por el demandado entre la *litis contestatio* y la sentencia, ello se desprende de la oposición entre los §§ 7 y 8 del agregado compilatorio contenido en Paul. D. 22,1,38 (6 ad Plaut.):

§ 7. *Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit: quod si acceptum est iudicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium praestandos putant, ut causa restituatur, quod puto recte dici.*

§ 8 *Ex causa etiam emptiois fructus restituendi sunt.*

En parecidos términos para la *actio mandati*, con una referencia expresa al *officium iudicis*, Ulp. D. 17,1,10,2 (31 ed.) establece:

Si ex fundo quem mihi emit procurator fructus consecutus est, hos quoque officio iudicis praestare eum oportet.

Cierran este sumario recorrido algunas acciones de derecho estricto. Más arriba veíamos (cf. Paul. D. 22,1,38,7 y nn.25 y 26) cómo la innovación sabiniana consistente en extender a la *condictio* y a acciones análogas la estimación de los frutos posteriores a la *litis contestatio* se fundaba en la *aequitas*.

Para la *actio ex testamento*, propia de los legados con eficacia obligacional, cf. Iul. Dig.30.91.7 (36 dig.):

Cum homo ex testamento petitus est, causa eius temporis, quo lis contestabatur, repraesentari debet actori et, sicut partus ancillarum, sicut fructus fundorum interim percepti

114. Superest ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is cum quo agitur post acceptum iudicium satisfaciatur actori, quid officium iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. Nostris praeceptores absolvi eum debere existimant, nec interesse cuius generis sit iudicium; et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. <Diversae scholae auctoribus de strictis iudiciis contra placuit>, de bonae fidei iudiciis autem idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. Tantumdem et de in rem actionibus putant, quia formulae verbis id ipsum exprimitur, <ita demum reum condemnandum esse, nisi arbitrato iudicis rem restituerit>. ...quibus...petentur et ad...interdum enim

... ..
sunt etiam in personam tales actiones in quibus exprimitur ut arbitretur iudex quomodo reus satisfacere debeat actori quominus condemnetur

... ..
paratus ad actoris

... ..
actum fuit.

²⁹ El principio *restituere* (Kaser, M. *RZPR*² p. 297), entendido esta vez en términos de que la satisfacción del demandante por el demandado entre la *litis contestatio* y la sentencia tiene efectos absolutorios, va más allá de las acciones arbitrarias. Esta consecuencia se aplicaría, sin más, a los *bonae fidei iudicia* y a las acciones arbitrarias, mientras que su extensión a las acciones de derecho estricto se hace depender de la prevalencia del criterio sabiniano (*omnia iudicia absolutoria esse*) que nos transmite Gayo 4,114, que acabamos de transcribir.

in hoc iudicium deducuntur, ita quod servo legatorum vel hereditatis nomine interim obvenerit praestandum est petitori.

4. Apunte conclusivo

Pendientes de la revisión y actualización de la vasta panorámica trazada en su momento por Kaser (v. n.4), puede afirmarse provisionalmente que, en materia de restitución de frutos, el principio *restituere* asume perfiles propios en las acciones de buena fe y en los *iudicia stricti iuris*, respecto de su manifestación paradigmática en las acciones arbitrarias. Es preciso delimitar, asimismo, hasta donde sea posible, la franja temporal comprendida en la retroacción del *restituere*, de otras franjas temporales, asociadas por ejemplo al incumplimiento de las obligaciones y a la constitución en mora.

Apéndice bibliográfico

Betti, E., *Diritto romano I*, Padova, 1935.

Cardilli, R., *La nozione giuridica di fructus*, Napoli, 2000.

Göppert, H., *Ueber die organischen Erzeugnisse. Eine Untersuchung aus dem römischen Sachenrecht*, Halle, 1869.

Kaser, M., *Restituere als Prozessgegenstand. Die Wirkungen der litis contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht*, München, 1932, 2ª ed. 1968.

Levy, E., *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrariae*, SZ 36, 1915, pp. 1 ss.

Linares, J.L.:

- “Las doctrinas de la adquisición de frutos”, *Bull.* 90, 1987, pp. 439 ss. (una versión anterior titulada ‘*La adquisición de frutos por el bonae fidei possessor: dos consideraciones críticas*’ se publicó en el vol. III de los *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza 1936-1986*, Madrid, 1988 pp. 1465 ss).
- “Minima de fructibus”, *Libro conmemorativo del Bicentenario de la Universidad de La Laguna*, vol. I, 1993, pp. 449 ss.
- Adquisición y restitución de frutos en el Derecho romano clásico, tesis doctoral inédita, Universidad de Barcelona, 1986.

Mantovani, D., *Le formule del processo privato romano*, Como, 1992.

Miquel, J., *Lecciones de Derecho romano*, Barcelona, 1984.

Viaro, S., *L’arbitratus de restituendo nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012.

Zuccotti, F., *Fruges fructusque. Studio esegetico su D. 50,16,77. Per una ricerca sulle origini della nozione di “frutto”*, Padova, 2000.