

## 2. DERECHO MERCANTIL

### Los dividendos de las acciones en un caso de compraventa de empresa. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2014

#### *Share Dividends and Company Sale. On the Supreme Court Ruling of 25 April 2014*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

**RESUMEN.** En la sentencia del Tribunal Supremo de 25 abril de 2014 se analiza si la obligación de entrega de los frutos nace en todo caso desde la perfección de la venta o bien desde la exigibilidad de dicha obligación, realizando una interpretación de los artículos 1095 y 1468 del Código Civil desde las instituciones de la *exceptio non adimpleti contractus* y de la *mora credendi*.

**ABSTRACT:** *The Supreme Court's ruling of 25 April 2014 concerns whether the obligation to deliver the fruits begins at the conclusion of the sale or at the point when the obligation becomes payable. The Supreme Court interprets articles 1095 and 1468 of the Civil Code from the standpoints of the institutions of exceptio non adimpleti contractus and mora credendi.*

**PALABRAS CLAVE:** Compraventa de empresa. Acciones. Dividendos. Entrega de los frutos. Cosa vendida.

**KEY WORDS:** *Company sale. Shares. Dividends. Delivery of fruits. Item sold.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA DE LOS FRUTOS DE LA COSA VENDIDA (LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* Y LA *MORA CREDENDI*).—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

#### I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo núm. 208/2014 de 25 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 4205), enjuicia un interesante caso donde la cuestión de fondo a esclarecer

consistía en determinar si los dividendos debían ser objeto de entrega al comprador de las mismas desde el momento de perfección de la compraventa —en este caso, comunicación de ejercicio de la correspondiente opción de venta— o bien, desde el momento en que fuera exigible al vendedor la entrega de dichos dividendos, ante el incumplimiento del concedente de la opción de venta a formalizar la correspondiente compraventa. Es decir, la cuestión versa sobre si la obligación de entrega de los frutos nace en todo caso desde la perfección de la venta o bien desde la exigibilidad de dicha obligación.

Los hechos del debate son los siguientes:

a) El treinta de diciembre de mil novecientos noventa y siete, Grupo Torras, SA convino con Alimentos y Aceites, SA (en lo sucesivo Alycesa) en concederse cada una el derecho de optar, respectivamente, por vender y por comprar, a determinado precio, las acciones representativas del capital de la entonces denominada Ebro Agrícolas Compañía de Alimentación, SA, de las que Grupo Torras, SA era titular.

Dentro del plazo establecido —en concreto, el treinta y uno de octubre de dos mil— Grupo Torras, SA comunicó a Alycesa que optaba por venderle las acciones en los términos convenidos.

El trece de noviembre de dos mil, Alycesa contestó a Grupo Torras, SA que no aceptaba su opción y, por lo tanto, que no estaba dispuesta a comprar, con el argumento de que había tenido conocimiento de ciertos datos sobre la situación patrimonial de Ebro Agrícolas Compañía de Alimentación, SA «que eran ignorados en el momento del acuerdo y que tienen indudable incidencia en el desenvolvimiento del mismo».

Ante esa actitud, Grupo Torras, SA el catorce de noviembre de dos mil uno interpuso demanda contra Alycesa, poniendo en marcha un primer proceso a fin de que la demandada fuera condenada a formalizar y cumplir el contrato de compraventa proyectado en la opción.

Alycesa se opuso a dicha demanda y, por medio de reconvencción, pretendió la anulación del contrato de opción, por diversas causas —subsidiariamente interesó la reducción del precio convenido para cada acción—.

El Juzgado de Primera Instancia competente desestimó la reconvencción de Alycesa y estimó la demanda de Grupo Torras, SA, por sentencia de treinta y uno de marzo de dos mil tres, la cual fue apelada por la entonces demandada y confirmada por el Tribunal de apelación, mediante sentencia de seis de junio de dos mil cinco (*JUR* 2012, 788).

En ejecución de la mencionada sentencia de condena, se formalizó la compraventa de las acciones, por el precio establecido, lo que el Juzgado de Primera Instancia, mediante auto de dos de diciembre de dos mil cinco, declaró había sucedido el veintisiete de septiembre del mismo año.

La efectiva transmisión de las acciones se produjo el trece de febrero de dos mil seis, en ejecución de la sentencia que la imponía, tras unas discrepancias entre las partes sobre los intereses del precio y el número de las acciones.

b) Consumado el cambio de titularidad de las acciones, Alycesa interpuso contra Grupo Torras, SA la demanda que dio inicio a un segundo proceso —del que deriva el recurso de casación que hemos de decidir—, con la pretensión de que fuera condenada Grupo Torras, SA a entregarle el importe de los dividendos que había percibido por las acciones objeto de la opción, durante los ejercicios correspondientes al tiempo transcurrido desde que exteriorizó y le comunicó la voluntad de vender —por la razón de que entonces puso en vigor la proyectada

compraventa y quedó obligada a la transmisión—, hasta que, efectivamente y como socia, se convirtió en titular del derecho al dividendo.

El Tribunal de apelación, al igual que había hecho el de la primera instancia, condenó a Grupo Torras, SA a entregar a Alycesa las ganancias sociales mencionadas, pues consideró que los dividendos percibidos por la ahora demandada eran frutos civiles de las acciones y correspondían a la compradora desde el momento en que había nacido para ella el derecho a las acciones, de conformidad con lo dispuesto en la norma del segundo párrafo del artículo 1468, en relación con la del artículo 1095, ambos del Código Civil (LEG 1889, 27).

Al final del fundamento de derecho quinto de su sentencia, el Tribunal de apelación argumentó su decisión con el siguiente razonamiento: pese a que «la legislación mercantil impide hacer efectivo ese derecho hasta que se adquiere la condición de accionista, es decir, que solo a partir del trece de febrero de dos mil seis, Alycesa pudo reclamar los frutos de esas acciones», hay que tener en cuenta que «la perfección del contrato de compraventa tuvo lugar con el ejercicio de la opción el treinta y uno de octubre de dos mil y, desde ese momento, Alycesa tiene derecho a los frutos de las acciones», por cuanto «el artículo 1095 del Código Civil anticipa el nacimiento del derecho de crédito sobre los frutos, haciéndolo coetáneo con el nacimiento de la obligación de entregar la cosa—el momento de perfección de la compraventa— no desde que sea exigible y ello porque, como hemos dicho, perfecto el contrato los beneficios y riesgos de la cosa fructífera corren a cargo o en beneficio del adquirente».

Contra la sentencia de segundo grado interpuso Grupo Torras, SA recurso de casación, siendo la *ratio decidendi* de la sentencia de casación la que a continuación exponemos:

*«B. Hay que señalar, por tanto, que el Tribunal de apelación no fundamentó la condena de la recurrente en regla negocial alguna de las generadas por el contrato de opción —la cual, en su caso, sería la primera que debería haber sido aplicada, en su caso, al tratarse de una materia regulada por preceptos de derecho dispositivo—.*

*Prescindió, igualmente, de toda hipotética conexión entre el derecho a los frutos de la cosa vendida y el del otro contratante a los intereses legales del precio, los cuales, por cierto, aparecen legalmente vinculados en nuestro sistema a la mora del deudor —artículo 1100 del Código Civil— y expresamente referidos —en todos los apartados del artículo 1501 del Código Civil— al tiempo que media entre la entrega de la cosa y el pago del precio.*

*Por último, no aplicó el Tribunal las reglas establecidas —en los artículos 451, 452 y 455 del Código Civil— para la liquidación de los estados posesorios, las cuales se basan, fundamentalmente, en que el poseedor sea de buena o mala fe.*

*II. El artículo 1468, párrafo segundo —en que, como indicamos, se apoya la condena contra la que Grupo Torras, SA recurre—, tiene una explicación discutida. Su antecedente inmediato se encuentra en el artículo 1391, segundo párrafo, del Proyecto de 1851, el cual, tras obligar al vendedor a entregar la cosa vendida en el estado en que se hallase al perfeccionarse el contrato, añadía que, «desde ese día, todos los frutos pertenecen al comprador» —se trataba de una regla que era coherente con un sistema en el que la entrega de la cosa no era necesaria para la transmisión de la propiedad, conforme al artículo 981, de modo que los frutos correspondían al dueño desde la celebración del contrato—.*

*Siguió el Tribunal de apelación la opinión general que relaciona el artículo 1468 con el 1095 del mismo Código, el cual atribuye el derecho a los frutos al acreedor*

desde que «nace la obligación «de entregarle la cosa fructífera —relación que es evidente, si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 1450, la venta obliga a ambos contratantes desde que el contrato se perfecciona—.

III. Sin embargo, el Tribunal de apelación, al aplicar las referidas normas, no dio la significación que merecía al dato de que Alycesa, tan pronto como Grupo Torras, SA le comunicó su voluntad de vender, se hubiera opuesto a comprar —esto es, a ser socia—, dando causa a que la optante iniciara un proceso a fin de forzarle a ello; proceso totalmente justificado, como evidencia el que hubiera terminado con una sentencia estimatoria de la demanda —y desestimatoria de la reconvencción formulada por la entonces demandada—.

Ese antecedente hubiera sido determinante si el conflicto se hubiera decidido según las reglas de la liquidación de los estados posesorios, por la indudable buena fe de Grupo Torras, SA —en el punto a que nos estamos refiriendo—, mientras no se considerase legalmente interrumpida su posesión —artículo 451 del Código Civil—.

La referencia que en la sentencia recurrida se hace a los riesgos pierde su utilidad ante la evidencia —extraída del propio relato de los hechos probados que contiene la sentencia recurrida— de que Alycesa incurrió en «mora credendi», ya que el objetivo retraso a ella imputable como acreedora desplazó en su contra, sin necesidad de intimidación alguna, el régimen de dichos riesgos —artículos 1096, 1182, 1452, 1589 y 1590 del Código Civil—, lo que priva de justificación cualquier compensación de los mismos con el derecho a los frutos.

IV. Con razón alega la recurrente que la excepción de contrato incumplido le permitía eludir la exigibilidad de cualquier reclamación de Alycesa, durante el largo tiempo en que se negó a cumplir la opción —al respecto, sentencia 132/2011, de 11 de marzo (RJ 2011, 3320)—. Es cierto, y así lo apunta el Tribunal de apelación, que el artículo 1468, párrafo segundo, atribuye al comprador el derecho a los frutos «desde el día en que se perfeccionó el contrato»; día que, según el artículo 1450, es aquel en que la venta «será obligatoria» para los contratantes y en el que «nace la obligación de entrega», en términos del artículo 1095. Pero esas precisiones legales son consecuencia de considerar que la obligación pura es exigible desde que existe como tal —art. 1113 del Código Civil—, regla general que admite excepciones, en las que, pese a que la obligación de entregar la cosa existe —y el deudor está vinculado—, la misma no puede reclamarse y el objeto del contrato lo conserva legítimamente en su poder, con los accesorios, el deudor. Este es el sentido del artículo 1468, párrafo segundo, del Código Civil.

Entre las referidas excepciones a la coincidencia de existencia o nacimiento y exigibilidad de la obligación de entrega de la cosa fructífera se encuentra aquella en que el vendedor no puede ser compelido por no haber cumplido su contraprestación la otra parte, de acuerdo con las reglas que disciplinan el funcionamiento sinalagmático de las obligaciones bilaterales y recíprocas».

Es decir, apela principalmente el Tribunal Supremo a los siguientes argumentos para estimar el recurso de casación:

- i. La inexistencia de previsión contractual al respecto.
- ii. La relación entre el derecho a los frutos para el comprador y el derecho a los intereses del precio de la cosa vendida para el vendedor, en los casos de mora del deudor.
- iii. Las reglas sobre la liquidación de estados posesorios.
- iv. La relación entre los artículos 1095 y 1468 del Código Civil.
- v. La *mora credendi*.
- vi. La *exceptio non adimpleti contractus*.

## II. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA DE LOS FRUTOS DE LA COSA VENDIDA (LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* Y LA *MORA CREDENDI*)

Ya en el Digesto se recogía la posibilidad del vendedor de retener en prenda ante la falta de cumplimiento del comprador, como antecedente remoto de la *exceptio non adimpleti contractus*.

De esta forma, el Digesto 19.1.13.8 expresaba lo siguiente: «*El precio debe ser ofrecido por el comprador cuando se demanda con la acción de compra, y por ello, aunque se ofreciese una parte del precio no se da todavía la acción de compra; pues el vendedor puede retener la cosa que vendió como si fuera una prenda*»<sup>1</sup>.

Por otro lado, el Digesto 21.1.31.8 establecía que: «*Dice el mismo Marcelo que no puede uno de los dueños conseguir por la acción de compra que el vendedor le haga una entrega de su parte aunque le dé su parte del precio. Y esto dice que debe observarse también cuando el comprador tiene varios herederos, pues el vendedor retiene a modo de prenda lo que vendió hasta que el comprador satisfaga*».

Asimismo, el Digesto 47.2.14.1 recogía que: «*El comprador al que no se entregó la cosa comprada no tiene la acción de hurto, sino que ha escrito Celso que esta acción corresponde todavía al vendedor. Claro que deberá ceder por mandato la acción al comprador, así como la condición y la reivindicatoria y si se hubiera conseguido algo con estas acciones, debe entregarlo al comprador, opinión que es justa, como dice también Juliano. Ciertamente el riesgo de la cosa «comprada» corresponde al comprador, con tal de que el vendedor responda por custodia antes de la entrega. (1) Hasta tal punto es cierto que el comprador no tiene la acción de hurto antes de la entrega, que se ha preguntado si no responderá él mismo por hurto, si sustrae la cosa «comprada»*»<sup>2</sup>.

Por su parte, POTHIER<sup>3</sup> cuando analizaba lo que comprende en la obligación de entrega de la cosa por parte del vendedor expresaba lo siguiente: «47. La obligación de entregar una cosa se extiende a cuanto hace parte de la misma, o es su accesorio. Deben entregarse en clase de accesorios todos los títulos y papeles concernientes a una heredad. Entran también en la entrega los frutos naturales y civiles, nacidos y percibidos después de que el comprador hubo satisfecho el precio», es decir, el insigne jurista francés supeditaba la obligación de entrega de los frutos por parte del vendedor al pago del precio por parte del comprador, teniendo por tanto este derecho a la entrega de dichos frutos *nacidos y percibidos* después del pago.

Dentro del análisis de la conocida *exceptio non adimpleti contractus*, resulta de obligatoria referencia las reflexiones que sobre la cuestión hiciera en su día Espín Canovas<sup>4</sup> cuando analizando los efectos de la misma estimara que: «Creo más adecuado a la naturaleza de las obligaciones que nacen equilibradas en el contrato bilateral, mantener la misma situación en que se encontraban las partes llegado el momento del cumplimiento simultáneo, no cumplido por ninguna. En realidad el que una de las partes se adelante indebidamente a reclamar motivando la fundada alegación de la excepción por el demandado, no varía en su favor la situación de cumplimiento diferido en que se encuentra».

Conforme a este principio de mantenimiento de la misma situación contractual anterior el vencimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas, creemos deberán resolverse los problemas que puedan surgir, además de los indicados del perecimiento fortuito y deber de diligencia en la custodia (por ejemplo, gastos hechos en la conservación de la cosa, producción de frutos)».

Es decir, efectuada la alegación por contrato no cumplido por el *excipiens* solo se podrá exigir la prestación debida, entre la que sin duda se encuentra

la entrega de los frutos de la cosa, cuando simultáneamente se produzca el cumplimiento por parte del demandante comprador, en función de la propia simultaneidad de las prestaciones en los contratos sinalagmáticos, bilaterales y recíprocos.

Por su parte y dentro del análisis del deber de entrega de los frutos de la cosa debida, DÍEZ-PICAZO<sup>5</sup> abordando el alcance y efectos del artículo 1095 del Código Civil razona lo siguiente: «La expresión del artículo 1095 es de algún modo equívoca. El precepto dice desde que nace la obligación. ¿Significa ello que el derecho del acreedor a los frutos existe desde el momento en que la obligación ha quedado constituida o desde el momento que ha devenido exigible? La primera solución —los frutos pertenecen al acreedor desde el momento de la constitución de la obligación— es la que parece más conforme con la letra del artículo 1095, que se refiere al nacimiento de la deuda, y además, la que casa mejor con el criterio del artículo 1468 que, en el caso de compraventa, determina que los frutos pertenecen al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato. En cambio, la solución contraria aparece consignada en el artículo 1120 para el caso de una relación obligatoria pendiente de una condición suspensiva. Se entiende que, por lo general, y a menos que de la naturaleza y circunstancias del negocio quepa inferir otra cosa, es el deudor quien hace suyos los frutos devengados durante el periodo de inexigibilidad de la obligación.

La cuestión aparece sobremanera difícil de puntualizar por lo que se refiere a la obligación a término durante el tiempo de aplazamiento de la obligación. Según el artículo 1125, estas obligaciones solo son exigibles cuando el día llegue. ¿Se refiere a la exigibilidad a la entrega de la cosa o también a la entrega de los frutos? Aunque el Código no lo diga con claridad, parece que los frutos devengados durante el aplazamiento son del deudor, a menos que otra cosa aparezca expresamente pactada. El artículo 1126, en su párrafo 2.º, permite al deudor que paga anticipadamente por ignorar la existencia del plazo reclamar al acreedor «los frutos que este hubiese percibido de la cosa». Esta solución no tendría sentido si el acreedor tuviera derecho a los frutos desde el momento de la constitución de la obligación. En cambio, el artículo 1501, que contempla los casos de compraventa con precio aplazado, no resuelve la cuestión, pues aunque impone al comprador el deber de pagar intereses si la cosa produce fruto o renta, se enfrenta con un supuesto de aplazamiento de la obligación de pago del precio, pero en cambio supone una cosa ya entregada.

En síntesis, hay que inclinarse a favor de la tesis de que el derecho a los frutos se adquiere con la exigibilidad de la obligación de entrega».

Por lo tanto, DÍEZ-PICAZO, atendiendo incluso a la relación existente entre el artículo 1095 y 1468 del Código Civil, a la que igualmente recurre el Tribunal Supremo en la presente sentencia, sienta que es la exigibilidad de la obligación de entrega el momento para determinar el nacimiento del derecho a los frutos por parte del acreedor.

MARTÍN PÉREZ<sup>6</sup>, aparte de hacerse eco de la opinión de DÍEZ-PICAZO, se muestra también partidario de la exigibilidad como el momento en que nace el derecho a los frutos, al opinar sobre la base de reflexiones de autores como POTHIER, ALONSO PÉREZ, COSSÍO, LACRUZ y VATTIER FUENZALIDA, pronunciándose del siguiente modo: «Se ocupa de este tema, con gran brillantez, ALONSO PÉREZ y de su exposición de la doctrina desde el Derecho romano al común, parece resultar que en cuanto a los riesgos y a sus correlativos frutos y ventajas, «el sistema romano común seguido por nuestro Código Civil (art. 1452) no traspassa los *commoda et incommoda* al comprador por el hecho de la conclu-

sión de la venta (*emptio contracta*) o de la tradición (relación jurídica-real, posesoria o dominical), sino cuando la venta es realizable, lista para la consumación».

No basta que la venta sea perfecta, dice en otro lugar, conforme al significado del Código Civil (arts. 1258 y 1450), sino que es menester exista la posibilidad inmediata de poner la cosa a disposición del comprador, su total «realizabilidad», porque, en definitiva, la cosa se pierde para el comprador no tanto por su calidad de tal, cuanto por estar llamado inexorablemente a adquirir la cosa vendida. «Algo así, diríamos, como si el comprador tuviera un *ius ad rem*, una vocación a la efectiva titularidad real» (...)

Ahora bien, el juego de la reciprocidad establecerá aún un condicionamiento en el nacimiento del derecho a los frutos para el acreedor-comprador, en el mismo contrato de compraventa, y es el de que cumpla por su parte la obligación que le compete; en el caso, el pago del precio. Al respecto señala POTHIER que el vendedor debe entregar, con la cosa, «los frutos, tanto naturales como civiles, nacidos y percibidos desde que el comprador ha pagado el precio». Y esta doctrina es generalizable, como indica LACRUZ, a todas las obligaciones sinalagmáticas, en las cuales el derecho a los frutos «solo nace cuando, a su vez, se entrega la contraprestación, pues solo entonces es exigible la entrega (salvo si media aplazamiento)»

Prácticamente a los mismos resultados llega VATTIER FUENZALIDA, pero no en el marco del artículo 1.095, sino más bien fuera de él. En cuanto que restringe la hipótesis contemplada en el artículo a la de «una obligación de dar simple, por lo que su nacimiento debe entenderse referido al momento de su constitución, a diferencia de otros supuestos de obligaciones de dar sujetas a condición suspensiva o a término, en los que parece debe prevalecer el momento del vencimiento, solución que hay que extender al caso de las obligaciones recíprocas, pues la facultad de percibir los frutos nace con la entrega de la contraprestación y “solo entonces es exigible la entrega”, como se ha escrito, de la cosa fructífera debida»

Por tanto, si la propia transmisión del riesgo no se producía en Derecho Romano sino con la realizabilidad de la venta y no con su conclusión, conectando también este problema con el que nos ocupa, a juicio de MARTÍN PÉREZ, también es la exigibilidad de la prestación la que origina el nacimiento del derecho a los frutos y no el mero nacimiento de la obligación de entrega.

Pero sin duda alguna, es necesario hacer notar en este contexto los loables esfuerzos de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, ya que en su seno han visto la luz dos trabajos importantísimos por la trascendencia de los mismos en cuanto al calado de las modificaciones del Código Civil que con ellos se pretenden<sup>7</sup>.

Un primer trabajo titulado «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Contrato de Compraventa»<sup>8</sup> motivado principalmente por la incorporación al Ordenamiento español de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, a través de una ley especial, la Ley 23/2003, de 10 de julio de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo (hoy ubicada en el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Como es conocido, el legislador español optó por este sistema de implementación, a diferencia de lo ocurrido en otros países europeos (v. gr. Alemania) donde se efectuó mediante una reforma del BGB en el año 2001.

En palabras de la propia Exposición de Motivos de dicha Propuesta «La Directiva que se acaba de incorporar se caracteriza por regular la responsabilidad

*del vendedor en lo que a las cualidades de la cosa se refiere de modo diferente al tradicional, utilizado por el Código Civil español y otros Códigos europeos, tanto latinos como germánicos. Emplea el sistema de responsabilidad contractual de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980, ratificada por España, que es el que también proponen, con vistas a la unificación, los Principios del Derecho Contractual Europeo. Es además al que en buena medida se viene orientando desde hace tiempo la evolución del propio Ordenamiento español».*

En tiempos mucho más recientes ha cristalizado el segundo de los trabajos de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, con el título de «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos»<sup>9</sup>, la cual después de razonar los motivos de la misma recoge como precedentes la meritada Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías de 1980, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo (UNIDROIT), los Principios del Derecho Europeo de Contratos y las directivas comunitarias sobre protección de consumidores, con la finalidad de que «...hay que tratar de establecer las reglas que resulten más acordes con las necesidades apremiantemente sentidas en los tiempos que corren, lo cual significa tratar de eliminar las posibles dosis de arbitrariedad que en la aplicación de los anejos conceptos pudieran existir y, al mismo tiempo, dotarlas de operatividad, de manera que la suerte de los contratos y de las obligaciones resulte aquella que concuerde mejor con el desarrollo económico. Una segunda finalidad, esta evidente, habrá de ser buscar la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos, tal y como estos son concebidos hoy. No es discutible que la existencia de diferencias no muy grandes entre unos y otros ordenamientos dentro de la Unión Europea, puede facilitar lo que reiteradamente se denominan operaciones transfronterizas. Y todo ello, en espera de una unificación de las normas de Derecho Europeo de Contratos que, en algún momento, podrá producirse».

Al hilo del problema que nos ocupa «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Contrato de Compraventa» sugiere la modificación del actual sistema de riesgos previsto en el artículo 1452 del Código Civil para que el problema de la transmisión del riesgo sea tratado en sede de los incumplimientos contractuales, debiéndose situar por tanto la transmisión del riesgo en el momento de entrega de la cosa vendida.

La justificación realizada es la siguiente: «El anterior artículo 1452, dedicado a la regulación del riesgo en el contrato de compraventa, debe ser modificado para adaptarlo al sistema de regulación del incumplimiento contractual que adopta la reforma, sistema en el que se inspira la Directiva 1999/44 y que está presente en la Convención de Viena. Este es también el sistema que se propone para la unificación de los derechos europeos en los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

*Toda pérdida o deterioro casual de la cosa, que ocurra antes del momento en que el vendedor haya cumplido su obligación de entregarla, es a riesgo del vendedor: la pérdida de la cosa provoca el incumplimiento de la obligación de entregar y el deterioro de la misma desemboca en el incumplimiento de la obligación de entregarla en conformidad con el contrato. El incumplimiento determina responsabilidad contractual, con la consiguiente aplicación de los correspondientes remedios».*

Evidentemente y en coherencia con la reforma propuesta en materia de transmisión de riesgos, se propone igualmente que sea no en el momento de la perfección del contrato, sino a partir del momento en que se transmite el riesgo al comprador; es decir, con la entrega de la cosa debida, cuando efectivamente



tenga este derecho a los frutos de la cosa, justificándose por tanto la modificación de los artículos 1452<sup>10</sup> y 1468<sup>11</sup> del Código Civil, de la siguiente forma:

«El que el comprador haga suyos los frutos de la cosa vendida desde el día de la perfección del contrato puede tener justificación en un sistema en el que el riesgo de pérdida o deterioro de la cosa es también suyo desde ese momento; pero no la tiene en un sistema, como el que se propone, en el que el riesgo es del vendedor».

Por otro lado y en coherencia con lo anterior, la «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos» se ocupa de la reforma del vigente artículo 1095 del Código Civil, cuyo texto sería el siguiente: «Artículo 1095. El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que la obligación de entregarla es exigible. La obligación de dar cosa determinada comprende el deber de entregar todos sus accesorios».

O sea si el sistema de traslación del riesgo ha de girar en torno a la categoría del incumplimiento contractual, no transmitiéndose el mismo hasta la entrega, el comprador no puede tener derecho a los frutos sino desde el momento de la misma, debiéndose tener presente que la obligación de entrega habrá de concretarse cuando la misma sea exigible y solo desde ese momento.

La modificación propuesta no nos puede parecer más acertada donde como puede observarse la exigibilidad viene a sustituir a la perfección como el *dies a quo* del derecho a los frutos de la cosa vendida, lo cual guarda sin duda relación y coherencia dicho sistema con el régimen de la *exceptio non adimpleti contractus*, de ahí que nos parezca correcta la decisión del Tribunal Supremo en esta sentencia de 25 de abril de 2014, en relación con la resolución del supuesto sobre la base de la ausencia de previsión contractual al respecto, la relación existente entre los artículos 1095, 1468 y 1501 del Código Civil y la aplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, lo que concuerda con las propuestas de modificación de los artículos 1095, 1452 y 1468 del Código Civil, tal y como hemos tenido ocasión de ver.

En cuanto al recurso que utiliza la sentencia del Tribunal Supremo a la *mora credendi*, resulta conveniente observar el reflejo que de la misma realizan tanto la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos como los textos de armonización del Derecho Privado en Europa (PECL y DFCR). Si bien en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos siguiendo el modelo de la Convención de Viena 1980 de compraventa internacional de mercaderías, lo que en realidad se recoge es la imposibilidad de que una parte pueda invocar el incumplimiento de la otra si ha sido causado por acción u omisión de quien lo invoque, es cierto, que en los PECL y en el DFCR es donde efectivamente se niega la posibilidad de utilizar los remedios que asisten al contratante cumplidor cuando el incumplimiento ha sido originado por su parte<sup>12</sup>.

En este sentido, cabe destacar que nuestro Ordenamiento Jurídico no realiza una regulación de la *mora creditoris* (más allá de lo que podamos apreciar en los artículos 1096, 1182, 1452, 1589 y 1590 del Código Civil) como por el contrario ocurre en otros países, como por ejemplo, en Alemania (parágrafos 294 a 304) del BGB), Portugal (art. 813 del Código Civil) e Italia (arts. 1206 y 1207 del Código Civil).

En nuestra Jurisprudencia, se afirma que la consideración mayoritaria por parte de la doctrina en relación con la *mora credendi* es que esta constituye una omisión por el acreedor del comportamiento preciso para que se produzca el resultado de entrega en la obligación de dar, cuando tal conducta es necesaria. Y no es solo que en el supuesto ahora enjuiciado exista una actitud omisiva

del acreedor, sino que el mismo ha procedido a realizar una conducta activa encaminada a rechazar o a condicionar el pago, en términos que, al final, han resultado improcedentes.

Tal situación de mora del acreedor tiene indudables efectos jurídicos. Así se traslada al acreedor el riesgo de pérdida de la cosa debida y sobre todo, y a los efectos que ahora interesan, la mora del acreedor excluye la del deudor, y aquel pierde la facultad, obvio resulta, de resolver el contrato por un incumplimiento del deudor de la obligación que no ha podido ser realizada precisamente por la oposición del acreedor.

Esta distinción entre los efectos de la consignación y los derivados por la mora del acreedor es clara en la doctrina legal, siendo de destacar así los siguientes pronunciamientos judiciales. En la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1996 (RJ 1986, 2835) se recordarán los requisitos de la mora del acreedor, debiendo concurrir *«una obligación vencida para cuyo cumplimiento haga falta el concurso del acreedor; la realización por el deudor de todo lo que conduce a la ejecución de la prestación y, finalmente, la falta de cooperación por parte del acreedor sin justificación legal alguna al cumplimiento de la obligación, determinando con ello su incumplimiento»*, señalando a continuación como efectos de tal situación de mora del acreedor, además de la atribución al acreedor del riesgo de pérdida de la cosa debida y *«la exclusión de la mora del deudor»*.

Y tal efecto se produce aún sin consignación judicial. Y sin mora del deudor en el cumplimiento de la obligación de pago, no es, jurídicamente, aceptable que se generen intereses moratorios.

Particularmente clarificadora resulta la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 1987 (RJ 1987, 4469), que distingue entre los efectos de la consignación y las de la mora del acreedor, señalando que *«es lo cierto que, la consignación con todos sus requisitos legales lo que comporta es una liberación total del pago, pero la oferta real también tiene efecto positivo, aunque de menos alcance jurídico, cual es el de la constitución al acreedor en mora, que imposibilita la atribución del incumplimiento a quien ha de entregarla y no puede hacerlo por la negativa de quien ha de recibirla (Sentencias de 9 de julio de 1941 [RJ 1941, 905] y 5 de junio de 1944 [RJ 1944, 698])»*.

Esta doctrina será reiterada y recordada en las sentencias de 13 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3876), y la de 27 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6861), precisando esta última que el artículo 1100 del Código Civil *«se refiere a la situación de mora en las obligaciones recíprocas y opera respecto al deudor cuando incurre en retraso contrario a derecho de la prestación que le incumbe por causas a él imputables, dejando de tener efectividad en los supuestos en los que la contraparte no ha cumplido con las obligaciones asumidas contractualmente, y de esta manera la mora del deudor se extingue por concurrir mora en el acreedor (compensación de la mora)»*.

Sin embargo en relación con la mora del acreedor, observamos como la solución que nos ofrece el Código Civil italiano (art. 1207), donde el artículo 1477 coincide con nuestro artículo 1468 del Código Civil en materia de frutos, es que se dejan de deber los intereses y los frutos de la cosa que no hayan sido percibidos por el deudor, es decir, que aún en el caso de *mora credendi solo corresponderá la restitución de los frutos que hubiese percibido efectivamente el deudor*.

Pues bien, íntimamente ligada con la construcción de la *mora creditoris* que procede del Derecho Intermedio, se encuentra la doctrina de la cooperación del acreedor para que el deudor pueda cumplir con la prestación debida, pese a la controversia doctrinal sobre la naturaleza jurídica de dicha cooperación.

Destacan en la doctrina italiana autores como FALZEA<sup>13</sup> que observan dicha cooperación como un deber del acreedor que deriva de la propia obligación en base a los artículos 1206 y 1207 del Código Civil italiano<sup>14</sup>. Otro sector doctrinal se decanta por la consideración de tal cooperación como un deber secundario de conducta en el sentido de entender que la buena fe con que ha de actuar el acreedor impediría impedir o dificultar el cumplimiento del deudor, mientras que por otros autores se observa como una mera facultad del acreedor y para otra corriente como una auténtica carga<sup>15</sup>.

Entre nuestros autores, Díez-PICAZO<sup>16</sup> opina que: «El acreedor ha de realizar todo aquello que en su mano esté —dice A. CABANILLAS—, a fin de que el deudor pueda liberarse de la deuda. Este concurso presenta, dice el autor citado, un doble aspecto, positivo y negativo: facilitar el cumplimiento del deudor y no agravar el empeño del deudor en realizar la prestación. La inobservancia de esta carga coloca al acreedor en mora (mora creditoris) y permite al deudor acudir a los medios legalmente establecidos para obtener su liberación (ofrecimiento de pago, consignación, etc.) (...). No ofrece series dudas que esta colaboración necesaria no es un deber del acreedor. No engendra un deber de prestación a su cargo, porque generalmente el deber del acreedor es pagar la contraprestación, ni tampoco un deber accesorio o de protección, porque en ningún caso pueden aplicarse las consecuencias propias de un incumplimiento. Como ha señalado CABANILLAS<sup>17</sup>, la falta de colaboración del acreedor en los casos en que sea necesaria, determina que el deudor no pueda ser colocado en mora y que, si se produce una imposibilidad sobrevenida de la prestación por aquella causa, a la que debiera atribuirse un carácter definitivo, deberá considerarse como imposibilidad imputable al acreedor, de manera que habrá de considerarse al deudor liberado de su obligación o, por lo menos, facultado para exigir la resolución del contrato sin perder su derecho a la contraprestación».

LANDO y BEALE<sup>18</sup> cuando tratan el «*deber de colaboración*» de las partes contractuales en su Comentario al artículo 1:202 («Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra parte para que el contrato surta plenos efectos»), sí se refieren incluso en esta materia al tema de los frutos cuando especifican lo siguiente: «Las partes tienen el deber de cooperar entre sí para asegurar el pleno cumplimiento del contrato, lo cual incluye el deber de permitir que la otra parte cumpla sus obligaciones y así obtener los frutos de la prestación pactada en el contrato».

Una vez expuestas las consideraciones anteriores y retomando estrictamente la cuestión de la *mora credendi*, a priori, ha de decirse que para la constitución del deudor en mora, cuya operatividad no fue pactada de forma automática en el contrato, deben cumplirse una serie de requisitos o presupuestos, algunos de los cuales son una peculiaridad de las obligaciones dinerarias, y aunque el Código Civil, en sus artículos 1100 y concordantes, no contiene una regulación exhaustiva de los mismos han sido completados por la doctrina y la jurisprudencia, y se resumen en la existencia de una obligación positiva, que la obligación no haya sido cumplida, que la obligación sea exigible vencida y líquida, que se haya producido la interpelación o la operatividad de la denominada «mora automática», que el retraso sea culpable imputable al deudor, que no se produzca la *mora credendi* o *accipiendi*.

Ello nos hace observar que desde el lado de la *mora credendi* y cuando se incurre en la misma, la mora del acreedor excluye a la mora del deudor; lo que en el plano de los frutos civiles, ha de suponer por tanto a nuestro juicio la inexistencia de los mismos del acreedor moroso.

Al hilo de lo anterior, hemos de recordar que la deuda de intereses tiene la consideración de frutos civiles, tal y como a los mismos, con carácter general, se refiere nuestra Doctrina<sup>19</sup> y de acuerdo con la configuración de los intereses moratorios como frutos civiles que efectúa la Jurisprudencia, según se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 615/1995 de 19 de junio (RJ 1995, 5324) que razona lo siguiente: *sin perjuicio de la doctrina que cita el recurrente, la Sala ha acuñado otra más reciente sostenida, entre otras, en Sentencias de 5 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2389) y 18 de febrero y 26 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1097), en la que se dice que si se pretende conceder una protección más completa de los derechos del acreedor no basta con entregar aquello que, en su día se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe presentar tal suma, y ello, no por tratarse de una deuda de valor, sino, también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos (léase frutos civiles o intereses), no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor.*

Por otro lado, también estimamos que la situación de la *mora credendi* nace como consecuencia del incumplimiento de la carga que tiene el acreedor no solo de rechazar injustificadamente la prestación del deudor, sin necesidad de atisbar en el acreedor un reproche culpabilístico, lo que cohonestado con la falta de colaboración del acreedor en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor supone por tanto que el incumplimiento de esta «carga de facilitar la liberación del deudor» implique la situación de *mora credendi* y por tanto la falta de justificación de adquisición de frutos civiles por parte del acreedor moroso quien rechazó sin argumentos la prestación ofrecida por el deudor.

Es decir, en el caso enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2014, también encontramos justificada la utilización que efectúa el Alto Tribunal al instituto de la *mora credendi* para denegar la percepción de los dividendos (frutos civiles) de las acciones a la contraparte que injustificadamente se negó a facilitar el cumplimiento de la prestación convenida, aunque tal razonamiento no pueda apoyarse como hace el Tribunal Supremo en la regulación del artículo 1501 del Código Civil, ya que la consecuencia jurídica de esta norma está anudada a un supuesto de hecho consistente en una cosa ya entregada.

No obstante, si bien nos parecen acertados los citados argumentos del Tribunal Supremo para superponer el concepto de la exigibilidad al de la perfección contractual en materia de reclamación de frutos civiles (dividendos de las acciones), no podemos decir lo mismo a la referencia que realiza a la posible solución del problema mediante las reglas de la liquidación de estados posesorios.

De esta forma, se ha sostenido que la aplicación de dichas normas, entre las que se encuentra la percepción de los frutos por parte de poseedor de buena fe (art. 451 del Código Civil) solo se produce cuando no exista una regulación convencional o legal entre las partes que ofrezca solución al problema. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 6909) prevé que: *El artículo 451 del Código Civil, según el cual «el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión» no resulta de aplicación al presente caso ya que al tratarse en este precepto de la atribución de los frutos al poseedor de buena fe el mismo se está refiriendo al poseedor a título de dueño, y solo entra en juego cuando no existe una relación entre las partes en la que el destino de los frutos se encuentre legal o convencionalmente regulado.*

Pero como afirma, MARTÍN PÉREZ<sup>20</sup> lo esencial —a los efectos que nos ocupan— para la aplicación del artículo 451 del Código Civil es que, sea un poseedor derrotado (arts. 453, 2.º; 454 y 455), como decíamos, significa que es un poseedor sin derecho a poseer —es la posesión —indebida—, artículo 435, o —ilegítima—, artículo 455, *a contrario*—, y la consecuencia no será otra que la liquidación del estado posesorio, en la que se tendrá que valorar la buena o mala fe, sin que en este caso enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2014 podamos calificar como de poseedor sin derecho a poseer y como poseedor derrotado al deudor que ofrece (incluso, reclama judicialmente) el cumplimiento de la prestación debida la cual es rechazada con carácter injustificado por el deudor de la misma.

### III. BIBLIOGRAFÍA

- A. D'ORS. F. HERNÁNDEZ TEJERO, P. FUENTESECA. M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO (1968). *Digesto de Justiniano*. Tomo I. Constituciones Preliminares y Libros 1-19. Editorial Aranzadi, Pamplona, (versión castellana).
- CABANILLAS SÁNCHEZ (1988). *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*. Madrid. Montecorvo.
- DÍEZ-PICAZO (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*. Sexta edición. Thomson Civitas.
- ESPÍN CANOVAS (1964-III). La excepción de incumplimiento contractual. *Anuario de Derecho Civil*.
- FALZEA (1947). *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano: Giuffrè.
- LANDO Y BEALE (2007). *Principios de Derecho Contractual Europeo*. Parte I (Los trabajos de la Comisión de Derecho contractual europeo). Edición Ole Lando y Hugh Beale. Colegios Notariales de España.
- MARTÍN PÉREZ (2004). *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa. Tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 a 1124 del Código Civil.
- (2005). *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa. Tomo VI, artículos 430 a 466 del Código Civil.
- MORALES MORENO (2006). *La Modernización del Derecho de Obligaciones*. Thomson-Civitas.
- POTHIER (1841). *Tratado del contrato de Compra y Venta*. Traducido al español con notas de derecho patrio por una Sociedad de Amigos Colaboradores. Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger.
- ROCA TRÍAS (2012). El incumplimiento de los contratos en la *Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*. Boletín Ministerio de Justicia, año LIV, núm. 2132, junio.
- SAN MARTÍN NEIRA (2009). Sobre la naturaleza jurídica de la 'cooperación' del acreedor al cumplimiento de la obligación. La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no solo de derechos, sino también de cargas y deberes. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, núm. 225-226.
- SANSÓN RODRÍGUEZ (2001). La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el Derecho Romano Clásico. Especial referencia al problema de la bilateralidad en los contratos consensuales. *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, núm. 18, 2.

#### IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 15 de junio de 1987 (*RJ* 1987, 4469)
- STS de 27 de septiembre de 1988 (*RJ* 1988, 6861)
- STS de 28 de septiembre de 1990 (*RJ* 1990, 6909)
- STS de 19 de junio de 1995 (*RJ* 1995, 5324)
- STS de 13 de mayo de 1996 (*RJ* 1996, 3876)
- STS de 30 de mayo de 1996 (*RJ* 1986, 2835)
- STS de 25 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 4205)

#### NOTAS

<sup>1</sup> *El Digesto de Justiniano*. Tomo I. Constituciones Preliminares y Libros 1-19. Versión castellana por A. D'ORS. F. HERNÁNDEZ TEJERO, P. FUENTESECA. M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

<sup>2</sup> Sobre el alcance de estos textos del Digesto, *vid.* SANSÓN RODRÍGUEZ. La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el Derecho Romano Clásico. Especial referencia al problema de la bilateralidad en los contratos consensuales. *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, núm. 18, 2, 2001, pp. 35-55, cuando razona lo siguiente: Pero las decisiones de JULIANO, MARCELO y ULPIANO, que sientan el derecho de retención en la compraventa, no hacen referencia expresa a la buena fe como fundamento del mismo, pues en ellas el derecho de retención se basa en su asimilación a la prenda. En los contratos de compraventa y arrendamiento la reclamación de una parte dependía de la reclamación de la otra parte; en virtud de esta bilateralidad el demandado podía retener su prestación hasta tanto no le fuera ofrecida la contraprestación (es la *exceptio non adimpleti contractus* del Derecho común), y en estos *bonae fidei iudicia* no era necesaria ninguna *exceptio* para hacer valer este derecho de retención. Así Ulp. D.19,1,13,826, MARCEL-ULPIANO D.21,1,31,8 y ULP.-JUL. D.47,2,14,1 reconocen la facultad de retener, a modo de prenda, hasta que el precio sea ofrecido por el comprador. Se ha dicho que la bilateralidad en estos casos no se basa en la buena fe propia de estos *iudicia*, pues el derecho de retención mencionado no se identifica por los juristas con la buena fe en estos textos, ya que en ellos se dice que se puede retener la cosa como si fuera una prenda; MEYLAN entendió por ello que, además de la buena fe, la bilateralidad funcional pudo tener otras expresiones, y esta podría ser otra de las expresiones posibles de la misma. Sin embargo, resulta extraño que los juristas decidieran esto para la compraventa consensual; sería extraño que decidieran aquí que el vendedor, que por el hecho del contrato de venta no pierde su propiedad sobre la cosa y sigue siendo propietario, pudiera a la vez retener la posesión de la cosa en concepto de derecho de prenda. Esta construcción no se aviene bien, así pues, con la compraventa consensual —integrada relativamente pronto en el *ius civile*—; en esta sería más lógico que el derecho de retención del vendedor se basara en la buena fe propia del contrato de compraventa consensual, protegido por un *iudicium bonae fidei*, y resulta extraño que en ella el principio de buena fe no hubiera irrumpido ya en la época de Juliano en la fundamentación del derecho de retención. La explicación de este interrogante podría ser histórica, estar vinculada a la concepción de la bilateralidad en instituciones del *ius civile* precedentes en tiempo histórico a la compraventa consensual como creía MEYLAN. Pero la explicación puede ser otra, pues hay que tener en cuenta que el *ius retentionis* se da también en otro tipo de contratos bilaterales imperfectos, reales o consensuales, e incluso fundamenta la *exceptio doli* frente a acciones de derecho estricto, y ello obliga a tener en cuenta un enfoque más amplio del problema, pues en alguno de estos casos, como el del derecho de retención del poseedor de buena fe (*exceptio doli*) frente a la *rei vindicatio* del propietario por las *impensas*, no puede haber conexión entre la *retentio* y la bilateralidad, pues no existe contrato previo entre las partes en litigio que imponga bilateralidad, y el *ius retentionis* se basa aquí en la protección del poseedor de buena fe frente a un enriquecimiento injustificado del demandante, en definitiva, en razones de equidad que se aplican a situaciones protegidas

por el ordenamiento jurídico. El *ius retentionis* no es pues necesariamente expresión de la bilateralidad», sino del rechazo de un enriquecimiento injustificado de una de las partes en el litigio a costa de otra (demandada) que merece protección. (Cuestión independiente de esta es que el rechazo de un tal enriquecimiento sí pueda ser expresión, en los *iudicia bonae fidei*, del principio *bonae fidei hoc congruit ne de alienum lucrum sentiat* cuando el enriquecimiento beneficiaba al demandado y del principio *in bonae fidei iudicia exceptio doli inest* cuando aquel beneficiaba al demandante, y que pudiera además justificar en los *iudicia stricta* la concesión de la *exceptio doli*). Según lo dicho, el derecho de retención del vendedor no sería una prueba, no podría serlo, de que pudo haber otras manifestaciones, otros fundamentos, de la bilateralidad en los contratos consensuales además de la buena fe, porque el derecho de retención no responde a la exigencia de bilateralidad, sino al rechazo del enriquecimiento injustificado.

<sup>3</sup> POTHIER. *Tratado del contrato de Compra y Venta*. Traducido al español con notas de derecho patrio por una Sociedad de Amigos Colaboradores. Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger, 1841, p. 27.

<sup>4</sup> ESPÍN CANOVAS. La excepción de incumplimiento contractual. *Anuario de Derecho Civil*, 1964-III, pp. 573 y 574.

<sup>5</sup> Díez-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*. Sexta edición. Thomson Civitas, 2008, p. 275.

<sup>6</sup> MARTÍN PÉREZ. *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa, 2004. Tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 a 1124 del Código Civil.

<sup>7</sup> Sobre estos aspectos, *vid.* MORALES MORENO. *La Modernización del Derecho de Obligaciones*. Thomson-Civitas. 2006.

<sup>8</sup> Boletín del Ministerio de Justicia núm. 1988, pp. 108 y sigs.

<sup>9</sup> Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIII. Enero de 2009. En el artículo 1191 de esta Propuesta se recoge el régimen de la *exceptio non adimpleti contractus* de la siguiente forma: *En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento.*

<sup>10</sup> La redacción propuesta del artículo 1452 del Código Civil es la siguiente: *El riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa vendida corresponde al comprador desde que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa. Cuando el vendedor deba cumplir su obligación de entrega poniendo la cosa a disposición del comprador para que este la retire del establecimiento de aquel, no se imputará el riesgo al comprador hasta que reciba la cosa o se retrase en recibirla. A partir del momento en que pasa el riesgo al comprador corresponderán a este los frutos y beneficios de la cosa y soportará las cargas propias del disfrute. El traspaso del riesgo al comprador no priva a este de los derechos que tuviera si la cosa entregada no fuere conforme con el contrato o no estuviere libre de derechos de terceros.*

<sup>11</sup> La redacción propuesta del artículo 1468 del Código Civil es la siguiente: *El vendedor deberá entregar la cosa vendida con todos los accesorios. Entre los accesorios se incluyen los títulos y demás documentos que, en relación con la cosa, sean útiles al comprador. Si estos fueran también útiles al vendedor, este facilitará copia al comprador a expensas de este.*

<sup>12</sup> *Vid.* ROCA TRÍAS. El incumplimiento de los contratos en la *Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*. Boletín Ministerio de Justicia, año LIV, número 2132, junio de 2012, p. 8, se trata la cuestión de la siguiente forma: c) También el acreedor puede haber ocasionado el incumplimiento. Sin embargo, no aparece directamente mencionado en la Propuesta como supuesto de tal, sino que puede considerarse incluido en el segundo párrafo del artículo 1188, que dice: «Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque. La regla aparece en el artículo 80 CISG que dice que “una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquella”. Una norma de tal tipo no existe en los PECL ni en el DCFR, aunque sí existe el deber de cooperación impuesto al deudor y al acreedor para obtener la finalidad perseguida con

el contrato. El tratamiento del incumplimiento de este deber de cooperar es distinto en los PECL y en el DCFR; en los PECL, la infracción del deber de cooperación produce el incumplimiento (art. 1:301 (4)), mientras que no queda incluida en el artículo III.-1:102 (3), que contiene una redacción más general. Las referencias al comportamiento del acreedor en relación al incumplimiento aparecen tanto en los PECL, como en el DCFR no como una categoría específica del incumplimiento, ni tampoco como una causa de exoneración del deudor; como ocurre en la CISG y en la Propuesta española, sino como una causa que impide ejercitar los remedios establecidos para el incumplimiento. Así el artículo 8:101 (3) PECL dice que “una parte no puede recurrir a ninguno de los remedios establecidos en el capítulo 9 en la medida en que su propio comportamiento causó el incumplimiento de la otra parte”; también el artículo III.-3:101 (3) DCFR establece que el acreedor no puede recurrir a ninguno de los remedios por el incumplimiento establecidos en el propio artículo cuando el propio acreedor haya causado el incumplimiento del deudor. Lo que debe remarcar es que en estos textos parten de la existencia de una buena fe en el cumplimiento, en base al deber de cooperación entre ambas partes, por lo que sería contrario a la buena fe “que el acreedor dispusiera de un remedio siendo, al mismo tiempo, responsable del incumplimiento”».

En definitiva, todos los textos estudiados asumen de una forma u otra la denominada mora del acreedor; no tanto como causa de exoneración del deudor; sino como supuesto que impedirá al acreedor ejercitar alguno de los remedios previstos para el incumplimiento. No es, por tanto, el mismo supuesto que se plantea en la Propuesta, que se inclina a favor del artículo 80 CISG.

<sup>13</sup> FALZEA. *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano: Giuffrè, 1947.

<sup>14</sup> CC. it. artículo 1206: *Condizioni - Il creditore è in mora quando, senza motivo legittimo, non riceve il pagamento offertogli nei modi indicati dagli articoli seguenti o non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione*. [El acreedor está en mora cuando, sin motivo legítimo, no recibe el pago que se le ofrece así como se indica en los artículos siguientes o no ejecuta cuanto es necesario a fin que el deudor pueda cumplir la obligación]. CC. it. Art. 1207: *Effetti. - Quando il creditore è in mora, è a suo carico l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. Non sono più dovuti gli interessi né i frutti della cosa che non siano stati percepiti dal debitore. Il creditore è pure tenuto a risarcire i danni derivati dalla sua mora e a sostenere le spese per la custodia e la conservazione della cosa dovuta. Gli effetti della mora si verificano dal giorno dell'offerta, se questa è successivamente dichiarata valida con sentenza passata in giudicato o se è accettata dal creditore*. [Cuando el acreedor está en mora, se hace responsable de la imposibilidad de la prestación sobrevenida por causa no imputable al deudor. Se dejan de deber los intereses y los frutos de la cosa que no hayan sido percibidos por el deudor. El acreedor queda también obligado a resarcir los daños derivados de su mora y a soportar los gastos para la custodia y conservación de la cosa debida. Los efectos de la mora se verifican desde el día de la oferta, si esta es sucesivamente declarada válida por sentencia con autoridad de cosa juzgada o si es aceptada por el acreedor].

<sup>15</sup> Para una recopilación de las diferentes doctrinas al respecto y un análisis comparado de la cuestión, *vid.* SAN MARTÍN NEIRA. Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación. La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no solo de derechos, sino también de cargas y deberes. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, núm. 225-226, 2009, pp. 135-196.

<sup>16</sup> *Vid. op. cit.* pp. 136 y 137.

<sup>17</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ. *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*. Madrid. Montecorvo, 1988.

<sup>18</sup> OLE LANDO y HUGH BEALE. *Principios de Derecho Contractual Europeo*. Parte I (Los trabajos de la Comisión de Derecho contractual europeo. Edición Ole Lando y Hugh Beale. Colegios Notariales de España, 2007.

<sup>19</sup> DÍEZ-PICAZO, (*op. cit.* p. 321): El interés es considerado como un fruto o producto del capital y se engloba dentro de la categoría de los frutos civiles (cfr. arts. 354 y 355).

<sup>20</sup> MARTÍN PÉREZ. *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa, 2005. Tomo VI: Artículos 430 a 466 del Código Civil.