

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA  
CC. SOCIALS  
BIBLIOTECA

Nº Registre 26398

DATA 06/04/2001

SIGNATURA BIO.T 4461

Nº LIBIS: 1041674

Nº DOBIS: 1041651



**UNIVERSITAT DE VALENCIA**

**Facultad de Derecho**

---



**Ejecución por obligaciones de hacer y no hacer**

**TESIS DOCTORAL**

**Presentada por :**

**Virginia Pardo Iranzo**

**Dirigida por :**

**Catedrático Dr. Juan Montero Aroca**

UMI Number: U602931

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U602931

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.  
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against  
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC  
789 East Eisenhower Parkway  
P.O. Box 1346  
Ann Arbor, MI 48106-1346



## ÍNDICE SISTEMÁTICO

SIGLAS, ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS ..... 1

### INTRODUCCIÓN

I. Proceso de declaración y proceso de ejecución .....	5
II. El cumplimiento voluntario y la ejecución forzosa.....	12
III. Formas de ejecución.....	15
<i>A) Obligaciones específicas y obligaciones genéricas .....</i>	<i>16</i>
<i>B) Obligaciones pecuniarias y obligaciones no pecuniarias .....</i>	<i>22</i>
<i>C) Ejecución específica y ejecución genérica.....</i>	<i>24</i>
<i>D) La prioridad de la ejecución en forma específica.....</i>	<i>29</i>
IV. El derecho a la tutela judicial efectiva y la ejecución en forma específica: jurisprudencia constitucional .....	32
<i>A) Tutela judicial efectiva y ejecución .....</i>	<i>33</i>
<i>B) ¿Incluye el derecho a la tutela judicial efectiva la ejecución en sus propios términos?.....</i>	<i>37</i>
<i>a) Introducción .....</i>	<i>37</i>
<i>b) El derecho a la tutela judicial efectiva no incluye la ejecución en sus propios términos .....</i>	<i>38</i>
<i>c) El derecho a la tutela judicial efectiva sí incluye la ejecución en sus propios términos .....</i>	<i>40</i>
V. Clasificación de las obligaciones .....	43
<i>A) Introducción .....</i>	<i>43</i>
<i>B) La obligación .....</i>	<i>44</i>
<i>a) Concepto y objeto .....</i>	<i>44</i>
<i>b) Características .....</i>	<i>45</i>
<i>c) Clases .....</i>	<i>48</i>
<i>C) Dar, hacer y no hacer .....</i>	<i>50</i>

## CAPÍTULO I

### EJECUCIÓN NO PECUNIARIA: ASPECTOS COMUNES

#### Sección I:

#### Sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares en ejecución de sentencia. Análisis del artículo 700 LEC.

I. Introducción . . . . .	55
II. Artículo 700, I LEC: las medidas de garantía para asegurar la efectividad de la condena . . . . .	57
<i>A) Análisis comparativo de los artículos 895 LEC de 1855, 923, I LEC de 1881 y 700, I LEC de 2000 . . . . .</i>	<i>57</i>
<i>B) ¿A qué tipo de medidas se refiere el artículo 700, I LEC cuando habla de "medidas de garantía"?</i> . . . . .	<i>61</i>
<i>a) Medidas ejecutivas . . . . .</i>	<i>62</i>
<i>b) Garantías jurídico-materiales . . . . .</i>	<i>63</i>
<i>c) Garantías de una medida cautelar o ejecutiva adoptada en el proceso principal . . . . .</i>	<i>65</i>
<i>d) Medidas cautelares . . . . .</i>	<i>68</i>
<i>C) Significado de la expresión "asegurar la efectividad de la condena" y su repercusión respecto a la posibilidad de acordar medidas cautelares en ejecución de sentencia . . . . .</i>	<i>70</i>
<i>a) Breve referencia a la teoría general clásica de las medidas cautelares . . . . .</i>	<i>70</i>
<i>b) Evolución en el modo de entender la tutela cautelar. El significado de la expresión "asegurar la efectividad de la condena" como punto clave . . . . .</i>	<i>73</i>
<i>D) Presupuestos de las medidas cautelares. Sobre su concurrencia cuando las medidas cautelares se adoptan en el proceso de ejecución . . . . .</i>	<i>78</i>
<i>E) Solicitud y resolución sobre las legalmente denominadas "medidas de garantía" . . . . .</i>	<i>82</i>
<i>F) La caución sustitutoria de las medidas cautelares . . . . .</i>	<i>88</i>
III. Artículo 700, II y III LEC: el embargo de bienes . . . . .	90
<i>A) Introducción . . . . .</i>	<i>90</i>
<i>B) Sobre la naturaleza del embargo del artículo 700, II LEC . . . . .</i>	<i>92</i>

a) Embargo preventivo-embargo ejecutivo: analogías y diferencias básicas.....	93
b) Argumentos favorables a la naturaleza ejecutiva o preventiva del embargo del artículo 700, II LEC .....	98
c) Nuestra posición: el embargo del artículo 700, II LEC tiene naturaleza cautelar .....	100
C) Solicitud y funcionamiento del embargo .....	103

## Sección II:

### Las medidas coercitivas.

IV. Concepto, finalidad y clases .....	107
V. El delito de desobediencia a la Autoridad.....	112
A) Regulación .....	112
B) Bien jurídico protegido .....	115
C) Conducta típica .....	117
D) Sujeto activo y pasivo .....	124
E) Desobediencia grave y resistencia .....	126
F) Conclusión .....	128
V. Las multas coercitivas. ....	131
A) Introducción .....	131
B) Características .....	133
a) En general .....	133
b) La modificabilidad .....	137
C) Distinción de figuras afines .....	138
D) Condenas a las que resultan aplicables las multas coercitivas....	140
a) Condenas a hacer .....	140
b) Condenas a no hacer .....	142
c) Condenas a dar .....	143
E) Clases de multas y su cuantía .....	144
a) Clases .....	144
b) Cuantía .....	145

## CAPÍTULO II

### LAS OBLIGACIONES DE HACER

#### Sección I:

##### Aspectos generales.

I. Las obligaciones de hacer: concepto, contenido y clases.....	153
<i>A) Concepto y contenido.....</i>	153
<i>B) Clases: las obligaciones de medios y de resultado.....</i>	157
II. La (in)fungibilidad. ....	163
<i>A) Base legal de la distinción.....</i>	163
<i>B) La (in)fungibilidad en las obligaciones de dar y en las de hacer..</i>	164
<i>C) Concepciones.....</i>	167

#### Sección II:

##### Ejecución por obligaciones de hacer fungibles o no personalísimas.

III. Introducción. ....	177
IV. Regulación.....	179
<i>A) Antes de la LEC de 2000.....</i>	179
<i>B) Regulación actual.....</i>	180
V. Naturaleza de la opción concedida al acreedor.....	182
<i>A) Obligaciones facultativas.....</i>	182
<i>B) Novación.....</i>	184
<i>C) Cláusula penal.....</i>	185
<i>D) Dación en pago.....</i>	187
<i>E) Obligaciones alternativas.....</i>	189
VI. Requerimiento y plazo.....	193
VII. Forma de la ejecución. ....	198
<i>A) Ejecución por el deudor dentro de plazo.....</i>	198
<i>a) Cumplimiento completo y correcto.....</i>	198
<i>b) Cumplimiento parcial o defectuoso.....</i>	199



<i>B) ¿Ejecución por el propio deudor una vez transcurrido el plazo? Sobre la posibilidad de utilización de medios de coerción .....</i>	201
<i>C) Realización por tercero a costa del deudor .....</i>	207
<i>a) ¿Quién puede hacer? .....</i>	207
<i>b) Elección y contratación del tercero .....</i>	209
<i>c) Valoración y obtención del coste del hacer .....</i>	212
<i>d) Naturaleza del hacer por subrogación.....</i>	215
<i>e) La realización de la actividad por el tercero. Contenido .....</i>	220
<i>f) El pago al tercero.....</i>	221
<i>g) Iter procedimental .....</i>	226
1. INTRODUCCIÓN .....	226
2. LA DEMANDA EJECUTIVA .....	230
3. DESPACHO DE LA EJECUCIÓN .....	236
4. PLAZO PARA REALIZAR O INICIAR EL HACER .....	237
5. ELECCIÓN POR PARTE DEL DEUDOR DE LA FORMA DE LA EJECUCIÓN .....	238
6. VALORACIÓN DEL COSTE DEL HACER Y OBTENCIÓN DEL DINERO .....	239
7. ELECCIÓN DEL TERCERO, REALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD Y PAGO ..	240
8. FINALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN .....	241
<i>h) Costas .....</i>	242
1. CONCEPTO .....	242
2. RÉGIMEN .....	243
<i>D) Resarcimiento de daños y perjuicios: ¿es posible como respuesta primera ante el incumplimiento?.....</i>	245
<i>a) Solución en la LEC de 1881 .....</i>	245
1. POSTURA JURISPRUDENCIAL.....	245
2. NUESTRA OPINIÓN .....	246
<i>b) Solución en la actual LEC .....</i>	249
<i>E) Situaciones especiales.....</i>	250
<i>a) Conductas teóricamente fungibles pero infungibles en la práctica .....</i>	250
<i>b) Obligaciones de tracto sucesivo .....</i>	252

VIII. Condena a la publicación del contenido de la sentencia. ....	254
A) <i>Regulación y forma en que se ejecutan este tipo de condenas</i> .....	254
B) <i>Derecho al honor y a la intimidad y la publicación/difusión de sentencias</i> .....	259
IX. Ejecución de condenas de hacer fungible en derecho comparado .....	260

### **Sección III:**

#### **Ejecución de condenas a la emisión de una declaración de voluntad.**

X. Introducción. ....	263
XI. El precontrato. ....	266
A) <i>Denominación, origen y regulación</i> .....	266
B) <i>Los tratos preliminares y el precontrato</i> .....	269
a) <i>Fases de la vida de un contrato</i> .....	269
b) <i>Distinción entre los tratos preliminares y el precontrato</i> .....	270
c) <i>La responsabilidad "pre-contractual" y la responsabilidad derivada del incumplimiento de un precontrato</i> .....	273
1. LA RESPONSABILIDAD "PRE-CONTRACTUAL" .....	273
2. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE UN PRECONTRATO .....	275
C) <i>Configuración jurídica del precontrato</i> .....	277
a) <i>Aproximación a la eficacia del pacto precontractual</i> .....	277
b) <i>Posiciones doctrinales respecto al precontrato</i> .....	280
1. EL PRECONTRATO COMO CONTRATO QUE OBLIGA A LA CELEBRACIÓN DE OTRO POSTERIOR A TRAVÉS DE LA EMISIÓN DE UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD .....	280
2. INEXISTENCIA PRÁCTICA DEL PRECONTRATO .....	281
3. EL PRECONTRATO COMO LEY DE BASES DEL CONTRATO PROYECTADO .....	283
4. EL PRECONTRATO COMO FASE PREPARATORIA DE UN ITER NEGOCIAL .....	285
5. CONCLUSIÓN .....	287
c) <i>Los elementos esenciales y accidentales del precontrato</i> .....	290

1. SU NECESIDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA .....	290
2. ¿CUÁLES SON LOS ELEMENTOS ESENCIALES Y CUALES LOS ACCI- DENTALES DE UN PRECONTRATO? .....	292
<i>d) ¿A qué relaciones obligatorias es aplicable el precon-     trato?.....</i>	295
<i>D) Análisis jurisprudencial del precontrato.....</i>	297
<i>a) Resoluciones que recogen la postura clásica .....</i>	298
<i>b) Resoluciones que recogen la posición más moderna:     principalmente la STS de 1 de julio de 1950 [RA 1187] .....</i>	299
<i>c) Conclusión .....</i>	304
<i>E) Naturaleza de la sentencia dictada en el proceso destinado a fi-   jar los efectos del precontrato.....</i>	306
<i>a) La posición de Chiovenda .....</i>	306
<i>b) La posición de Calamandrei .....</i>	308
XII. Formas de ejecución en nuestro sistema. ....	310
<i>A) Ejecución según la LEC de 1881 .....</i>	310
<i>B) Ejecución según la nueva LEC .....</i>	313
<i>a) Que el precontrato contenga todos los elementos     (esenciales y accidentales) del contrato proyectado .....</i>	313
1. OBSERVACIONES CRÍTICAS.....	314
2. PROCEDIMIENTO EX ARTÍCULO 708.1 LEC.....	316
3. CONCLUSIÓN.....	321
<i>b) Que el precontrato contenga todos los elementos esen-     ciales pero no los accidentales del contrato proyectado ....</i>	322
<i>c) Que el precontrato no contenga todos los elementos     esenciales del contrato proyectado .....</i>	323
XIII. Condena a elevar escritura pública.....	326
XIV. Resarcimiento de daños y perjuicios.....	330
XV. Soluciones en derecho comparado. ....	333

#### **Sección IV:**

#### **Ejecución por obligaciones de hacer infungibles o personalísimas.**

XVI. Regulación. ....	337
-----------------------	-----

XVII. Requerimiento y plazo. ....	340
XVIII. Posibles formas de ejecución.....	344
<i>A) Nemo ad factum praecise cogi potest</i> .....	344
<i>B) Formas de ejecutar la condena según la LEC de 1881</i> .....	347
<i>a) La opción concedida al deudor y su repercusión en cuanto a la forma de ejecutar la condena</i> .....	347
<i>b) Sobre la posibilidad de utilización de medios de coerción</i> .....	350
1. FUNDAMENTACIÓN .....	350
2. SOLUCIÓN DOCTRINAL .....	353
3. NUESTRA POSTURA.....	356
<i>C) Formas de ejecutar la condena según la nueva LEC</i> .....	357
<i>a) En general</i> .....	357
<i>b) Ejecución por equivalente</i> .....	359
<i>c) Realización de la actividad por el propio deudor. La imposición de apremios pecuniarios</i> .....	361
XIX. <i>Iter</i> procedimental.....	363
XX. Las condenas a un hacer personalísimo: su verdadero alcance práctico.....	366
XXI. Soluciones en derecho comparado. ....	368

### CAPÍTULO III

#### LAS OBLIGACIONES DE NO HACER

##### Sección I:

##### Aspectos generales.

I. Las obligaciones de no hacer: concepto y clases. Carácter de la destrucción de lo mal hecho. ....	373
<i>A) Concepto y clases</i> .....	373
<i>B) ¿Es la destrucción de lo mal hecho una obligación de hacer o de no hacer?</i> .....	377
II. El carácter de obligación de medios o de resultado de las obligaciones de no hacer. ....	379

III. El carácter infungible o personalísimo de las obligaciones de no hacer. ..	381
IV. La importancia del tiempo en las obligaciones de no hacer.....	383

**Sección II:**

**Ejecución por obligaciones de no hacer.**

V. Regulación.....	389
VI. Requerimiento .....	393
VII. Plazo.....	396
VIII. Formas de ejecución. ....	398
<i>A) Introducción: formas de violación de la obligación de no hacer ..</i>	398
<i>B) Ejecución por violación de la obligación de no hacer mediante     actos de eficacia continuada.....</i>	399
<i>a) Solución en la LEC de 1881 .....</i>	399
<i>b) Solución en la LEC actual .....</i>	402
1. DESTRUCCIÓN DE LO MAL HECHO .....	402
2. POSIBILIDAD DE UTILIZACIÓN DE MULTAS COERCITIVAS QUE INCI- TEN AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN .....	405
3. REITERACIÓN EN LA VIOLACIÓN DE LA OBLIGACIÓN .....	408
<i>c) Crítica a la solución legal .....</i>	408
<i>C) Ejecución por violación de la obligación de no hacer mediante     actos de eficacia instantánea susceptibles de repetirse en el tiem-     po.....</i>	411
<i>D) Ejecución por violación de la obligación de no hacer mediante     actos de eficacia instantánea no susceptibles de repetirse en el     tiempo .....</i>	414
<i>E) Visicitudes en la destrucción de lo mal hecho .....</i>	415
<i>a) En general .....</i>	415
<i>b) Imposibilidad de destruir lo mal hecho.....</i>	416
<i>c) Destrucción de lo mal hecho contraria al interés pú-         blico .....</i>	418
<i>F) Indemnización de daños y perjuicios .....</i>	420
<i>a) Supuestos de transformación de la ejecución específica         en la indemnización de daños y perjuicios .....</i>	421
<i>b) Contenido del resarcimiento de daños y perjuicios.....</i>	422

IX. <i>Iter</i> procedimental.....	425
X. Soluciones en derecho comparado.....	427

## CAPÍTULO IV

### LA EJECUCIÓN GENÉRICA

I. Límites a la ejecución específica: la imposibilidad de cumplimiento específico.....	433
<i>A) La preferencia de la ejecución en forma específica o el resarcimiento de perjuicios como solución última</i> .....	433
<i>B) La imposibilidad natural o física</i> .....	438
<i>C) La imposibilidad jurídica</i> .....	440
<i>D) La dificultad extraordinaria</i> .....	442
<i>E) Acreditación de la imposibilidad</i> .....	444
II. La responsabilidad "universal" del deudor. ....	445
III. El equivalente pecuniario y la indemnización de daños y perjuicios. ....	450
<i>A) Precisiones terminológicas</i> .....	451
<i>B) El equivalente pecuniario de la prestación incumplida</i> .....	455
<i>C) La indemnización de daños y perjuicios</i> .....	458
<i>a) Concepto de daños y perjuicios y requisitos para su indemnización</i> .....	458
<i>b) ¿Qué conceptos conforman los daños y perjuicios?</i> .....	464
1. EN GENERAL .....	464
2. DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE .....	467
3. DAÑO PATRIMONIAL Y DAÑO MORAL.....	471
<i>c) Cuantificación</i> .....	474
<i>D) Iter procedimental</i> .....	475
CONCLUSIONES.....	483
BIBLIOGRAFÍA .....	489

## **SIGLAS, ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS UTILIZADOS**

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AC	Repertorio de jurisprudencia (Base de datos Aranzadi)
ADC	Anuario de Derecho Civil
AP	Audiencia Provincial
Art/arts.	Artículo/artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch/Código Civil
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
C de c.	Código de Comercio
CE	Constitución española
Cfr.	Compárese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
cit.	citado
CP	Código Penal
Ed.	Edición
Ej.	Ejemplo
Etc.	Etcétera
LA	Ley de Arbitraje
LCD	Ley de Competencia Desleal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH	Ley Hipotecaria
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPHIPI	Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
nº.	Número
op. cit.	obra citada
pág/págs.	Página/páginas
p.ej.	Por ejemplo
RA	Repertorio de jurisprudencia (Aranzadi)

RD	Real Decreto
RH	Reglamento Hipotecario
RJ	Repertorio de jurisprudencia (Base de datos Aranzadi)
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
ss.	Siguientes
TC	Tribunal Constitucional
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
Trad.	Traducido por
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
V. gr.	Por ejemplo
Vid.	Véase
Vol.	Volumen
ZPO	Zivilprozessordnung



## INTRODUCCIÓN.

I. Proceso de declaración y proceso de ejecución. II. El cumplimiento voluntario y la ejecución forzosa. III. Formas de ejecución. A) *Obligaciones específicas y obligaciones genéricas.* B) *Obligaciones pecuniarias y obligaciones no pecuniarias.* C) *Ejecución específica y ejecución genérica.* D) *La prioridad de la ejecución en forma específica.* IV. El derecho a la tutela judicial efectiva y la ejecución en forma específica: jurisprudencia constitucional. A) *Tutela judicial efectiva y ejecución.* B) *¿Incluye el derecho a la tutela judicial efectiva la ejecución en sus propios términos?.* a) *Introducción.* b) *El derecho a la tutela judicial efectiva no incluye el derecho a la ejecución en sus propios términos.* c) *El derecho a la tutela judicial efectiva sí incluye el derecho a la ejecución en sus propios términos.* V. Clasificación de las obligaciones. A) *Introducción.* B) *La obligación.* a) *Concepto y objeto.* b) *Características.* c) *Clases.* C) *Dar, hacer y no hacer.*



## I. Proceso de declaración y proceso de ejecución.

Cuando dos o más personas deciden resolver la controversia existente entre ellas mediante un proceso acuden a los órganos jurisdiccionales para que éstos, actuando el derecho objetivo, lo declaren en ese caso concreto; esta actividad ha sido denominada “proceso de declaración”. En virtud de éste “el mandato abstracto (norma material) se individualiza, y por ello, se transforma en mandato concreto. El juez es *vox legis*, en cuanto *ius dicit* para el caso singular, declarando lo que respecto a él quiere el Derecho (objetivo) <sup>1</sup>”.

Los Juzgados y Tribunales están obligados a resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, pudiendo desestimarlas únicamente por defectos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se haya subsanado por el procedimiento legalmente establecido (art. 11.3 LOPJ). Pero esto no significa, por supuesto, que la respuesta haya de ser necesariamente estimatoria de la pretensión interpuesta por el actor.

El proceso de declaración puede terminar de diversas formas, aunque el modo normal de terminación es la sentencia. Mediante la sentencia, el órgano jurisdiccional se pronuncia sobre la pretensión procesal ejercitada por las partes a través del proceso, poniendo fin al mismo, con fuerza vinculante<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CARNELUTTI, F., *Sistema de derecho procesal civil, I, Introducción y función del proceso civil*, (trad. Alcalá-Zamora y Castillo, N.) Uteha, Buenos Aires, 1944, pág. 158.

<sup>2</sup> El proceso además puede terminar sin sentencia por transacción judicial, desistimiento, caducidad, confusión de partes procesales, muerte de la parte sin sucesión procesal, sobreseimiento y mediante resolución judicial anterior a la sentencia que se pronuncia estimando la falta de algún presupuesto o la existencia de algún impedimento procesales. El proceso termina mediante sentencia pero sin que se haya realizado completamente el proceso en dos supuestos: es el caso del allanamiento y de la renuncia.

En ocasiones, el pronunciamiento de la sentencia, sin más, satisface el interés del actor, no siendo necesario (ni estrictamente posible) su ejecución. Esto ocurre con las sentencias que resuelven pretensiones mero declarativas o declarativas puras (v.gr. la sentencia que declara la propiedad sobre un determinado bien), constitutivas (v.gr. una sentencia de divorcio)<sup>3</sup> y también con las sentencias desestimatorias de la pretensión de condena<sup>4</sup>. De todas formas, si la sentencia contiene dos (o varios) pronunciamientos –por ejemplo, uno constitutivo y otro de condena- (se declara que no existe una servidumbre y se condena al demandado a no acceder al fundo), éste último sí se ejecutará en la forma legalmente prevista (art. 521.3 LEC).

En este sentido y a modo de ejemplo, resulta interesante la STS de 4 de diciembre de 1992 [RA 10388] que establece que ni las sentencias meramente

---

<sup>3</sup> La Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, BOE nº. 7, de 8 de enero) se ha ocupado de este punto y tras establecer drásticamente (art. 523) que no se despachará ejecución ni de sentencias meramente declarativas ni constitutivas, se refiere, en su artículo 522 al cumplimiento de las sentencias constitutivas:

1. *Todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica.*

2. *Quienes hayan sido parte en el proceso o acrediten interés directo y legítimo podrán pedir al tribunal las actuaciones precisas para la eficacia de las sentencias constitutivas y para vencer eventuales resistencias a lo que dispongan.*

<sup>4</sup> Resulta interesante en este sentido el AAP de Huesca de 28 de febrero de 1994 [El Derecho 94/13638]. El supuesto de hecho tratado en esa resolución era el siguiente: en un juicio de desahucio por precario el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción declara no haber lugar al desahucio y, a pesar de este hecho, se solicita la ejecución de la sentencia dictada. El juzgado, por providencia, no da lugar a lo solicitado y los interesados interponen recurso de reposición que fue desestimado. Notificada la desestimación a los interesados interponen recurso de apelación. La Audiencia estima que “la ejecución procesal, entendiéndose por tal el procedimiento para la realización coactiva de la prestación reconocida en la sentencia, prestación que puede ser de dar, hacer o de no hacer, presupone necesariamente la existencia de una decisión, fallo, de contenido condenatorio... Por ello carece de sentido la petición formulada por el recurrente de que se ejecute la sentencia absolutoria, pronunciamiento favorable a sus pretensiones, porque el fallo no contiene una decisión que se pueda imponer

declarativas ni “las meramente constitutivas son susceptibles de ejecución, aquellas porque la tutela se consume con la declaración del derecho, y las meramente constitutivas porque sólo pueden ser objeto de ejecución impropia (publicidad del cambio producido por la creación, modificación o extinción de un derecho)”, y concluye “al no ser la sentencia firme de condena, nada hay que ejecutar, pues no hay título de ejecución que, en su caso, lo sería la propia sentencia”.

La postura contraria la ha adoptado el TS en una resolución que debemos calificar de totalmente innovadora. En un juicio declarativo de menor cuantía el Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y falla en el sentido siguiente: declara nulas las cláusulas testamentarias 2ª y 3ª relativas al usufructo establecido a favor de X, porque vulneran el derecho legitimario de la actora. Igualmente declara que la compraventa del inmueble X realizada por el testador y su esposa es simulada y, por tanto, nula y, en consecuencia, el valor del inmueble debe incluirse en el haber hereditario. Los sucesores procesales de la actora fallecida solicitan la ejecución de la sentencia (es decir, solicitan la ejecución de la sentencia declarativa de la nulidad de las cláusulas testamentarias y del contrato de compraventa) pero el Juzgado de ejecución desestima dicha ejecución porque la sentencia contiene únicamente pronunciamientos declarativos.

El caso llega al Supremo quien, en sentencia de 11 de junio de 1998 [RJ 1998/4682] considera, en primer lugar, que no se trata de una sentencia declarativa pues las sentencias declarativas “hay que referirlas a aquellas que se limitan a la mera declaración que constata una situación jurídica preexistente a la decisión, dotándola de certeza jurídica”, añadiendo que “tampoco se trata de  

---

coactivamente, ni puede ser objeto de ejecución los motivos que condujeron a dicha

propia sentencia condenatoria, que impone al condenado la realización de una determinada prestación y al tiempo crea un título para la efectividad de la condena por vía jurisdiccional ejecutiva”.

En segundo lugar, califica la resolución de constitutiva “pues produjo modificación en la situación jurídica sucesoria..., que resultó transformada...”, para concluir que “las sentencias constitutivas, al gozar de la autoridad de cosa juzgada, *son susceptibles de ejecución* en sus propios términos conforme al mandato constitucional de los artículos 117.3 y 118, y 18 de la LOPJ, y 919 y ss. de la LEC

La ejecución de las sentencias firmes se integra en el derecho de tutela judicial efectiva y no cabe admitir ni sentencias plenamente teóricas ni declaraciones de intenciones, con lo que ha de procederse en todo caso a su ejecutoriedad...”.

FERNÁNDEZ PAMPILLÓN<sup>5</sup> en su comentario a esta resolución ha interpretado que “la conclusión a que debe conducir tal planteamiento es que cualquiera que sea su naturaleza (declarativa, constitutiva o de condena), la sentencia puede y debe ejecutarse en la medida en que lo exija el derecho fundamental de tutela judicial, que impone la efectividad del fallo dictado”.

En otros supuestos (cuando se ejercitan pretensiones de condena y la sentencia resuelve estimando la misma), la simple declaración no satisface el

---

decisión...”.

<sup>5</sup> *Comentario a la Sentencia de 11 de junio de 1998*, en el Boletín de información del Ministerio de Justicia, Año LII, 1 de noviembre de 1998, nº. 1832, pág. 2768. Por nuestra parte, como ya hemos indicado, creemos que ni las sentencias que resuelven pretensiones meramente declarativas ni las que resuelven pretensiones constitutivas, pueden ser ejecutadas, porque tanto en unas como en las otras, el pronunciamiento de la sentencia satisface el interés del acreedor. Otra cosa, pero no podemos llamarla ejecución, es que en el caso de resoluciones constitutivas sea necesario publicar el cambio producido por la creación, modificación o extinción de un derecho. Tras la aprobación de la nueva LEC, y con la afirmación que realiza

interés del actor, siendo necesaria una actividad posterior por parte del condenado (cumplimiento voluntario) o, en caso de incumplimiento por éste de la condena, del órgano jurisdiccional (ejecución forzosa). Siguiendo este esquema observamos que declaración de certeza y ejecución tienen, así, finalidades diferentes, pero complementarias<sup>6</sup>. Y es que, sería inútil un sistema que declarara el derecho ajustándose estrictamente al Ordenamiento Jurídico, si no existiera una regulación del proceso de ejecución que permitiera que esa declaración se convirtiese en realidad, es decir, sería inútil un sistema que no asegurase la ejecución de lo declarado. Esta fase (sic) es la que trata de acercar todo lo posible el derecho a la vida<sup>7</sup>; es sin duda en el momento de la ejecución cuando se palpa la eficacia del proceso<sup>8</sup>.

En palabras de CARNELUTTI<sup>9</sup>, “cuando no se trata ya de pretensión *discutida* (“contestada”), sino de pretensión *insatisfecha* para que se alcancen entonces los fines del orden jurídico es necesaria, no la *formación*, sino la *efectuación* del mandato. El proceso (conjunto de actos) necesario para la efectuación del mandato, se llama *ejecución*”.

Pero no hay que olvidar, además, que la ejecución no se inicia siempre como consecuencia de una sentencia de condena dictada tras un proceso de declaración. Es decir, cabe ejecución sin haber sido debatido previamente el derecho. Se trata de los supuestos de ejecución de los llamados títulos ejecutivos extrajurisdiccionales (v.gr. la escritura pública con tal que sea primera copia, o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la

---

en su artículo 521, no cabe duda que la postura de la que nosotros nos hemos hecho eco es la legalmente correcta.

<sup>6</sup> ALLORIO E., *Problemas de derecho procesal. II*, (trad. Sentis Melendo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, pág. 182.

<sup>7</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y proceso*, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 275.

<sup>8</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *La eficacia del proceso*, en Justicia, 1982, n.º. 2, pág. 109.

<sup>9</sup> *Sistema...*, pág. 213.

persona a quien deba perjudicar, o de su causante o que se expida con la conformidad de todas las partes, art. 517.2.4º LEC). En estos supuestos, el proceso comienza por la ejecución<sup>10</sup>. Esto no es sino consecuencia del hecho de que el proceso de ejecución y el de declaración no forman una unidad: cabe declaración sin ejecución, ejecución sin declaración y declaración más ejecución<sup>11</sup>.

Incluso, durante el proceso de ejecución es posible, para servir a distintas finalidades, que se promueva actividad de declaración. Como ha señalado FERNÁNDEZ LÓPEZ<sup>12</sup> “aunque no sea su misión principal, el proceso de ejecución precisa, también de la actividad de cognición. Preconizar lo contrario equivaldría a obligar al Juez a ejecutar a ‘ciegas’ el contenido del título ejecutivo, volviendo la espalda a cualquier posibilidad de que el derecho que en éste aparece documentado haya desaparecido o resulte modificado con posterioridad”.

Por último, debemos señalar que el Ordenamiento Jurídico atribuye a los órganos jurisdiccionales, en exclusiva, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en

---

<sup>10</sup> Con el sistema diseñado por la LEC de 1855 y continuado por la LEC de 1881 existía dualidad de ejecuciones. Por un lado se regulaba la ejecución de sentencias y, a pesar de que la ley lo denominaba así (“De la ejecución de sentencias”), a través de él no sólo se ejecutaban sentencias. Por otro lado existía el denominado “juicio ejecutivo” que servía para ejecutar los títulos extrajurisdiccionales que la ley taxativamente establecía. Entendía DE LA PLAZA, M. (*Los principios fundamentales del proceso de ejecución*, en *Revista de Derecho Privado*, 1945, pág. 77) que con este sistema la verdadera ejecución quedaba escondida entre las normas reguladoras de la ejecución de sentencia y separadas “caprichosamente éstas en diversos lugares de la ley” y que “al juicio ejecutivo se otorgó indirectamente una condición que no le correspondía”.

La nueva LEC ha vuelto al sistema anterior a la LEC de 1855 estableciendo un único proceso de ejecución, a través del cual se ejecutan todos los títulos ejecutivos, ya sean jurisdiccionales o extrajurisdiccionales.

<sup>11</sup> Como decíamos, en ocasiones, se permite al acreedor acudir directamente a la vía ejecutiva, es decir, sin que exista un proceso previo de declaración; en estos supuestos puede el deudor-ejecutado acudir a la vía declarativa si piensa que el proceso de ejecución se realizó de forma ilícita. Por tanto, también puede ocurrir que primero se realice el proceso de ejecución y, posteriormente, el de declaración.

<sup>12</sup> *Derecho procesal práctico*, tomo V, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces S.A., Madrid, 1992, pág. 61, con RIFA SOLER, J. M<sup>a</sup>. y VALLS GOMBAU J.F..



su doble vertiente, la de juzgar y la de hacer ejecutar lo juzgado<sup>13</sup>. Así lo impone el artículo 117.3 CE al establecer que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, *corresponde exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes...". Igualmente el artículo 2.1 LOPJ establece que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, *corresponde exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales".

También la jurisprudencia se ha referido a este punto. Por ejemplo, la STC 167/87, de 28 de octubre, afirma que "la titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los propios órganos judiciales, como manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la CE les ha conferido".

Cabría concluir, junto con el Tribunal Constitucional, que la ejecución de sentencias, que forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, es cuestión fundamental dentro del ámbito del Estado de Derecho. En STC 67/84, de 7 de junio, considera que "la ejecución de las Sentencias -en sí misma

---

<sup>13</sup> No cabe duda que en nuestro sistema la ejecución tiene naturaleza jurisdiccional (arts. 117.3 CE, 2.1 LOPJ, 55 y 919 LEC de 1881 y 61 y 545 LEC de 2000), a pesar de que durante algún tiempo se pensó que tenía naturaleza administrativa y de que en otros ordenamientos tenga esa naturaleza. "Esta naturaleza no proviene simplemente de que así lo disponga la ley, sino que la ejecución es consustancial a la jurisdicción o, si se prefiere, que la ejecución es actividad materialmente jurisdiccional" (MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional, II. Proceso civil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 502, con GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.). FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. (*El proceso de ejecución*, Hospitalet de Llobregat, Barcelona, 1982, pág. 28) estima que "la ejecución es materialmente jurisdiccional, aunque, por razones de oportunidad (criticables), pudiera encomendarse a órganos de carácter administrativo", y es jurisdiccional "sobre todo, porque forma parte de la actividad necesaria para el otorgamiento de la tutela jurídica". También para HERCE QUEMADA, V., (*Derecho procesal civil. Juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal, jurisdicción voluntaria*, vol. 2º, Madrid, 1976, pág. 247 con GÓMEZ ORBANEJA) la ejecución tiene naturaleza jurisdiccional y de forma expresiva, explica: "la ejecución sólo puede ser cumplida por el Estado, mediante los órganos jurisdiccionales, no por

considerada- es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, cuya efectividad -en caso de conflicto- se produce normalmente por medio de la actuación del Poder Judicial -117 y siguientes de la Constitución- que finaliza con la ejecución de sus Sentencias y resoluciones judiciales firmes, y de aquí que el artículo 118 de la Constitución establezca que 'es obligado cumplir las Sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución del mismo'.

Cuando este deber de cumplimiento y colaboración -que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza- se incumple por los Poderes Públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello, el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento -si se produjera- no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las Sentencias y resoluciones judiciales firmes".

## **II. El cumplimiento voluntario y la ejecución forzosa.**

Antes del inicio del proceso de ejecución el deudor ya ha dispuesto de varias oportunidades para realizar la prestación. El primer momento en el que pudo cumplir y no lo hizo fue en el momento convenido o fijado por las partes en el contrato. Antes incluso, por tanto, de iniciarse el proceso de declaración.

Es cierto que el proceso de declaración supone, en sí mismo, una forma de tutela jurisdiccional; en él se fijará si el demandante tiene realmente el derecho que reclama. Pero, en todo caso, si la sentencia que se dicte en el proceso de

---

el deudor, ya que si éste, con su conducta, cumple voluntariamente la prestación, lo único que

declaración es favorable al demandante, la misma no se limitará a declarar el derecho sino que condenará al demandado al cumplimiento de la obligación<sup>14</sup>.

Una vez ha recaído condena a hacer, no hacer algo o a la entrega de una o varias cosas, el deudor condenado puede "voluntariamente" cumplirla (segundo momento), realizando una actividad que no tiene naturaleza procesal y alcanzándose un ideal de justicia y de economía<sup>15</sup>. Esta actividad recibe el nombre de cumplimiento "voluntario"<sup>16</sup>, a pesar de que la sentencia de condena supone por sí misma, que duda cabe, una forma de coacción sobre la voluntad del deudor. En este sentido, ALCALÁ-ZAMORA<sup>17</sup> entendía que se trata de una "ejecución de manera muy relativa voluntaria, puesto que al deudor, se le coloca, por así decirlo, entre la espada y la pared. Si se quiere evitar los inconvenientes y molestias de la ejecución y posterior realización forzosa (sic), no le queda otro camino que cumplir *motu proprio* la prestación a que haya sido condenado". En cualquier caso, en rigor, no podemos hablar de "ejecución voluntaria procesal" puesto que no interviene ningún órgano jurisdiccional<sup>18</sup>.

---

hace es *matar* la acción ejecutiva".

<sup>14</sup>Evidentemente a lo largo de todo el proceso de declaración, el demandado puede cumplir la prestación dando lugar a la finalización del mismo. Igualmente, a lo largo del proceso de ejecución el deudor puede cumplir la condena poniendo fin a la ejecución, incluso, podemos decir que le conviene hacerlo para evitar males mayores para él (por ej. la cantidad que tendrá que abonar en concepto de costas será inferior cuanto antes realice el cumplimiento).

<sup>15</sup> GELSI BIDART, A., *Medidas para asegurar la efectividad de la sentencia (Contempt of court y astreinte)*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1953, II, pág. 311.

<sup>16</sup> El cumplimiento voluntario, que hace innecesaria la ejecución forzosa puede servir para medir "la salud jurídica" de que goza una determinada comunidad (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho procesal civil, III*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996, pág. 20 con DE LA OLIVA SANTOS, A.).

<sup>17</sup> Citado por DE MIGUEL Y ALONSO, C., *Problemática de la ejecución forzosa en lo civil*, en Revista de Derecho Procesal, 1965, pág. 47.

<sup>18</sup> Parte de la doctrina denomina al cumplimiento voluntario "ejecución voluntaria". Así HERCÉ QUEMADA, (Cfr. *Derecho...*, cit., pág. 245) entiende que existen dos clases de ejecución: la voluntaria y la forzosa. La voluntaria, dice, es aquella en que el deudor cumple espontáneamente la prestación. También PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil, vol 2º. Procesos sumarios y especiales, ejecución singular*, Tecnos, Madrid, 1983, 3ª ed., pág.

Pero, en ocasiones, demasiadas quizá, la condena no es cumplida voluntariamente por el deudor, haciéndose necesaria una actividad del órgano jurisdiccional tendente a dejar las cosas en el sitio en que se encontrarían de no haber existido incumplimiento. Es a esta actividad del órgano jurisdiccional, a ese cauce procesal para la realización efectiva de la sentencia, a lo que llamamos "ejecución". El TC [ATC 232/82, de 30 de junio] ha definido la ejecución en los siguientes términos: "Ejecutar una Sentencia es aplicar o poner en práctica (por el órgano jurisdiccional) aquello que la Sentencia manda u ordena".

Realmente, se trata de sustituir aquella conducta que debiendo haber sido realizada por el deudor en realidad no lo fue, y se trata de sustituirla sin, e incluso contra, la voluntad del deudor utilizando los medios adecuados y suficientes para ello. En consecuencia, por tratarse de una actividad de sustitución<sup>19</sup>, la posibilidad

---

158. A pesar de la terminología, todos los autores se refieren a la naturaleza no procesal de dicha actividad.

La confusión terminológica se veía incluso a nivel legal. Así el artículo 103 de la LJCA de 27 de diciembre de 1956 establecía que "la ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso". La terminología utilizada por este artículo no era rigurosa, puesto que es función de dicho órgano *cumplir* el acto o disposición y es función de los órganos jurisdiccionales *ejecutar* la sentencia de condena. La actual LJCA (29/1988, de 13 de julio) ha corregido el error al considerar (art. 103.1) que "la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales de este orden jurisdiccional...".

<sup>19</sup> La ejecución forzosa civil se caracteriza por ser una actividad de sustitución de la actividad que debió realizar el deudor, prescindiendo o en contra de su voluntad. Siendo esto así, la doctrina se ha planteado si la utilización de medios coercitivos que genera el cumplimiento por el deudor, debe ser calificado de cumplimiento voluntario o de ejecución forzosa porque, tengamos en cuenta que, en este caso no hay sustitución, sino que es el propio deudor el que cumple. Concluye VIERA RUIZ, L. A., (*Problemas actuales de la ejecución forzosa singular*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1983, págs. 28-29) que nos encontramos dentro del campo de la ejecución forzosa porque "lo importante son los actos que le anteceden (al cumplimiento): el pedido de lanzamiento, el consiguiente decreto, el hecho material del traslado del alguacil a la finca, su requerimiento de auxilio a la fuerza pública, la presencia de ésta en el inmueble, no han dejado de ser forzosos por el hecho de que el inquilino opte por cumplir el mandato judicial (...). Hay que atender, para saber si un acto o una medida pertenece o no a la ejecución forzosa, a la función que ese acto o medida cumple, cualquiera que sea su resultado. Si ellos están destinados a la realización coactiva del mandato judicial

de actuación del juez estará limitada a aquellos actos que podía haber realizado el deudor y que, sin embargo, no realizó. Por la misma razón las costas ocasionadas deberá resarcirlas el ejecutado.

Partiendo de esta distinción (cumplimiento voluntario-ejecución "forzosa"<sup>20</sup>) observamos que la ejecución no es una fase necesaria puesto que si hay cumplimiento voluntario la ejecución no se llevará a cabo, pero en caso de que la misma (la ejecución) se produzca, su realización, como hemos visto, es monopolio de los órganos jurisdiccionales.

### III. Formas de ejecución.

De las diversas clasificaciones que la doctrina ha realizado de la ejecución<sup>21</sup>, nos referimos únicamente a la distinción entre ejecución específica y

---

pertenecen a la ejecución forzosa". No lo entiende así ARLAS, J.A. (*Incorporación de las Astreintes al Derecho Positivo Uruguayo (Estudio particular de la Ley 14.978 de 14 de diciembre de 1979)*, en Revista de Uruguay de Derecho Procesal, 1979, pág. 14) para quien podría tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria puesto que, a pesar de la presión psicológica que implica la imposición de la astreinte, la prestación se realiza por el propio deudor. En nuestra doctrina, considera GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. (*Consideraciones generales sobre las astreintes: aplicación práctica en el proceso laboral*, en Justicia, 1992, pág. 735) que "se puede sostener su calificación como medio indirecto para obtener el cumplimiento de la sentencia, o como uno de los tantos medios que emplea el Derecho para que se efectúe el cumplimiento de sus mandatos, pero no como una medida de ejecución considerada en sí misma".

<sup>20</sup> Como ha puesto de manifiesto RAMOS MÉNDEZ, F. (*Derecho procesal civil*, tomo II, Barcelona, 1992, pág. 1000) el calificativo de "forzoso" unido a la ejecución es "una mera redundancia" aunque "en todo caso ilustrativa".

<sup>21</sup> Por ejemplo, suele distinguirse entre ejecución propia e impropia. La denominada "ejecución impropia" hace referencia a la actividad que se realiza tras dictarse una sentencia constitutiva, para acreditar, dar constancia o publicidad al cambio producido con la sentencia. Como sabemos, las sentencias constitutivas son aquellas que crean, modifican o extinguen una determinada relación jurídica. Estas resoluciones no son susceptibles, en puridad, de ejecución (entre otras, puede verse la STS de 4 de diciembre de 1992 [RA 10388]), pero sí es necesario, en muchos casos, realizar una cierta actividad (que no es ejecución). Por ejemplo, inscripciones en registros, etc. (véanse los arts. 521.2 y 522 LEC). Como ya hemos

ejecución genérica, por ser la clasificación que puede generar confusión. Para el análisis de esta distinción es necesario partir de la conceptualización de las obligaciones específicas, genéricas y pecuniarias.

*A) Obligaciones específicas y obligaciones genéricas.*

Esta clasificación, establecida doctrinalmente aunque no regulada de forma sistemática por el Código civil, nos sirve como punto de partida para analizar la distinción entre ejecución genérica y ejecución específica donde veremos que no existe una correlación entre obligación genérica-ejecución genérica y obligación específica-ejecución específica, y es que a primera vista, la proximidad terminológica podría llevarnos a pensar que ejecución específica es la ejecución de sentencias que condenan a una obligación específica y ejecución genérica la ejecución de sentencias que condenan a una obligación genérica.

La prestación (objeto de la obligación) ha de ser lícita, posible y determinada o ser determinable sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes. Este último requisito es recogido por el artículo 1.273 CC que establece: *”el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes”*. Sólo si la prestación está determinada (o es determinable) podremos observar si el comportamiento del deudor supone o no cumplimiento. Así, por ejemplo, en el supuesto de las obligaciones de dar la determinación, normalmente, se hace señalando la cosa que debe ser dada. Si el deudor entrega

---

comentado, la STS de 11 de junio de 1998 [RJ 1998/4682] se aparta de lo que tradicionalmente había sido unánime tanto en la doctrina como en la jurisprudencia al entender que también las sentencias constitutivas son susceptibles de ejecución.

esa cosa determinada que debe ser objeto de la dación habrá cumplimiento, pero si entrega otra cosa distinta, a pesar de que habrá dación, no habrá cumplimiento. Si, en cambio, no hemos determinado cuál es la cosa que se debe entregar, cuando el deudor entregue una cosa no sabremos si realmente esa era la debida o era otra (por tanto, no sabremos si realmente ha habido cumplimiento o no).

Partimos de esto porque la distinción entre obligaciones específicas y genéricas se suele reconducir a los requisitos del objeto de la obligación y, concretamente, al requisito de la determinación<sup>22</sup>.

Las *obligaciones específicas* son aquellas cuyo objeto es una prestación determinada. Por tanto, la prestación queda totalmente determinada en el mismo momento en que se constituye la obligación (lo que no significa que la obligación deba consistir en un único objeto). Por su parte, se denominan *obligaciones genéricas* las que tienen por objeto una prestación perteneciente a un género (y no individualizada dentro del género). Género entendido como conjunto de cosas que reúnen unas determinadas características y de los cuales pueden predicarse unas determinadas condiciones<sup>23</sup>.

Pero, además, pensamos que la clasificación de las obligaciones en específicas y genéricas no depende únicamente de la naturaleza de la prestación debida sino que depende también de la voluntad de las partes al constituir la

---

<sup>22</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 291. TAPIA FERNÁNDEZ, I. (*Las condenas no pecuniarias (Ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer)*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1984, pág. 40) observa que esta clasificación “no alude a las diversas modalidades de la prestación, sino a los requisitos y caracteres de la prestación” y uno de esos requisitos es la determinación.

<sup>23</sup> Además, entiende VATTIER FUENZALIDA, C. (*Sobre la estructura de la obligación*, Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1980, págs. 108 y 118) que la idea de género no se usa jurídicamente con un significado lógico o filosófico sino que se usa un concepto económico de género. El género no es concebido como un modo particular de ser las cosas sino como un modo de representación y determinación de la cosa debida. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 29.

obligación. Por ejemplo, sería genérica la obligación de entregar mil kilos de patatas, pero sería específica la obligación de entregar los primeros mil kilos de patatas recogidos de una cosecha y de un campo determinados. La diferencia entre una y otra obligación radica en la particular voluntad de las partes.

Las obligaciones genéricas son obligaciones relativamente indeterminadas tanto de forma temporal como sustantiva. Relativamente indeterminadas temporalmente porque la determinación se realiza en un momento posterior al de constitución de la obligación (la indeterminación desaparece en el momento del cumplimiento que es cuando se produce la individualización de la especie), y relativamente indeterminadas sustancialmente porque las partes deben proporcionar los datos que caracterizan la prestación, de forma que cuando ésta se concrete se haga sin necesidad de un nuevo convenio entre ellas.

Observa TAPIA FERNÁNDEZ<sup>24</sup> la inexactitud de la dicción del Código Civil (entre otros, art. 1.096: “si la cosa fuere indeterminada o genérica...”) dado que una cosa absolutamente indeterminada hace a la obligación ineficaz por falta de uno de los requisitos esenciales. Lo importante, como ya hemos mencionado, es que la determinación de la prestación no necesite un ulterior acuerdo de voluntades. Además, debemos matizar que no es la prestación sino la materia objeto de la misma, la que se encuentra indeterminada. Podemos decir que lo característico de este tipo de obligaciones no es su indeterminación sino la forma especial de determinarlas<sup>25</sup>.

Por otro lado, caracteriza a las obligaciones genéricas el hecho de que deban ser extraídas del género. En este sentido no sería genérica sino específica la obligación de entregar la totalidad de la cosecha de una determinada finca.

---

<sup>24</sup> *Las condenas...*, cit., pág. 40, pie de pág. n.º. 56.

<sup>25</sup> Cfr. VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura...*, cit., págs. 114 y ss.



Además, como se ha dicho<sup>26</sup>, el género no es prestación y, por tanto, no existe pluralidad de prestaciones en la obligación genérica como existen en las obligaciones alternativa y facultativa del lado del deudor. En las obligaciones genéricas la prestación es una, en las alternativas y facultativas hay dos o más prestaciones aunque sólo se realizará una de ellas.

Nuestro Código Civil se refiere, si bien no de forma sistemática, a este tipo de obligaciones en diversos artículos, utilizando para las obligaciones específicas el término "determinada" (ej. art. 1.096 párrafo 1º CC) y para las genéricas indistintamente los términos "indeterminadas o genéricas"<sup>27</sup> (ej. art. 1.167 CC). La distinción se hace atendiendo principalmente a las obligaciones de dar<sup>28</sup>, aunque no sólo se refiere a ellas, pues abarca también las obligaciones de hacer y

---

<sup>26</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *Las obligaciones facultativas en el derecho español*, en Anuario de Derecho Civil, 1972, pág. 518.

<sup>27</sup> Es cierto que, en rigor, no es lo mismo cosa "indeterminada" que cosa "genérica". Como ha puesto de manifiesto PEREDA GÁMEZ, F.J. (*Ejecución de condenas de dar, hacer y no hacer y liquidación de títulos ejecutivos y ejecución de sentencias*, en "Ejecución de sentencias civiles II. La vía de apremio", Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs. 33 a 35) cosas genéricas son "las determinadas por su especie o calidad pero no individualizadas". "Una cosa genérica no es una cosa indeterminada sino una cosa determinada por su género o cualidad (...). Una cosa indeterminada supone el desconocimiento para los litigantes y para el juez de la ejecución del alcance de la prestación y, por tanto, la necesidad de 'determinar' en la ejecución qué debe entregarse. (...) Si la cosa es genérica se procede directamente a su aprehensión y si es indeterminada es preceptiva su previa concreción".

<sup>28</sup> Hay autores que definen las obligaciones genéricas refiriéndose únicamente a las de dar. Así DÍEZ- PICAZO (*Fundamentos...*, cit., pág. 291) entiende por obligación genérica "aquellas de dar, en las cuales la cosa o cosas objeto de la prestación se encuentran determinadas a través de su pertenencia a un género". Aunque posteriormente matiza al establecer que también caben obligaciones genéricas de hacer. Igualmente LALAGUNA DOMÍNGUEZ (*Curso de derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Tirant lo Blach, Valencia, 1992, pág. 110) define estas obligaciones como "aquellas que tienen por objeto una prestación de dar alguna o algunas cosas determinadas por su pertenencia a un género". Por nuestra parte, entendemos más conveniente definir las obligaciones genéricas no limitándolas a las de dar.

de no hacer, aunque estos son supuestos menos frecuentes y de configuración más difícil<sup>29</sup>.

Por lo que se refiere al régimen jurídico de las obligaciones genéricas, cuatro son las principales especialidades respecto de las específicas:.

1. La posibilidad de cumplimiento específico en sede de ejecución forzosa. Establece el artículo 702 LEC que si la cosa fuere indeterminada o genérica puede pedir el acreedor que se le ponga en posesión de la misma o que la obligación se cumpla a costa del deudor (vid. también art. 1.096, párrafo 2º CC). Por tanto, en caso de incumplimiento, e impuesta la condena, ésta podrá ejecutarse en forma específica aunque las cosas no se encuentren en el patrimonio del deudor dado que las mismas podrán ser adquiridas en el mercado soportando el deudor su valor pecuniario. Sin embargo, si se trata de una obligación de dar cosa concreta y determinada, según el artículo 701 LEC, el tribunal puede acordar apremios pecuniarios, ordenar la entrada y registro en lugares cerrados etcétera, pero si a pesar de esas medidas la cosa no puede ser habida se produce (art. 701.3 LEC) la transformación de la condena en una cantidad de dinero. Es decir, el deudor cumplirá entregando el equivalente pecuniario de la cosa<sup>30</sup>.

2. La inexistencia de imposibilidad sobrevenida de la obligación genérica. El deudor no podrá alegar caso fortuito ni fuerza mayor para liberarse del

---

<sup>29</sup> Señala LEDESMA MARTÍNEZ M<sup>a</sup>. J. (*Las obligaciones de hacer*, Comares, Granada, 1999, págs. 192-193) que “el progreso de las relaciones y del tráfico jurídico hace que muchas obligaciones de hacer se convengan y estimen dentro de una categoría más amplia a la cual pertenecen. Tal es el caso de la compañía de zarzuela que contrata con el dueño de un teatro representar cinco zarzuelas en una temporada, sin precisar qué obras del género chico van a ejecutar en concreto. También un asegurado de enfermedad sabe que, excepto en prótesis dentarias, la compañía se compromete a asistirle en todas las enfermedades que pueda padecer. En estos casos quizás pudiera hablarse de *obligaciones de hacer genéricas*, con la consecuencia del principio *genus nunquam perit...*”

<sup>30</sup> Si la cosa es un bien inmueble la situación es distinta porque los inmuebles no pueden ser ocultados y, salvo imposibilidad física o jurídica, sí será posible la ejecución en forma específica de la condena.

cumplimiento de la obligación y de la responsabilidad por incumplimiento porque el género nunca perece. Como se ha dicho<sup>31</sup>, si la prestación genérica consiste en un hacer, la imposibilidad sobrevenida subjetiva puede limitar notablemente la regla del *genus nunquam perit*. Esta regla no aparece expresamente en nuestro derecho positivo aunque se deduce de una interpretación *a sensu contrario* del artículo 1.182 CC. Sin embargo, en el supuesto de obligaciones de dar cosa cierta y determinada (obligación específica) la obligación se extingue si la cosa se pierde o destruye sin culpa del deudor y antes de haberse constituido éste en mora (art. 1.182 CC).

3. En cuanto a los riesgos de perecimiento y deterioro de la cosa por hecho fortuito, la diferencia entre obligaciones específicas y genéricas es muy importante. Si la obligación es específica, normalmente el caso fortuito exonera al deudor de la obligación, mientras que si la obligación es genérica esto no sucede. A pesar de lo dicho, como entiende PUIG BRUTAU<sup>32</sup>, las obligaciones son específicas o genéricas en el momento de quedar constituidas, pero todas ellas son necesariamente específicas en el momento del cumplimiento, porque para que se produzca el cumplimiento el deudor debe elegir dentro del género. La elección supone seleccionar las cosas del género con las que se va a cumplir la obligación y que satisfacen el interés del acreedor. Pues bien, desde el momento en que se realiza esa elección (que es lo que se llama concreción, concentración o individualización de la obligación genérica) el riesgo por perecimiento o deterioro

---

<sup>31</sup> Cfr. BLASCO GASCÓ, F., *Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed., pág. 107, con VALPUESTA FERNÁNDEZ (coordinadora), CAPILLA RONCERO, LÓPEZ LÓPEZ, MONTÉS PENADES, ORDUÑA MORENO y ROCA I TRIAS.

<sup>32</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos del derecho civil*, tomo I, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1988, 4ª ed., pág. 220.

de la cosa pasa del deudor al acreedor. La individualización supone la transformación de la obligación genérica en específica.

4. La regla de la calidad de la prestación. Establece el artículo 1.167 CC que "*cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la calidad inferior*". No matiza dicho artículo con relación a qué no debe ser la calidad superior ni inferior pero, entendemos que se está haciendo referencia a la calidad media de ese bien en el mercado<sup>33</sup>. Evidentemente, las cosas pertenecientes al género (ej. el género naranjas) no han de ser exactamente iguales, todo lo contrario, normalmente presentarán diferencias entre ellas, aunque no siempre (piénsese en el género coches del modelo X). El fundamento de esta distinción de calidades ha sido encontrado<sup>34</sup> en "la fungibilidad subjetiva propia de la determinación genérica de la prestación". La calidad media, por supuesto, no dependerá de un criterio matemático, sino de la valoración realizada por los contratantes y, en caso de no llegarse a un acuerdo, por el juez. De todas formas no olvidemos que se trata de una norma dispositiva que se aplicará a falta de estipulaciones entre las partes con relación a la calidad.

#### *B) Obligaciones pecuniarias y obligaciones no pecuniarias.*

La razón de la clasificación de las obligaciones en pecuniarias y no pecuniarias no es otra que el característico objeto de la prestación: el dinero. A

---

<sup>33</sup> MANRESA (*Comentarios al Código Civil español*, tomo VII, vol. I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950, 5ª ed., pág. 553) entiende que el objeto dado en pago debe estar dentro de los límites de los precios ordinarios de dichos objetos en el lugar donde hayan de usarse y pagarse.

<sup>34</sup> VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura...*, cit., pág. 127.

primera vista podríamos pensar que el dinero no es más que un bien fungible pero, como seguidamente veremos, si bien es un "*genus*", se trata de un género especial<sup>35</sup>. El Código Civil ni define ni establece directamente las características del dinero pero, sin duda, se trata de un bien fungible y consumible caracterizado por la cantidad, no por la calidad. Respecto a su condición de cosa fungible el Código Civil nos la muestra en diversos preceptos. Así, el artículo 1.740 contrapone las cosas no fungibles al "dinero u otra cosa fungible" y el 1.160 CC unifica el régimen jurídico del dinero y de las otras cosas fungibles<sup>36</sup>. Respecto a su consumibilidad el dinero se consume cuando se gasta sin que quepa otra forma de utilización distinta de la disponibilidad.

Se han apuntado<sup>37</sup> otros motivos para justificar esta distinción: la mayor discrecionalidad del juez al ejecutar una condena no pecuniaria, la necesidad de contar con la voluntad del ejecutado para llevar a cabo la ejecución de las condenas no pecuniarias, la diferente dificultad entre la ejecución por condenas pecuniarias y la ejecución por condenas no pecuniarias, etc.

La ejecución de sentencias que condenan a la entrega de una cantidad de dinero goza de unas características propias tan marcadas que hacen que la consideremos una forma de ejecución distinta, no sólo de la ejecución de sentencias que condenan a un hacer o a un no hacer, sino incluso, diferente a la ejecución de sentencias que condenan a la entrega de una cosa distinta a una

---

<sup>35</sup> En este sentido, TAPIA FERNÁNDEZ (*Las condenas...*, cit., pág. 48, nota al pie de pág. nº. 77) considera que el dinero es el bien más genérico de todos y que posee unas características propias que lo convierten en una categoría especial.

<sup>36</sup> Otros ejemplos los encontramos en los artículos 1.753, 1.754 etc. también del Código Civil.

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El proceso...*, cit., págs. 227-228. VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, págs. 241-242.

cantidad de dinero. En este sentido, GUASP<sup>38</sup> distingue entre la ejecución expropiativa (ejecución de sentencias que condenan a la entrega de una cantidad de dinero) y ejecución satisfactiva (ejecución de sentencias que condenan a la entrega de una cosa distinta al dinero) y parte para ello del hecho de que la primera conlleva siempre la “expropiación” de los bienes del deudor y la segunda lleva consigo la satisfacción específica del acreedor. Es más, la ejecución expropiativa puede considerarse la forma general de ejecución, ya que se trata del mayor número de ejecuciones y, además, el resto de formas de ejecución se transformarán fácilmente en ella en un gran número de casos ya que, establecida la condena e incumplida ésta, en última instancia, el deudor deberá reparar el daño causado mediante la entrega de una cantidad de dinero.

En conclusión, las obligaciones pecuniarias son una clase diferente de las obligaciones específicas y de las genéricas, correspondiéndoles una concreta forma de ejecución llamada ejecución pecuniaria. Dicha ejecución será la oportuna cuando la sentencia condena directamente a una obligación pecuniaria, pero también cuando, aun conteniendo la sentencia una condena no pecuniaria ésta deviene imposible, siendo necesario resarcir al ejecutante de los daños y perjuicios causados a su patrimonio.

### *C) Ejecución específica y ejecución genérica.*

Una vez definidas las obligaciones específicas y genéricas y matizada la especial consideración de las obligaciones pecuniarias, estamos ya en condiciones de analizar la ejecución específica y la genérica.

---

<sup>38</sup> GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil, tomo II. Parte especial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1986, 3ª ed., págs. 194 y ss.

*Ejecución específica*<sup>39</sup> es aquella cuya finalidad es la consecución de la misma prestación debida e incumplida por el deudor, satisfaciendo, mediante la actividad del órgano jurisdiccional sustitutiva de la del deudor, el interés que tenía el acreedor en el cumplimiento exacto de la prestación.

En cambio, entendemos que la *ejecución es genérica* cuando no se satisface el interés concreto del acreedor a la exacta prestación, sino el interés a recibir una prestación diferente en concepto de equivalente y perjuicios (se produce, por tanto, un cambio respecto de la prestación contenida en el título). En cualquier caso, por medio de esta forma de ejecución se va a conseguir una cantidad de dinero y por eso y por las características propias del dinero, normalmente la doctrina entiende que esta forma de ejecución es la adecuada cuando la sentencia condena directamente a una obligación pecuniaria, cuando se trataba según la LEC de 1881 de liquidar una condena ilíquida procedente de rentas, utilidades o de la reducción a metálico de una determinada cantidad de frutos en especie y cuando la condena no pecuniaria deviene imposible.

---

Estudios Políticos, Madrid, 1986, 3ª ed., págs. 194 y ss.

<sup>39</sup> Señala MANDRIOLI, C. (*L'esecuzione forzata in forma specifica, premesse e nozioni generali*, Giuffrè editore, Milano, 1953, págs. 12-14) los dos presupuestos para poder hablar de ejecución específica: “che, in primo luogo, la soddisfazione possa avvenire in via immediata; e che, in secondo luogo, essa faccia conseguire al titolare l'identico interesse sacrificato dalla violazione. Per quanto riguarda il primo requisito, basti rilevare che il bene conseguito è idoneo alla soddisfazione immediata quando non deve più subire alcuna trasformazione oggettiva dopo el suo conseguimento, ma può essere, nella sua stessa identità, destinato alla soddisfazione dell'interesse; per quanto riguarda il secondo requisito, occorre distinguere se l'interesse tutelato dal diritto violato avesse riferimento ad un bene nella sua identità (obbligazione di fare *intuitu personae*, di dare cosa certa e determinata per sue caratteristiche esclusive) oppure ad un bene assunto genericamente o in considerazione della sua utilità generica. Nel primo caso (bene infungibile) l'identico interesse sarà soddisfatto solo facendo conseguire al titolare l'identico bene; nel secondo caso l'identico interesse sarà soddisfatto anche facendo conseguire al titolare un bene equivalente”. Por su parte, para SATTI, S (*Derecho procesal civil II. El proceso de ejecución y los procedimientos especiales*, (trad. Sentís Melendo) Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pág. 6) “la ejecución específica no es otra cosa que la forma natural del ejercicio del derecho; y decimos

Partiendo de lo dicho creemos, sin embargo, que es necesario hacer las siguientes precisiones:

1. Tanto las obligaciones específicas como las genéricas pueden (o deben, en primer lugar) ejecutarse en forma específica, es decir, *in natura* puesto que tanto mediante la ejecución de obligaciones específicas como, también, mediante la ejecución de obligaciones genéricas es posible obtener la exacta (la misma) prestación debida, satisfaciendo el concreto interés del acreedor<sup>40</sup>.

Y, también, ambos tipos de obligaciones pueden ejecutarse en forma genérica (cuando sea imposible la ejecución específica), cosa verdaderamente más difícil en el caso de las obligaciones genéricas, aunque no imposible<sup>41</sup>.

---

natural porque es evidente que nadie, ni siquiera el propietario, puede invadir sin ministerio de justicia la esfera jurídica ajena, ni aun para apoderarse de la cosa propia”.

<sup>40</sup> En cambio, para SATTA (*Derecho procesal civil...*, cit., págs. 151 y ss. y ampliamente en *L'esecuzione forzata*, en Trattato di Diritto civile, a cargo de Vassalli, Torino, 1963, principalmente págs. 261 y ss.) cuando se trata de la entrega de cosas, de hacer o de no hacer algo no cabe hablar de ejecución específica (ni siquiera de ejecución). “El término usado por el Código de Procedimiento civil corresponde al de ejecución específica usado por el Código civil. En este último código el legislador..., ha querido dictar algunas normas generales, paralelas a las de la ejecución forzada de los créditos, que en el viejo código se encontraban... En realidad el legislador habla de obligación de entregar o librar y de obligación de hacer o de no hacer, como si en la base de la ejecución específica hubiese, paralelamente a la expropiación, una relación obligatoria. Se trata, en cambio, de cosas absolutamente diversas... Aquí no podemos tratar *ex professo* el ámbito de aplicación de la ejecución en forma específica. Ésta es posible solamente allí donde se trate no de ejecutar una relación obligatoria..., sino de tutelar un derecho o una situación que se afirme sobre la cosa... Esta obligaciones pueden dar lugar a resarcimiento del daño no a otra cosa... Donde haya un hacer o un no hacer objeto de mera obligación se debe considerar excluida la ejecución específica”. Sin embargo para MICHELI, G.A. (*Derecho procesal civil, III*, (trad. Sentís Melendo) Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970, principalmente págs. 336 a 379) tanto la ejecución por obligaciones de hacer, como de no hacer como de entregar pueden ejecutarse en forma específica. Únicamente no es posible obtener la ejecución específica “de la obligación de entregar una cosa determinada sólo en cuanto al género” y cuando se trate de una obligación de hacer infungible.

<sup>41</sup> Por ejemplo, en el caso de condena a la entrega de cosas genéricas, si el ejecutante manifiesta que la adquisición tardía de las cosas genéricas no satisface ya su interés legítimo, el tribunal determinará el equivalente pecuniario, con los daños y perjuicios que se le hubieran causado al ejecutante, que se liquidarán según lo que establecen los artículos 712 y siguientes LEC (art. 702.2 LEC).



Observamos, por tanto, que no existe correspondencia ni entre ejecución específica-obligación específica ni entre ejecución genérica-obligación genérica.

2. Nos encontramos ante imprecisiones terminológicas. Si partimos de una clasificación de la ejecución *por el resultado* (que es la que nosotros seguimos), ejecución específica es aquella mediante la que se obtiene la misma prestación debida, y la genérica es la que proporciona al acreedor una cantidad de dinero en concepto de equivalente y perjuicios. Consecuentemente entendemos que cuando la sentencia condena directamente a la entrega de una cantidad de dinero y mediante la ejecución se consigue esa cantidad de dinero, dicha ejecución, a pesar de tener por objeto una prestación pecuniaria, será específica puesto que esa cantidad de dinero es el objeto inicial de la obligación. En este sentido se ha pronunciado gran parte de la doctrina<sup>42</sup>. Sin embargo, no lo entiende así TAPIA FERNÁNDEZ<sup>43</sup> quien considera que si la sentencia condena directamente a la entrega de una cantidad de dinero y para hacerla efectiva se sigue el procedimiento expropiatorio, la ejecución es genérica no específica.

Por el contrario, si clasificamos la ejecución *por su objeto*, entendemos que ejecución genérica es aquella cuyo objeto es una prestación pecuniaria, ya sea porque la sentencia condena directamente a la entrega de una cantidad de dinero

---

Por otro lado, y aunque la ley no recoge este supuesto expresamente, cuando haya una inexistencia o agotamiento temporal en el mercado de la cosa genérica y no se consiga por ningún medio que el deudor entregue la(s) que él tiene, también se producirá la transformación de la ejecución específica en genérica.

<sup>42</sup> Entre otros, RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, cit., págs. 1002-1003. MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, (3ª ed.), II, *Proceso civil*, 2º, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 72, con ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J.L., y MONTÓN REDONDO, A.

<sup>43</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas...*, cit., pág. 55. Por su parte afirma DENTI, V. (*L'esecuzione forzata in forma specifica*, Giuffrè editore, Milano, 1953, pág. 22) "dal punto di vista processuale, il termine specifica non può avere che un senso relativo, ossia designare una forma particolare o speciale di esecuzione, distinta dalla espropriazione".

ya porque la condena inicialmente no pecuniaria ha sido incumplida, y específica aquella cuyo objeto es un hacer, no hacer o dar cosa diferente al dinero.

En los casos en que hablemos de la ejecución refiriéndonos a su objeto, sería conveniente usar otra terminología como, por ejemplo, ejecución de condenas pecuniarias y ejecución de condenas no pecuniarias<sup>44</sup>, a fin de evitar confusiones. Llegados a este punto se puede ya observar que ejecución genérica y ejecución pecuniaria no son denominaciones equivalentes.

3. Por nuestra parte, entendemos que la ejecución específica es aquella que satisface el interés concreto del acreedor obteniendo éste la misma prestación que le es debida y, por tanto, sería específica la ejecución de obligaciones de dar (tanto una concreta cantidad de dinero como una cosa –específica o genérica- diferente al dinero), de hacer y de no hacer cuando se obtiene lo mismo que es debido. Ejecución genérica es la llamada ejecución por equivalente o ejecución que sustituye a la específica (que se concreta en el equivalente pecuniario de la prestación más los daños y perjuicios que se le hayan causado al ejecutante), puesto que con ella se obtiene una prestación distinta a la inicialmente debida; prestación que se concreta en una cantidad de dinero.

---

<sup>44</sup> En este mismo sentido, entiende MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, R. (*Reflexiones sobre la responsabilidad patrimonial universal y la ejecución por deudas: naturaleza sustantiva y actuación procesal de la responsabilidad ex artículo 1.911 del Código Civil*, Revista de Derecho Procesal, 1998, n.º. 3, pág. 648, nota al pie n.º. 44) que “si la obligación es dineraria, la ejecución pecuniaria de esa obligación es una ejecución específica –satisface el interés específico del acreedor- y calificarla como genérica por su objeto sólo puede dar lugar a malentendidos. Por eso, si se quiere hacer alguna clasificación de la ejecución por su objeto, pienso que la terminología adecuada es la que distingue entre ejecución pecuniaria y no pecuniaria”.

Por su parte GUASP DELGADO, (*Derecho procesal...*, cit., págs. 194 y ss.) utiliza la siguiente terminología: ejecuciones expropiativa, satisfactiva y transformativa. La primera se refiere a la ejecución cuyo objeto es la entrega de una cantidad de dinero, la satisfactiva es aquella que tiende a la entrega de cosa específica y, por último la transformativa es la relativa a la ejecución de condenas de hacer o no hacer. Esta nomenclatura ha sido ampliamente

haber existido incumplimiento; la ejecución genérica no es perfectamente equivalente<sup>45</sup>.

En conclusión, cuando hablamos de ejecución pecuniaria nos referimos a la ejecución de condenas a entregar una cantidad de dinero, a la vía de apremio. El término ejecución genérica lo reservamos para cuando hablamos de ejecución pecuniaria en concepto de equivalente y/o perjuicios.

Partiendo de esto y a efectos de evitar confusiones, entendemos preferible denominar a la ejecución específica, "ejecución *in natura*" o "ejecución en sus propios términos" (o ejecución conforme al título, en términos procesales), y a la ejecución sustitutiva de la *in natura*, "ejecución genérica" o "ejecución por equivalente".

#### *D) La prioridad de la ejecución en forma específica.*

Nos hemos referido ya a lo inútil que resulta la declaración del derecho por el juez si no es posible, en los casos en que sea necesario, hacer realidad lo declarado. Como decíamos, en ocasiones, es el propio deudor el que voluntariamente cumple el contenido de la condena pero, sin embargo, la falta de sometimiento del deudor a la misma no debe sino suponer la actuación del órgano jurisdiccional en sustitución del comportamiento del deudor, para conseguir que lo declarado no se quede únicamente en eso, en "mera declaración". En este sentido, el artículo 118 de nuestra norma fundamental<sup>46</sup> establece que "*es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de Juzgados y Tribunales*".

---

criticada por FAIRÉN GUILLÉN, V. (*La Sistematización de la ejecución forzosa española*, en "Temas del Ordenamiento Procesal", tomo II, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 886 a 889).

<sup>45</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El proceso...*, cit. pág. 141.

<sup>46</sup> Para RAMOS MÉNDEZ (*La eficacia...*, cit., pág. 109) esta norma puede calificarse de sorprendente por tautológica. "Aunque no existiera este precepto, ¿qué sentido tendría la

Además, si queremos que la tutela judicial sea verdaderamente efectiva, cumpliendo así con lo proclamado en el artículo 24.1 de la CE, la actividad del órgano jurisdiccional deberá proporcionar al acreedor, en la medida de lo posible, la misma prestación que le era debida. O dicho de forma negativa, la tutela judicial será inefectiva si lo ejecutado no se corresponde con lo ordenado en la condena.

El orden lógico entre la ejecución específica y la genérica está claro: aquella es prioritaria, teniendo ésta carácter subsidiario<sup>47</sup>. El punto de inflexión entre una y otra formas de ejecución se encuentra en la imposibilidad de realización exacta de la prestación. Esta afirmación fue expresamente confirmada por el artículo 18.2 LOPJ: "*Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno*"<sup>48</sup> ...".

---

actividad jurisdiccional si sus resoluciones fuesen ignoradas? La Constitución ha querido recalcar esta consecuencia inmanente a la vía procesal, porque sin duda pensaba también en lo que ocurre en la experiencia práctica. Si existe laxitud en el proceso de declaración, la ejecución no le va a la zaga. Tal vez por esta razón, la Constitución quiso conjurar el peligro, recalcando algo que era obvio".

<sup>47</sup> Véase MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata...*, cit., págs. 1-15.

<sup>48</sup> Para OCHOA MONZÓ, V., (*La localización de bienes en el embargo*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 139) este precepto no es muy esperanzador puesto que, si bien en un primer momento "parece abrir una puerta para contrarrestar los efectos del incumplimiento, al obligar al juez a adoptar las medidas que sean necesarias para conseguirlo, seguidamente, sin más, dispone que ante la imposibilidad de aquel cumplimiento se decrete la indemnización que corresponda" y entiende que "se hace especialmente útil la existencia de obligaciones procesales dotadas de firme y eficaces sanciones".

Sin embargo, en la práctica, con la vigencia de la LEC de 1881<sup>49</sup> las cosas no estaban tan claras, produciéndose, en (muchas) ocasiones, la inversión de dicho orden. De ahí que la doctrina se manifestara en el sentido de que era necesario crear los mecanismos necesarios (si es que no existían ya) para lograr el fin perseguido aun sin la colaboración del deudor, puesto que si es posible imponer por la fuerza el cumplimiento por equivalente ¿por qué no se va a poder imponer coactivamente la ejecución específica de la prestación?

Por ejemplo, TAPIA FERNÁNDEZ<sup>50</sup> entendía que "el grado de perfeccionamiento en la elaboración de la ejecución forzosa 'in specie' es un índice de la madurez jurídica y social de un pueblo". FERNÁNDEZ LÓPEZ<sup>51</sup>, consideraba que "para evitar la siempre latente y muy humana tentación de 'autotutela' el Estado debe poner a disposición del acreedor cuantos mecanismos sean precisos para que efectivamente ingresen en su patrimonio los bienes que en él estarían si el deudor hubiera cumplido". PUIG BRUTAU<sup>52</sup>, estimaba que "el ideal de la reacción del Derecho ante el incumplimiento debería ser proporcionar al acreedor el mismo resultado".

El legislador se ha hecho eco de lo que la doctrina venía considerando y ahora ya no cabe ninguna duda sobre cuál sea el orden de prelación entre la ejecución específica y la genérica; sobra con observar el artículo 699 de la LEC: *"Cuando el título ejecutivo contuviere condena u obligación de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero, en el auto por el que se*

---

<sup>49</sup> La LEC de 1881 se inclinaba manifiestamente por la indemnización pecuniaria pero la publicación primero de la Constitución y, después, de la LOPJ supuso la derogación o superación de dicha inclinación, siendo desde entonces necesario intentar en primer lugar la ejecución en forma específica. Sin embargo, en la práctica se seguía desconociendo esta realidad.

<sup>50</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas...*, cit., pág. 57.

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit, pág. 21.

<sup>52</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, I, vol. II, cit., pág. 441.

*despache ejecución se requerirá al ejecutado para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo”.*

Pero no sólo el artículo 699 LEC, primera de las disposiciones relativas a la ejecución no pecuniaria, sino también los preceptos siguientes (arts. 701 a 710) muestran la necesidad de ejecutar en forma específica.

#### **IV. El derecho a la tutela judicial efectiva y la ejecución en forma específica: jurisprudencia constitucional.**

Si la titularidad de la potestad de ejecución corresponde a los propios órganos judiciales como manifestación típica de la potestad jurisdiccional conferida por la Constitución en el artículo 117.3<sup>53</sup>, la tutela judicial efectiva emerge como contrapunto de dicha potestad, como la otra cara de la misma moneda<sup>54</sup>.

El Tribunal Constitucional ha sido el motor de la transición jurídica que se está llevando a cabo en nuestro país de un ordenamiento jurídico preconstitucional, todavía en gran parte vigente, a otro plenamente constitucional; transición que sin la existencia del TC hubiera sido mucho más larga y problemática<sup>55</sup>. El TC<sup>56</sup>, a través de los recursos de amparo que se le han ido

---

<sup>53</sup> STC 167/1987, de 28 de octubre.

<sup>54</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *Derecho a la tutela judicial efectiva y ejecución singular*, en Cuadernos de Derecho Judicial, “Ejecución de sentencias civiles”, CGPJ, Madrid, 1992, pág. 18.

<sup>55</sup> CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva, derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 4.

<sup>56</sup> Para un análisis más detallado de la jurisprudencia pueden verse: FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. T., *La ejecución de sentencias en sus propios términos y el cumplimiento por equivalente*, Jurisprudencia práctica, Tecnos, Madrid, 1996, GARCÍA PONS, E., *Ejecución de sentencia (El derecho a la ejecución de sentencia como manifestación*

planteando, ha configurado el derecho establecido en el artículo 24.1 CE: "*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*".

*A) Tutela judicial efectiva y ejecución.*

El derecho a la tutela judicial efectiva (establecido en el art. 24.1 CE) que, "como columna vertebral atraviesa y sustenta toda la actividad jurisdiccional"<sup>57</sup> es, tal y como ha reconocido el TC, un derecho subjetivo de contenido complejo: el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a acceder a la jurisdicción, a ser oído, a proponer y practicar prueba, a obtener una resolución fundada en Derecho que verse sobre las pretensiones planteadas en juicio, el acceso a los recursos legalmente establecidos y el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (y también las ejecutables provisionalmente).

Limitándonos a la ejecución y a modo de ejemplo la STC 67/1984, de 7 de junio, establece que "este derecho comprende el de obtener la ejecución de las Sentencias, naturalmente dejando a salvo el caso de las meramente declarativas, pues lo contrario sería convertir las decisiones judiciales en meras declaraciones de intenciones. El 24.1 de la Constitución viene así a configurar como un derecho fundamental de carácter subjetivo. El desarrollo y regulación de este derecho fundamental, que vincula a todos los Poderes Públicos, corresponde al legislador,

---

*prestacional de contenido fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva según la doctrina del Tribunal Constitucional*), PPU, Barcelona, 1995 y BUJOSA VADELL, L.M., *Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional*, en *La Ley*, martes 30 de marzo de 1999, año XX, n.º. 4765, con RODRÍGUEZ GARCÍA, N.

<sup>57</sup> SAP de Vizcaya de 20 de abril de 1993 [El Derecho 93/12156].

el cual deberá respetar su contenido esencial..." y, continua diciendo (STC 113/1989, de 22 de junio), "...cuando el legislador imponga requisitos o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental éste resultará vulnerado si la limitación carece de justificación constitucional o resulta excesiva y desproporcionada a la finalidad perseguida".

La STC 67/1984, de 7 de junio, pone de manifiesto dos puntos importantes:

1. La ejecución forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva.
2. Tiene naturaleza de derecho fundamental<sup>58</sup>.

El derecho a la ejecución es un derecho de ambas partes, "la ejecución ha de consistir precisamente en lo establecido y previsto en el fallo y constituye, junto al derecho del favorecido a exigir su cumplimiento total e inalterado, el del condenado a que no se desvirtúe, se amplíe o se sustituya por otro" (STC 219/1994, de 18 de agosto).

El derecho a la ejecución implica que el órgano jurisdiccional que dictó la resolución adopte las medidas oportunas para el efectivo cumplimiento de la misma, lo que supone remover no sólo los obstáculos iniciales a la ejecución, sino, también, los posteriores. Y es que la remoción de obstáculos, tanto iniciales como posteriores a la ejecución, no puede obligar a la parte a instar un nuevo procedimiento, sino que ésta tiene el derecho constitucional a que se resuelva en un incidente de ejecución, siempre, claro está, que no se trate de cuestiones nuevas no relacionadas con la propia ejecución<sup>59</sup>. Si tales medidas oportunas "no

---

<sup>58</sup> Entiende OCHOA MONZÓ (*La localización...*, cit., págs. 111-112) que no es suficiente con reconocer a la ejecución el carácter de derecho fundamental si posteriormente no se crean mecanismos que lo protejan.

<sup>59</sup> CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial...*, cit., pág. 307). Véase también la STC 28/1989, de 28 de febrero.



se adoptan con la intensidad necesaria, y legalmente posible, para remover la obstaculización producida, el órgano judicial vulnera el derecho fundamental a la ejecución de sentencias” (STC 67/1984, de 7 de junio). De todas formas, “no todo vicio procesal incide en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Pero cuando el vicio consiste en incumplimiento de una garantía elemental, es preciso reconocer que la resolución judicial ha violado el derecho fundamental alegado” (STC 69/1983, de 26 de julio).

Por otro lado, la ejecución deberá realizarse sin dilaciones indebidas. La tutela judicial efectiva resulta vulnerada “...si el órgano judicial incurre en retrasos injustificados en la adopción de las medidas necesarias para la pronta ejecución de la sentencia ya dictada” (STC 313/1993, de 30 de noviembre). De todas formas, la duración del proceso o de alguna de sus fases más allá de lo que en términos razonables quepa esperar, requiere además, para ser calificada de indebida, que carezca de una justificación suficiente para que las partes procesales que no contribuyeron a producirla la hayan de soportar, y que resulte objetivamente de la actuación del órgano jurisdiccional<sup>60</sup>.

¿Es posible denegar la ejecución? La tutela judicial conlleva varias exigencias, “la primera de ellas, que la pretensión formulada ante el juez competente al efecto reciba una respuesta no sólo en primera instancia, sino también en los demás grados procesales... En tal sentido hemos dicho muchas

---

<sup>60</sup> STC 28/1983. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no consiste en un mero incumplimiento de los plazos procesales, sino que se trata de un concepto indeterminado, que debe ser concretado en cada caso, atendiendo, entre otros extremos, a las circunstancias del proceso, su complejidad objetiva, la duración normal de procesos similares, la actuación procesal del órgano judicial en el supuesto concreto y la conducta del recurrente, al que es exigible una actitud diligente y la invocación en el proceso de las supuestas dilaciones al efecto de que los órganos judiciales tengan oportunidad de subsanarlas (STC 224/1991). En definitiva, la determinación de este concepto jurídico indeterminado ha de ser realizada en cada caso, atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico (Cfr.

veces..., que una vez diseñado el sistema de recursos por las leyes de enjuiciamiento de cada sector jurisdiccional, el derecho a su utilización tal y como se regula en ellas pasa a formar parte del contenido de la tutela judicial y, por tanto, ésta puede resultar menoscabada si se impide el acceso a las diversas instancias ‘con obstáculos indebidos o por denegación injustificada, no explicada o debida a un error imputable al órgano judicial’... La última fase de este itinerario es, como exigencia inherente a la efectividad, que las resoluciones se cumplan y en tal sentido la obligatoriedad de las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales (art. 118 CE), impuestas a todos como tal deber...” (STC 105/1994, de 11 de abril). Por tanto, la tutela judicial podría quedar vulnerada si se impidiera el acceso a la ejecución.

A pesar de lo dicho, sí es posible denegar la ejecución, si bien “una decisión de inejecución habrá de apoyarse en la concurrencia de una causa prevista por una norma legal, pero interpretada, a su vez, en el sentido más favorable a tal ejecución” (STC 33/1987, de 12 de marzo), porque al “derecho a la ejecución de sentencias le es aplicable también el principio *pro actione* que inspira otras manifestaciones del artículo 24.1 CE” (STC 151/1993, de 28 de mayo). “La denegación de la ejecución no puede ser arbitraria ni irrazonable ni proceder de una interpretación restrictiva del derecho fundamental” (SSTC 155/1985, 33/1986 y 92/1988)<sup>61</sup>.

“No le incumbe a este Tribunal, en su limitada facultad revisora, determinar la existencia o inexistencia de los *hechos* que se subsumen en la norma y en virtud de los cuales se acuerda la inejecución, pero partiendo de los hechos

---

SOLCHAGA LOITEGUI, *Derecho a la tutela...*, cit., pág. 29 y BUJOSA VADELL y RODRÍGUEZ GARCÍA, *Algunos apuntes sobre el derecho...*, cit., pág. 3).

<sup>61</sup> En FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, *La ejecución de sentencias...*, cit., págs. 26-27.

resultantes de las actuaciones judiciales, puede examinar la calificación jurídica que de ellas hace el órgano judicial” (STC 33/1987, de 12 de marzo).

De todas formas, “el derecho a la tutela judicial no puede ser obstáculo para que, cuando efectivamente se trate de una Sentencia meramente declarativa, el órgano judicial correspondiente utilice aquella causa genérica para denegar una eventual petición de ejecución, pues en tal caso una decisión de ese tenor estaría plenamente justificada. Pero en un supuesto al que no resulta aplicable esta causa, la denegación de la ejecución de una Sentencia que incluye un inequívoco pronunciamiento de condena carece de justificación y ha de considerarse contraria, en consecuencia, al derecho a la ejecución protegido por el art. 24.1 CE” (STC 92/1988, de 23 de mayo).

*B) ¿Incluye el derecho a la tutela judicial efectiva la ejecución en sus propios términos?*

*a) Introducción.*

Si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran unánimes a la hora de reconocer la inclusión del derecho a la ejecución dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, las cosas no parecen (o no parecían con la LEC de 1881) tan claras cuando se trata de determinar si el derecho a la ejecución específica forma parte o no de aquel derecho fundamental.

A pesar de que la ley es clara (véanse los arts. 118 CE, 923 LEC de 1881 y, especialmente, el art. 18.2 LOPJ), la doctrina se mostraba dividida<sup>62</sup> y la

---

<sup>62</sup> Compartía MORENO CATENA (*Derecho procesal civil*, Colex, Madrid, 1997, 2ª ed., págs. 442 y ss.) la posición jurisprudencial (que seguidamente analizamos) y sostenía que el sistema de conversión prácticamente automática de la ejecución específica por una ejecución

jurisprudencia no aclaraba demasiado la cuestión, puesto que mientras que, en ocasiones, establece expresamente que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos, otras veces entiende no incluidas en dicho derecho fundamental las diversas formas de ejecución.

La promulgación de la LEC de 2000, muy clara respecto a esta cuestión, unirá, sin duda, a doctrina y jurisprudencia respecto a la inclusión de la ejecución *in natura* dentro del derecho proclamado por el artículo 24.1 de nuestra norma fundamental, de modo que sólo podrá admitirse la ejecución por equivalente en caso de imposibilidad (o cuando fracasen las medidas coercitivas legalmente previstas).

*b) El derecho a la tutela judicial efectiva no incluye la ejecución en sus propios términos.*

La STC 58/1983, de 29 de junio, entendió que "el derecho del artículo 24 se concreta en que el fallo judicial pronunciado se cumpla (...) pero, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no alcanza a cubrir las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de una sentencia. Tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación. Desde este punto de vista, en la Ley de Enjuiciamiento Civil las condenas de hacer y de no hacer, artículos 919 y ss., pueden transformarse, en trámite de ejecución de

---

de pago de dinero "no supone vulneración ni quebranto alguno del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de los juzgados y tribunales", mientras que, entre otros, MONTERO

sentencia, en prestaciones de cantidades pecuniarias, sin que pueda decirse que de esta manera se viole la Constitución. Ello podrá llegar a ser incluso ilegal, más por sí solo no genera violación del artículo 24.1".

Más recientemente, pero también en esta línea, la STC 194/1991, de 17 de octubre<sup>63</sup>, considera que "el artículo 24.1 CE comprende el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos sin el cual carecerían precisamente de efectividad las resoluciones judiciales; que, no obstante ese principio general, hay casos en los que, en trámite de ejecución de sentencia, la transformación de una condena establecida en su parte dispositiva por su equivalente pecuniario, podrá ser más o menos acertada en el plano de la legalidad ordinaria, o si se quiere, contrario a la misma, pero ello, por sí solo, no vulnera el derecho fundamental recogido en el artículo 24.1 CE (...) y, en definitiva, que tan constitucional es una ejecución de sentencia que cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo como una ejecución en la cual, por razones atendibles<sup>64</sup>, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario". "Tal sustitución ha de realizarse por los cauces legalmente previstos, de manera que no suponga una alteración del fallo contraria a la seguridad jurídica" (STC 149/1989, de 22 de septiembre).

En conclusión, el TC considera que la transformación de la condena en el equivalente pecuniario en fase de ejecución no es inconstitucional cuando es consecuencia de *razones atendibles*. El problema es que "razones atendibles" puede ser utilizado como un saco sin fondo ya que "corresponde al órgano

---

AROCA (*Derecho jurisdiccional...*, II, (3ª ed.), cit., pág. 76) consideraba que el Tribunal Constitucional "se ha mostrado excesivamente conservador".

<sup>63</sup> También, entre otras, las SSTC 18/1997, de 10 de febrero y 240/1998, de 15 de diciembre.

<sup>64</sup> El TC ha entendido por razones atendibles, por ejemplo, el abuso de derecho que se produce en determinados supuestos y que supone la transformación de la obligación de entrega de una finca por una indemnización (STC 194/1991, de 17 de octubre).

jurisdiccional (...) la determinación y ponderación de las circunstancias y razones atendibles que puedan justificar” la sustitución de la ejecución *in natura* por el equivalente pecuniario (STC 3/1998, de 12 de enero).

Verdaderamente la naturaleza de derecho de prestación que caracteriza a este derecho fundamental conlleva que las "concretas condiciones de ejercicio corresponde establecerlas al legislador y ello hace indudable que el derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales firmes viene sometido a los requisitos y limitaciones formales y materiales que disponga la legislación" (STC 113/1989, de 22 de junio), por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva, no es un derecho de libertad incondicionado y absoluto ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución (STC 190/1991, de 14 de octubre).

*c) El derecho a la tutela judicial efectiva sí incluye la ejecución en sus propios términos.*

En otras ocasiones, el TC se ha contradicho afirmando (STC 167/1987, de 28 de octubre<sup>65</sup>) que "... es doctrina consolidada del TC que la ejecución de las Sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna". Igualmente ha considerado (STC 104/1994, de 11 de abril) que si no se tuviera derecho a la ejecución específica "la tutela de los derechos e intereses legítimos de los que obtuvieron una resolución favorable no sería efectiva". Por otro lado la STC 119/1988, de 20 de junio, entiende que la

"inmodificabilidad de las sentencias firmes integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva".

La ejecución en sus propios términos "comprende asimismo el que, cuando para hacer ejecutar lo juzgado, el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un ente público, éste ha de llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerlo así el artículo 118 de la Constitución; y cuando tal obstaculización se produzca, el juez ha de adoptar las medidas necesarias para su ejecución" (STC 149/1989, de 22 de septiembre).

¿Qué medidas deben adoptarse? No sólo las necesarias para que el pronunciamiento judicial se cumpla sino también, las que sean necesarias "para impedir lo que expresivamente el TS ha calificado como 'la insinceridad de la desobediencia disimulada' por parte de los órganos administrativos (STS, Sala quinta, de 21 de junio de 1977), que se traduce en cumplimiento defectuoso o puramente aparente, o en formas de inejecución indirecta, como son, entre otras, la modificación de los términos estrictos de la ejecutoria, la reproducción total o parcial del acto anulado o la emisión de otros actos de contenido incompatible con la plena eficacia del fallo" (STC 167/1987, de 28 de octubre).

Las medidas serán libremente elegidas por el órgano encargado de la ejecución de entre las previstas por el Ordenamiento Jurídico (STC 28/1989, de 6 de febrero), porque es a los tribunales a quienes corresponde velar por el cumplimiento de las resoluciones en sus propios términos (STC 104/1994, de 11 de abril). "Tales medidas han de adoptarse sin que se produzcan dilaciones indebidas, pues de otra forma se vulneraría el artículo 24.2 CE que si bien no se confunde con el derecho a la ejecución de las sentencias del artículo 24.1, se

---

<sup>65</sup> Pueden verse también, entre otras, las SSTC 40/1994, de 15 de febrero y 1/1997, de 13 de

encuentra en íntima relación con el mismo...” (STC 149/1989, de 22 de septiembre).

En conclusión, la tutela judicial para que sea efectiva<sup>66</sup>, es decir, real, verdadera, ha de incluir la ejecución en sus propios términos siempre que ésta sea posible. Por causa de imposibilidad, ya sea física o jurídica, esta forma de ejecución será sustituida por la ejecución genérica o por equivalente, siendo ésta en ese supuesto respetuosa con el artículo 24.1 CE y, por tanto, constitucional. Creemos además que las *razones atendibles* a que alude el Tribunal Constitucional deberían referirse únicamente los supuestos de imposibilidad. Siendo posible la ejecución de la condena en sus propios términos, pensamos que, la ejecución genérica o por equivalente es, o debería ser, inconstitucional<sup>67</sup>.

Pero, además, no debemos olvidar (aunque en ocasiones sí se ha olvidado) que el derecho a que las sentencias se cumplan en sus propios términos es un derecho no sólo del ejecutante sino también del ejecutado. En consecuencia, o será posible en ejecución resolver sobre cuestiones no abordadas ni decididas en el

---

enero.

<sup>66</sup> Resultan muy interesantes las observaciones que, respecto al significado de la efectividad en el ámbito procesal, realiza BELTRÁN DE FELIPE, M. (*El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, 1995, págs. 235 y ss). Como el autor señala, “efectividad de la tutela judicial significa entonces materialización, realización o satisfacción en la práctica de la pretensión del actor. A decir verdad protección judicial (o incluso jurisdicción o proceso) deberían equivaler *per se* a efectividad: ¿una jurisdicción que no sea efectiva es realmente jurisdicción?, ¿Alcanza sus fines de hacer justicia?, ¿Son disociales los términos justicia y efectividad o realidad? (...) Lo que la Constitución exige de la protección jurisdiccional de los derechos e intereses de los ciudadanos es que no sea quimérica, dudosa o nominal”.

<sup>67</sup> Si siendo posible la ejecución en sus propios términos se ejecuta por equivalente “se está revisando una resolución firme..., por razones de fondo, que no encuentra su amparo en una competencia y un procedimiento legalmente establecido; y no sólo porque falta la motivación en este sentido, sino porque el artículo 110.2 LJCA impone a los jueces que adopten las medidas que consideren procedentes para el cumplimiento de lo mandado, y no para cambiarlo” (STC 67/1984, de 11 de julio).



fallo, no con las que éste no guarde una inmediata relación de causalidad. No se puede, en definitiva, alterar lo que fueron los términos del debate<sup>68</sup>.

## V. Clasificación de las obligaciones.

### A) Introducción.

El objeto de la ejecución o pretensión<sup>69</sup> es la petición fundada que se hace a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de la vida<sup>70</sup>. La petición de la pretensión tiene un objeto doble: el objeto inmediato y el objeto mediato. El objeto inmediato es la realización de la actividad jurisdiccional y el mediato (del proceso de ejecución no pecuniaria) hace referencia a aquello concreto, establecido en el título (en la sentencia) respecto a lo que se pide tutela, es decir, objeto mediato sería el dar la cosa distinta a dinero, el hacer o el no hacer concreto a que se condena en la sentencia<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, *Derecho a la tutela...*, cit., pág. 33.

<sup>69</sup> Como ha afirmado GUASP, aunque lo afirmó respecto del proceso de declaración, (*La pretensión procesal*, Cuadernos civitas, Civitas, Madrid, 1981, principalmente en las páginas 57 a 66) de la noción de objeto del proceso responde muy adecuadamente el concepto de pretensión procesal. En el mismo sentido y también respecto del proceso de declaración, ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, Aranzadi editorial, Navarra, 2000, pág. 254, con JUAN SÁNCHEZ, R., BONET NAVARRO, J., BELLIDO PENADES, R., CUCARELLA GALIANA, L.A., MARTÍN PASTOR, J.

<sup>70</sup> MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 514.

<sup>71</sup> En cambio, siguiendo al profesor Carreras entiende FERNÁNDEZ LÓPEZ (*El proceso...*, cit., págs. 111 y ss. y *Derecho procesal...*, cit., págs. 77 y ss) el objeto de la ejecución singular es el patrimonio del deudor aunque, al menos en principio, no todo su patrimonio sino unos bienes concretos, por ejemplo, si se trata de una condena pecuniaria, los bienes concretos que han sido embargados. "Cuales resulten ser los concretos bienes que sean objeto de una cierta ejecución depende tanto de la naturaleza y clase de la responsabilidad contenida en el título ejecutivo como de la concreta composición del patrimonio del ejecutado". Respecto de la ejecución no pecuniaria considera que "objeto inmediato de la ejecución son sólo alguno o algunos bienes concretos del ejecutado (el que deba entregarse, o lo que deba restituirse, etc.); y la totalidad de su patrimonio es sólo objeto mediato de la ejecución, para el caso de que

Siendo esto así es necesario que concretemos (delimitemos) el contenido de dichas obligaciones para saber exactamente qué es lo que se va a ejecutar. El objeto queda delimitado por el título aunque es necesario precisar que el ejecutante puede solicitar menos de lo que le concede el título pero nunca más ni algo diferente: “Si el juez no pudo sentenciar por más de lo pedido, ni por menos, el mismo principio debe regir para la ejecución de la voluntad declarada de forma expresa, positiva y precisa. Lo que se ejecuta es la sentencia (anterior). Ella es condición y límite<sup>72</sup>”.

*B) La obligación.*

*a) Concepto y objeto.*

El Código Civil no establece una definición de la obligación<sup>73</sup>, no obstante, podemos definirla como la relación jurídica existente entre acreedor y deudor con base en la cual el acreedor (titular del derecho de crédito) puede exigir al deudor que cumpla la determinada prestación por él debida. Efecto

---

resulte imposible la ejecución de esa condena, y deba procederse a embargar bienes para hacer efectiva la responsabilidad sustitutoria de indemnizar daños y perjuicios”.

En todo caso, queremos resaltar que inicialmente el autor no distinguía (*El proceso...*, cit., pág. 112), en cuanto al objeto de la ejecución, si ésta era pecuniaria o no, considerando en todo caso como “objeto” el patrimonio del deudor (en su totalidad o bienes concretos, según se embargara todo el patrimonio del deudor o solamente una parte de él). Por nuestra parte entendemos que el patrimonio del deudor es el objeto del embargo, no de la ejecución.

<sup>72</sup> Son palabras de AYARRAGARAY, C. A., (*La congruencia en la ejecución de sentencia*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1964, pág. 12) quien de forma contundente añade (pág. 14): “El juez es un prisionero. Sólo conoce en la extensión pretendida por el actor. Sólo ejecuta en la medida concretada en la sentencia”.

<sup>73</sup> Según BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., (Cfr. *La obligación (concepto, estructura y fuentes)*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1989, pág. 34) porque el concepto se da por conocido o puede conocerse a través del estudio de la normativa que el CC dedica a las obligaciones.

esencial de la obligación es, por tanto, el derecho que engendra a su cumplimiento<sup>74</sup>.

La prestación constituye el objeto de la obligación, es la conducta o comportamiento que debe realizar el deudor para extinguirla (la obligación), consistente tal y como establece el artículo 1.088 CC, en dar, hacer o no hacer alguna cosa<sup>75</sup>. Entendemos imprescindible delimitar la prestación, es decir, determinar con precisión el comportamiento exacto que debe realizar el deudor porque solamente así, cuando éste realice una determinada actividad, sabremos si dicha actividad supone cumplimiento de la obligación, cumplimiento defectuoso (por no haber sido cumplida la obligación en toda su extensión o haberse realizado incorrectamente) o incumplimiento. Además “no se pueden imponer al contratante acusado de incumplidor más obligaciones que las previstas o las que razonablemente se deriven de sus actos en relación con el objeto, términos y sentido del contrato<sup>76</sup>”.

---

<sup>74</sup> De lo dicho podemos observar los dos componentes de la obligación: 1. La deuda o deber de realizar una prestación, recogido en el artículo 1.088 CC, y 2. La responsabilidad o sujeción al poder coactivo del acreedor, regulado en el artículo 1.911 también del CC.

<sup>75</sup> Entiende MORENO QUESADA, B. (*Problemática de las obligaciones de hacer*, en Revista de Derecho Privado, 1967, pág. 469) que la prestación constituye el objeto de la obligación pero que “a la caracterización de ésta cooperan dos factores: uno, constante, el comportamiento del deudor, que es el que forja el vínculo y, otro, variable y que, por tanto, puede no concurrir, que son las cosas. Por ello, cuando la obligación consiste en dar o entregar una cosa, la cosa en sí, aunque no integre ella sola el objeto, forma parte de él; luego la prestación, que siempre es conducta, puede estar o no referida a cosas”.

<sup>76</sup> STS de 24 de noviembre de 1981 [RA 4626]. La sentencia continua diciendo que “la condena a hacer no puede extenderse a más que lo que la propia sala admite como consecuencia del contrato (...); la sentencia impone al demandado la obligación de nivelar la finca, es decir, la de transformar, no de reponer, la superficie de la misma, superficie que no era llana según las fotografías muestran (...).

*b) Características.*

Para que la prestación sea válida deben concurrir en ella tres requisitos: posibilidad, licitud y determinación, es decir, la prestación ha de ser lícita, posible y estar determinada o ser determinable. Tradicionalmente se ha discutido en torno a si ese comportamiento del deudor, que constituye el objeto de la obligación, tiene que ser necesariamente, susceptible de valorarse económicamente. Me estoy refiriendo a la vieja polémica acerca de si la patrimonialidad es o no requisito de la prestación.

En Derecho romano, quizá debido a que el incumplimiento de la obligación sólo podía dar lugar a una condena pecuniaria, se exigía que la prestación tuviera un contenido patrimonial. Nuestro Código Civil no establece expresamente, en ningún precepto, que la patrimonialidad sea un requisito de la prestación y hoy, nadie duda que existen obligaciones en las que el interés del acreedor no tiene carácter patrimonial (ej. cuando tiene un interés moral); pero ¿puede de esto deducirse que la obligación puede no tener un contenido patrimonial? No vamos a entrar en las reflexiones que sobre el tema ha realizado la doctrina porque excede en mucho de nuestro objeto de estudio, únicamente queremos poner de manifiesto que, por lo general, se entiende que la obligación en su conjunto hay que calificarla de patrimonial<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> En este sentido puede verse, entre otros, BELTRÁN DE HEREDIA (*La obligación...*, cit., págs. 72-73) quien no ve inconveniente en que en el “campo de las obligaciones patrimoniales, una prestación, no susceptible de valoración económica, pueda constituir el objeto de la obligación” pero concluye que “a la obligación en su conjunto, en su unidad, hay que calificarla de patrimonial”. Igualmente CRISTÓBAL MONTÉS, A. (*¿Es la patrimonialidad requisito de la prestación?*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1990, pág. 48) considera que “la patrimonialidad de la prestación, esto es, la posibilidad de evaluar en dinero el comportamiento que ha comprometido el deudor, al margen de cualquier cuestión de cumplimiento, ejecución forzosa, resolución o indemnización del daño, constituye el único indicio seguro para determinar que nos hallamos en presencia de esa especial categoría de

Si la actividad realizada por el deudor no supone cumplimiento, es decir, incumplida la obligación establecida en el título ejecutivo por parte del deudor, el acreedor puede acudir al proceso de ejecución para ver satisfecho su interés. La actividad ejecutiva viene a sustituir a la conducta debida e incumplida por el ejecutado estando, en consecuencia, limitada la actividad del órgano jurisdiccional por los términos en los que el deudor debió actuar. Si esto es así, es decir, si la ejecución es sustitutiva de la prestación debida por el deudor, es

---

vínculos que proporcionan al sujeto un derecho de crédito. Sin esa referencia, existiría deber a cargo de alguien y derecho a favor de otro, pero no estaremos en el ámbito de las obligaciones”. Sin embargo, entre otros, HERNÁNDEZ GIL, A. (*El problema de la patrimonialidad de la prestación*, en Revista de Derecho Privado, 1960, págs. 276 y ss.) opina que “una prestación no susceptible de valoración económica o patrimonial, puede integrar perfectamente el objeto de la obligación y producir consecuencias jurídicas”, no constituye un escollo insalvable (aunque reconoce ser un poco problemático) “la dificultad o la limitación que ofrezca la ejecución forzosa”. Por supuesto, argumenta, sería posible la ejecución en forma específica (ejecución que, por otro lado, goza de preferencia). Respecto a la indemnización de daños y perjuicios, si ésta cumple una función de pena, sería correctamente procedente, “el problema queda adscrito estrictamente al supuesto de la indemnización como derecho del acreedor y con una finalidad de reparación. ¿Cómo una indemnización que, en último término es pecuniaria, va a reparar una lesión de orden extrapatrimonial?”. Entiende, para poder superar esta dificultad, que la indemnización no debe entenderse en sentido estricto, simplemente como entrega al acreedor del equivalente económico, puesto que no sería posible determinar el equivalente pecuniario de una prestación no pecuniaria, sino en sentido amplio, es decir, entender que la indemnización realiza una función sustitutiva, o sea, que pretende colocar en lugar de la prestación incumplida algo que lo sustituya. Por su parte, considera Díez-PICAZO (*Fundamentos...*, cit., págs. 85 y ss) que el problema ha sido mal enfocado ya que el requisito de la patrimonialidad ha de venir referido no a la prestación en particular sino a la obligación en general (como marco institucional que sirve de causa para la realización de los intereses de las partes). Concluye que la prestación puede, sin ningún género de dudas, ser extrapatrimonial pero que la obligación posee siempre, necesariamente, un carácter patrimonial. Si una prestación sin ningún alcance económico constituyera el contenido único de una obligación “nos encontraríamos en presencia de una figura jurídica distinta, pero no de una verdadera y propia obligación”. En la doctrina italiana nos dice BETTI, E. (*Teoría general de las obligaciones*, (trad. De Los Mozos J.L.) Revista de Derecho Privado, editorial Edersa, Madrid, 1969, pág. 52) que “la necesidad de que la prestación tenga carácter patrimonial puede claramente deducirse de los principios generales de nuestro ordenamiento y no sería ciertamente necesaria una explícita disposición de la ley en este sentido. Pero, de todos modos, en el Código actual esta disposición viene establecida y anunciada en el artículo 1.174, el cual dice: La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible

lógico que hayan distintas formas de ejecución en atención a los diversos posibles objetos de la obligación. Por este motivo es necesario clasificar los eventuales contenidos de la prestación, las diversas clases de obligaciones, porque a cada tipo de obligación le va a corresponder una forma de ejecución diferente.

c) *Clases.*

Es el Libro IV, Título I del CC el que recoge el régimen de las obligaciones. En su Capítulo III titulado "De las diversas especies de obligaciones"<sup>78</sup> realiza, atendiendo a criterios diversos, una clasificación de las mismas distinguiendo, en sus diversas secciones entre "puras y condicionales" (sección 1ª), "a plazo" (sección 2ª), "alternativas" (sección 3ª), "mancomunadas y solidarias" (sección 4ª), "divisibles e indivisibles" (sección 5ª) y "obligaciones con cláusula penal" (sección 6ª).

No me referiré a ninguna de estas clasificaciones por ser superfluo para el tema que nos ocupa. Nosotros vamos a realizar una clasificación que nos servirá más tarde para ver las distintas modalidades de ejecución forzosa; me refiero a la clasificación que realiza el artículo 1.088 del CC: "*Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*"<sup>79</sup>. Y es que según se trate de

---

de valoración económica y debe corresponder a un interés del acreedor, aunque no sea patrimonial".

<sup>78</sup> Como hemos afirmado anteriormente el objeto de la obligación es la prestación por lo que deberíamos hablar de clases de prestaciones, no de clases de obligaciones pero como señala HERNÁNDEZ GIL, A., (*Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983, pág. 120) "ningún grave obstáculo se opondría a considerar como clases de obligaciones las diversas clases de prestaciones".

<sup>79</sup> Partiendo de esta clasificación no resulta extraño plantearse la posible existencia de obligaciones de no dar. Si existen obligaciones de no hacer, ¿Por qué no existen obligaciones de no dar? Dos son la razones (Cfr. VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura...*, cit.,

una obligación de dar, hacer o no hacer nos vamos a encontrar ante un régimen jurídico diferente, en atención a la determinación de los requisitos de la prestación (arts. 1.271 y ss. CC), la diligencia exigible al deudor (art. 1.094 CC), la retroactividad de la condición (arts. 1.120 y 1.123 CC) y, principalmente, la imposibilidad de cumplimiento (arts. 1.135, 1.136, 1.182 y ss. CC) y las modalidades de ejecución forzosa por incumplimiento (arts. 1.096, 1.098 y 1.099 CC)<sup>80</sup>.

---

págs. 73-74): 1. Al definir las obligaciones de hacer lo hacemos de forma negativa, es decir, decimos que son aquellas cuya prestación consiste en la realización de una actividad diferente de la de entregar una cosa, y se definen de este modo porque el dar también es un hacer. Según este razonamiento, la obligación de no dar al ser un comportamiento diferente al “dar”, quedaría incluida dentro de la categoría de obligaciones de hacer (o mejor dicho, de no hacer). 2. Las obligaciones de no dar no tienen un régimen jurídico exclusivo y propio y, en definitiva, lo que determina que una categoría sea mantenida es la existencia de una disciplina propia. En el mismo sentido HERNÁNDEZ GIL (*Derecho de obligaciones*, cit., pág. 125) afirma que “la prestación de no dar no pasa de ser una expresión verbal; no es un concepto y menos un concepto jurídico... La pretendida prestación de no dar se resuelve lógicamente y necesariamente en una prestación de no hacer, pues el no dar implica una abstención, una omisión”.

MESSINEO F. (*Manual de derecho civil y comercial*, IV, (Trad. Sentís Melendo) Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954-1956, pág. 43) admite la existencia de obligaciones de no dar, aunque considera que no constituyen una categoría independiente, sino que se hallan comprendidas dentro de las de no hacer. También parecen admitir esta categoría PUIG PEÑA, F. (*Tratado de Derecho Civil español*, tomo IV, vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, pág. 54) y PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, I, vol. II, cit., pág. 214) al considerar que las obligaciones negativas comprenden tanto las de no dar como las de no hacer. En esta misma dirección RUIZ VADILLO, E. (*Las obligaciones negativas en el Derecho español*, en *Pretor*, XXV, 1976, pág. 39) admite incluso “distinguir aquellas que se refieren a no dar una cosa específica (me obligo a no ceder el coche deportivo, especialmente preparado para competiciones, que me ha transferido un campeón del automovilismo que, lógicamente, pretende evitar su utilización por un competidor) y aquellas otras que se proyectan en una prestación de no dar un género (me obligo a no vender coches)”.

C) *Dar, hacer y no hacer.*

Esta clasificación tiene su base legal en el Capítulo I, Título I del Libro IV, concretamente en el ya citado artículo 1.088 CC: "*Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*". Podemos observar que su regulación se halla fuera del Capítulo III, que es el relativo a las clases de obligaciones. Pero esta localización no es arbitraria o casual sino voluntaria, ya que no nos encontramos ante una clase más de obligaciones porque si así fuera estaría dentro de dicho Capítulo III, sino ante la clase más importante, aquella que atiende a la esencia de la prestación<sup>81</sup>.

Tras la división que realiza el artículo 1.088, contiene nuestro Código Civil una serie de artículos (arts. 1.096 a 1.098 CC) que vienen a regular la ejecución de esas tres clases de obligaciones. También los artículos 700 y siguientes de la LEC parten de esta clasificación para regular la ejecución<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> BLASCO GASCÓ, *Derecho de obligaciones...*, cit., pág. 92.

<sup>81</sup> VERDERA SERVER, *El cumplimiento...*, cit., pág. 238. También TAPIA FERNÁNDEZ (*Las condenas...*, cit., págs. 37-38) estima que "se trata de algo más que de una clasificación en atención a su objeto. Con esta norma, pues, el Código no sólo está describiendo una categoría de obligaciones como podría hacerlo con otras, sino que está aludiendo a la esencia misma de la obligación, a ese vínculo de derecho que nos liga hacia otro a darle alguna cosa, a hacer o no hacer alguna cosa".

<sup>82</sup> También los artículos 921 y siguientes de la LEC de 1881 partían de esta clasificación para regular la ejecución. Se podía observar la correlación existente entre las normas existentes en el Código Civil y las establecidas en la LEC (correlación entre los artículos 1.096 CC y 926 LEC, 1.098 CC y 924 LEC y, finalmente, entre el artículo 1.099 en relación con el 1.098 del CC y el 925 LEC). El Código Civil -norma posterior- había copiado, si bien no literalmente, lo establecido en la norma procesal, de ahí que se dijera (véase TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas...*, cit., pág. 39) que nuestra norma material recoge normas de carácter procesal. No comparte esta opinión VERDERA SERVER (*El cumplimiento...*, cit., págs. 237-238) porque entiende que las normas contenidas en el Código Civil son de naturaleza material ya que sino no estarían incorporadas al mismo. Además dice que el cumplimiento forzoso está configurado como uno de los efectos de la relación obligatoria, sorprendiendo "que la confirmación del carácter vinculante de la obligación, a través de la exigibilidad del cumplimiento, pueda considerarse un aspecto no sustantivo de la relación obligatoria".



A pesar de que actualmente se tiende a evitar la realización de clasificaciones en torno a las obligaciones, entendemos necesario realizar ésta no sólo por lo arraigado de tal clasificación<sup>83</sup> sino que la consideramos importante porque nos sirve para distinguir entre las diversas modalidades de ejecución forzosa específica. A los diversos tipos de obligaciones les corresponde un proceso de ejecución diferente<sup>84</sup>, pero no solamente eso sino que, en general, a cada tipo de obligación (dar, hacer y no hacer) le corresponde un régimen jurídico diferente. Así, como veremos más adelante, a la ejecución de sentencias que condenan a un dar no pecuniario le corresponde un proceso de ejecución forzosa totalmente distinto al correspondiente a la ejecución de condenas de hacer y de no hacer. Diversidad de procesos motivada por la distinta naturaleza de los diversos tipos de obligaciones, por la diversidad del contenido posible debido por el deudor. A pesar de esta tripartición, las categorías de dar, hacer y no hacer son demasiado amplias, por lo que la actividad ejecutiva será también diferente, por ejemplo dentro de las

---

<sup>83</sup> Ya en derecho romano se diferenciaba entre “*dare et facere*”. El *dare* se refería a la transmisión de la propiedad, o a constiuir un derecho o a rendir unos servicios (*dare operas*), mientras que el *facere* se refería a cualquier otra actividad diferente a la anterior incluyendo, por tanto, el hacer, no hacer, el traspaso posesorio etc. Finalmente se distinguía el *praestare* que designaba la obligación de garantizar o de responder el deudor de su propia conducta. “Pero en realidad esta obligación (el *praestare*) es de *dare*, si se trata de indemnizar, y de *facere* si se trata de prometer una eventual indemnización”. Sobre el tema, entre otros, puede verse D’ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra SA, Pamplona, 1991, 8ª ed. revisada, págs. 401 y ss.

<sup>84</sup> De la misma manera que existen varios procesos de declaración cabe hablar de procesos de ejecución y aquí la clasificación de procesos puede atender a la actividad jurisdiccional. La actividad jurisdiccional que supone el objeto inmediato de la ejecución es distinta según el objeto mediato, y por eso puede hablarse de varios procesos y no sólo de varios procedimientos.

obligaciones de dar, según se condene a la entrega de una cantidad de dinero o se exija del deudor una prestación diferente<sup>85</sup>.

Esta distinción, por otro lado, no sólo está establecida en nuestro ordenamiento. Si estudiamos el derecho comparado la vemos recogida en los diversos ordenamientos así, por ejemplo, alemán o italiano<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Doctrinalmente se realizó otra clasificación que agrupaba en dos categorías las obligaciones de dar, hacer y no hacer, me refiero a aquella clasificación que distingue entre obligaciones positivas y negativas. Entiendo que no es necesario desarrollar esta distinción, no sólo porque nuestro derecho positivo no se refiere a ella sino, también, porque no tiene ninguna repercusión por lo que a la ejecución forzosa se refiere. Simplemente quiero poner de manifiesto que las obligaciones positivas son aquellas en las que la prestación consiste en una conducta activa por parte del deudor, es decir, en un dar o un hacer, mientras que en las negativas la prestación consiste en un comportamiento negativo por parte del deudor, es decir, en un no hacer. Sin embargo, en ocasiones, esta distinción puede resultar confusa puesto que, como se ha dicho (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 239) "la obligación de no clausurar un establecimiento mercantil es también la obligación de mantenerlo abierto y de continuar el ejercicio de la industria" por lo que se considera más exacto distinguir entre obligaciones positivas y negativas según se produzca "un cambio en el estado de las cosas existente en el momento de la celebración del negocio constitutivo de la relación obligatoria (obligación positiva) o en el mantenimiento inalterable de tal situación o estado de cosas (obligación negativa)".

<sup>86</sup> Referido a los contratos, el parágrafo 241 del Código Civil alemán (BGB) señala que "en virtud de la obligación el acreedor tiene el derecho de exigir al deudor una prestación. Esta puede consistir también en un no hacer".

El Código Civil italiano en su Capítulo II, Título IV, Libro VI establece la distinción entre obligaciones de dar cosa determinada, hacer y no hacer. En su artículo 2.930 se refiere a la ejecución forzosa de obligaciones de dar (mueble e inmueble), en el 2.931 a la ejecución forzosa de obligaciones de hacer y en el 2.933 a la ejecución forzosa de obligaciones de no hacer.

## CAPÍTULO I:

### EJECUCIÓN NO PECUNIARIA: ASPECTOS COMUNES.

Sección I: Sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares en ejecución de sentencia. Análisis del artículo 700 LEC. I. Introducción. II. Artículo 700, I LEC: Las medidas de garantía para asegurar la efectividad de la condena. *A) Análisis comparativo de los artículos 895 LEC de 1855, 923, I LEC de 1881 y 700, I LEC de 2000. B) ¿A qué tipo de medidas se refiere el artículo 700, I LEC cuando habla de “medidas de garantía”? a) Medidas ejecutivas. b) Garantías jurídico-materiales. c) Garantías de una medida cautelar o ejecutiva adoptada en el proceso principal. d) Medidas cautelares. C) Significado de la expresión “asegurar la efectividad de la condena” y su repercusión respecto a la posibilidad de acordar medidas cautelares en ejecución de sentencia. a) Breve referencia a la teoría general clásica de las medidas cautelares. b) Evolución en el modo de entender la tutela cautelar. El significado de la expresión “asegurar la efectividad de la condena” como punto clave. D) Presupuestos de las medidas cautelares. Sobre su concurrencia cuando las medidas cautelares se adoptan en el proceso de ejecución. E) Solicitud y resolución sobre las legalmente denominadas “medidas de garantía”. F) La caución sustitutoria de las medidas cautelares. III. Artículo 700, II y III: el embargo de bienes. A) Introducción. B) Sobre la naturaleza del embargo del artículo 700, II LEC. a) Embargo preventivo-embargo ejecutivo: analogías y diferencias básicas. b) Argumentos favorables a la naturaleza ejecutiva o preventiva del embargo del artículo 700, II LEC. c) Nuestra posición: el embargo del artículo 700, II LEC tiene naturaleza cautelar. C) Solicitud y funcionamiento del embargo.*

Sección II: Las medidas coercitivas. IV. Concepto, finalidad y clases. V. El delito de desobediencia a la Autoridad. *A) Regulación. B) Bien jurídico protegido. C) Conducta típica. D) Sujeto activo y sujeto pasivo. E) Desobediencia grave y resistencia. F) Conclusión. VI. Las multas coercitivas. A) Introducción. B) Características. a) En general. b) La modificabilidad. C)*

*Distinción de figuras afines. D) Condenas a las que resultan aplicables las multas coercitivas. a) Condenas a hacer. b) Condenas a no hacer. c) Condenas a dar. E) Clases de multas y su cuantía. a) Clases. b) Cuantía.*

### **Sección I:**

#### **Sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares en ejecución de sentencia. Análisis del artículo 700 LEC.**

##### **I. Introducción.**

El proceso cautelar es entendido, por su propia esencia, en relación con otro proceso cuyo resultado trata de garantizar. Ese proceso principal, del cual el proceso cautelar es un instrumento (instrumentalidad de las medidas cautelares), era, tradicionalmente, el proceso de declaración. En este sentido, entendía GUTIÉRREZ DE CABIEDES<sup>87</sup> que “ligar las medidas cautelares al proceso de ejecución es poco lógico”, “los procesos cautelares están en función del proceso de declaración: en el proceso de ejecución no se adoptan medidas cautelares sino ejecutivas”.

Esta línea de pensamiento fue, poco a poco, matizada por parte de la doctrina, afirmándose que también el proceso cautelar podía ser instrumento del proceso de ejecución, es decir, que también en éste era posible adoptar medidas

---

<sup>87</sup> *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares*, en “El sistema de medidas cautelares”, IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal, Ediciones Universidad de Navarra SA, Pamplona, 1974, págs. 12 y 30.

cautelares. Algunos autores<sup>88</sup> veían en el embargo preventivo recogido en el artículo 923 de la LEC de 1881 el ejemplo que confirmaba lo que acabamos de afirmar. Algún otro autor<sup>89</sup> daba un paso más allá asegurando, que el embargo preventivo del artículo 923, no era la única medida cautelar que cabía en ejecución de sentencia, sino que era factible solicitar y adoptar otras medidas cautelares distintas a dicho embargo.

La determinación de si con la actual Ley de Enjuiciamiento Civil es posible la solicitud y adopción de medidas cautelares en ejecución de sentencia requiere el análisis, principalmente, de su artículo 700. Artículo que establece una norma general para la ejecución de obligaciones no dinerarias. Dice así: *“Si el requerimiento para hacer, no hacer o entregar cosa distinta de una cantidad de dinero no pudiere tener inmediato cumplimiento, el tribunal, a instancia del ejecutante, podrá acordar las medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena.*

*Se acordará en todo caso, cuando el ejecutante lo solicite, el embargo de bienes del ejecutado en cantidad suficiente para asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones sustitutorias y las costas de la ejecución.*

*El embargo se alzará si el ejecutado presta caución en cuantía suficiente, fijada por el tribunal al acordar el embargo, en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado tercero del artículo 529”.*

El precepto podemos dividirlo en dos partes que analizamos de forma separada en los apartados siguientes: la primera, artículo 700, párrafo primero, se

---

<sup>88</sup> Aunque una afirmación en ese sentido no haya sido expresamente realizada, implícitamente todos los autores que consideran que el embargo del artículo 923 LEC de 1881 (art. 700 LEC de 2000) tiene naturaleza cautelar (vid. nota al pie nº. 173) están admitiendo la posibilidad de la tutela cautelar en ejecución de sentencia.

<sup>89</sup> CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup>. P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 72.

refiere a la posibilidad de acordar “medidas de garantía”, en general, para asegurar la efectividad de la condena, es decir, para asegurar la efectividad de la ejecución en forma específica. La segunda parte, artículo 700, párrafos segundo y tercero, regula dos medidas concretas, el embargo de bienes y la caución sustitutoria. Medidas que van encaminadas, no a asegurar la ejecución en forma específica, sino la genérica o por equivalente, es decir, pretende asegurar la ejecución de una prestación que se ha convertido en pecuniaria.

A este precepto ya no puede censurársele, como se hizo respecto del artículo 923 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881<sup>90</sup>, recoger los temores del legislador respecto al buen fin de la ejecución en forma específica, porque ahora no sólo recoge la necesidad de garantizar la ejecución genérica o por equivalente sino también, y en primer lugar, la necesidad de garantizar la denominada ejecución en forma específica.

## **II. Artículo 700, I LEC: las medidas de garantía para asegurar la efectividad de la condena.**

### *A) Análisis comparativo de los artículos 895 LEC de 1855, 923, I LEC de 1881 y 700, I LEC de 2000.*

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 en su artículo 895 establecía que “*si la sentencia contuviera condena de hacer o de no hacer, o de entregar alguna*

---

<sup>90</sup> En este sentido se pronunció FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 323. En cambio, REUS (*Ley de enjuiciamiento civil, concordada y anotada*, tomo II, Madrid, 1908, 2ª ed., pág. 677) aplaudió tal disposición (la del artículo 923 de la LEC de 1881) porque, entendía el autor, “tiende a asegurar el cumplimiento de las sentencias, a evitar que el derecho del acreedor reconocido en la sentencia pueda convertirse, por malicia del deudor, en un derecho ilusorio”.

*cosa, se procederá a darle cumplimiento empleando los medios necesarios al efecto”.*

Por su parte, el artículo 923, I de la LEC de 1881 señalaba: *“Si la sentencia contuviera condena de hacer, o de no hacer, o de entregar alguna cosa o cantidad ilíquida se procederá a darle cumplimiento empleando los medios necesarios al efecto, y que se expresan en los artículos que siguen”.*

Como observamos, dos eran los añadidos contenidos en el artículo 923, I LEC de 1881 con respecto al artículo 895 LEC de 1855. En primer lugar, ampliaba el objeto de la condena. Mientras que el artículo 895 se refería únicamente a las condenas cuyo objeto era un hacer, no hacer o dar alguna cosa, el artículo 923 incluía también las condenas a la entrega de cantidad ilíquida. TAPIA FERNÁNDEZ<sup>91</sup> criticó este añadido porque consideraba que carecía de fundamento dado que, por un lado, los artículos 928 y siguientes contemplan el caso y regulan el incidente previsto para liquidar cantidades ilíquidas y, por otro lado, el artículo 923 es o pretende ser la regla general respecto de la ejecución de condenas no dinerarias.

La única explicación que la profesora encontró a esta inclusión es que “obedece a la idea del legislador de referir también a este tipo de condenas pecuniarias el embargo garantizador del buen fin de la ejecución; puesto que si la ejecutoria no puede tener inmediato cumplimiento, dicho embargo servirá para asegurar lo principal y las costas de la ejecución”.

La segunda novedad, que era la que verdaderamente generaba problemas, fue la restricción que establecía el artículo 923 LEC de 1881 respecto de los medios que podían ser utilizados para dar cumplimiento a la ejecutoria. La LEC

---

<sup>91</sup> *Las condenas...*, cit., págs. 99 y ss. Véase en este sentido también la STS de 14 de febrero de 1969 [RA 848].



de 1855 no contenía limitación alguna porque según la doctrina<sup>92</sup>, no era posible determinar *a priori* los medios a utilizar, por la dificultad de prever todos los casos y circunstancias posibles. Sin embargo, la LEC de 1881 añadía que esos medios debían ser los “*que se expresan en los artículos que siguen*”. El problema era que los artículos siguientes (arts. 924 a 926) no contenían los instrumentos adecuados para la ejecución *in natura* de dichas condenas<sup>93</sup>.

Por otro lado y respecto de las obligaciones de dar, se suscitaba el problema de la posible contradicción entre los artículos 923 y 926 LEC de 1881 porque mientras el primero, como hemos visto, limitaba los medios a utilizar, el segundo establecía que debían utilizarse “*las diligencias conducentes que solicite el interesado*” sin limitación alguna. Para VERDERA SERVER<sup>94</sup> la justificación a este diferente trato que se da a las condenas de dar se encuentra en “un mayor respeto (o escrúpulo) por la esfera personal del ejecutado, que se vería afectada necesariamente si se le obliga a hacer o no hacer algo contra su voluntad; en cambio, esa incidencia no se produce si sólo se le desposee de algún bien que está en su patrimonio”.

En todo caso, se consideró que la posible contradicción debía resolverse a favor del artículo 926 por lo que, en principio, la restricción que fijaba el artículo 923 únicamente debía afectar a las obligaciones de hacer y de no hacer, pero no a las de dar<sup>95</sup>. Pero incluso respecto a éstas (obligaciones de hacer y de no hacer)

---

<sup>92</sup> REUS, *Ley de enjuiciamiento civil...*, cit., págs. 43-44.

<sup>93</sup> Para REUS (op. cit., págs. 674 y ss.) “semejante limitación podría tenerse presente en la práctica y estimarse acertada si, con efecto, estuvieran previstos en la ley todos, absolutamente todos, los casos que pueden ocurrir”; y a continuación, ponía ejemplos de supuestos no previstos por la ley: v.gr. “¿qué sucede cuando en una obligación de hacer el sujeto obligado a ejecutar lo hace de diverso modo?”, concluyendo que “podrán y deberán emplearse otros (medios) conducentes”.

<sup>94</sup> *El cumplimiento...*, cit., pág. 253.

<sup>95</sup> En este sentido, entiende FERNÁNDEZ LÓPEZ (*Derecho procesal...*, cit., pág. 337) que “bastante es que se le deje en absoluta libertad, y no se coarte al juez con abrumadoras

parte de la doctrina<sup>96</sup> era de la opinión, a nuestro parecer acertada, que la Constitución (artículo 24: derecho a la tutela judicial efectiva) reforzada por la LOPJ (artículo 18: ejecución de sentencias en sus propios términos) había derogado ese último inciso del artículo 923, no siendo aplicable la limitación a ninguna de las tres clases de prestaciones (ni a las de hacer, ni a las de no hacer ni a las de dar) puesto que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales (art. 5 LOPJ).

Esta tendencia fue también recogida por nuestra jurisprudencia. Por ejemplo, la STC 26/1983, de 13 de abril, señala que “el derecho a que se ejecuten los fallos judiciales que reconocen derechos propios sólo se satisface cuando el órgano judicial adopta las *medidas oportunas* para llevar a efecto esa ejecución”.

Por su parte, el párrafo primero del artículo 700 LEC está más influenciado por el artículo 895 LEC de 1855 que por el artículo 923, I LEC de 1881 en el sentido que, en primer lugar, se refiere únicamente a las condenas de hacer, no hacer y dar cosa distinta a dinero<sup>97</sup>. Y, en segundo lugar, no limita las medidas de

---

previsiones legales, que corren el riesgo de ser insuficientes (...). El artículo 926 LEC se limita a alzar para la ejecución de las condenas de dar las limitaciones que impone el artículo 924 para las de hacer”.

<sup>96</sup> Véase, ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Las astreintes (Su aplicación al proceso español)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, pág. 142; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit., págs. 332-333; CATALÀ COMAS, Ch., *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 72 y ss; PARDO IRANZO, V., *Ejecución por obligaciones de dar no dinerarias*, en *Actualidad civil*, n.º. 25, semana del 21 al 27 de junio de 1999, págs. 699-700.

<sup>97</sup> Ya no es posible la condena a cantidad ilíquida; la condena debe fijar exactamente su importe (sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia), o puede fijar claramente las bases con arreglo a las cuales debe realizarse la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética (cfr. art. 219 LEC). Pero es que aunque no estuviesen prohibidas las condenas a cantidad ilíquida, las medidas a las que se refiere el artículo 700, I LEC no serían idóneas porque las condenas a cantidad ilíquida son condenas a

garantía a adoptar, sino que considera que podrán acordarse todas aquellas medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena.

Sin embargo, es necesario observar que los artículos 895 y 923, I, por un lado, y el 700, por otro, se refieren a supuestos distintos. Los artículos 895 y 923, I regulaban la posibilidad de adoptar las *medidas ejecutivas* que sean necesarias para dar cumplimiento a la condena. Si la condena no puede tener inmediato cumplimiento la única medida de garantía (medida cautelar) a la que se hacía referencia expresamente (art. 923, párrafo II) era al embargo de bienes.

Adelantamos, aunque la justificación aparece desarrollada en el epígrafe siguiente, que el artículo 700, párrafo primero, se está refiriendo a la posibilidad de adoptar, en el supuesto de que la condena no pueda tener inmediato cumplimiento, las *medidas cautelares* que sean necesarias para asegurar la efectividad de la condena.

*B) ¿A qué tipo de medidas se refiere el artículo 700, I LEC cuando habla de “medidas de garantía”?*

La utilización por el artículo 700, I LEC de un término (“*medidas de garantía*”) desconocido por nuestras leyes procesales nos obliga a dilucidar a qué tipo de medidas concretamente se está haciendo referencia. Cuestión ésta de suma importancia puesto que la determinación de la naturaleza de las *medidas de*

---

cantidad de dinero y la forma idónea para garantizar este tipo de condenas es el embargo no el grupo de medidas a las que se refiere el artículo 700, I LEC.

*garantía*<sup>98</sup> nos servirá, principalmente, para saber cuál es la normativa a aplicar de modo supletorio.

*A priori* el abanico de posibilidades respecto a la naturaleza es el siguiente: que se trate de medidas ejecutivas, de garantías jurídico-materiales, de garantías de una medida cautelar o ejecutiva adoptada en el proceso principal o, finalmente, que se trate de medidas cautelares.

*a) Medidas ejecutivas.*

Si las medidas ejecutivas son actos típicos de desarrollo de la ejecución, basados en la existencia de título ejecutivo y que no exigen para su adopción contracautela alguna, y las “*medidas de garantía*” a las que se refiere el artículo 700, I LEC se adoptan tras el inicio del proceso de ejecución, cuando ya tenemos, por tanto, título ejecutivo y sin necesidad de contracautela, es lícito pensar que con la denominación “*medidas de garantía*” el legislador puede haber querido hacer referencia a las medidas ejecutivas a adoptar en el proceso de ejecución.

---

<sup>98</sup> La posibilidad de adoptar medidas de garantía para asegurar la efectividad de la condena, en los supuestos en los que el requerimiento para hacer, no hacer o dar cosa distinta a dinero no puede tener inmediato cumplimiento no estaba prevista inicialmente en el Proyecto de LEC (art. 703), sino que fue introducida por las enmiendas realizadas por el Congreso (sesión plenaria n.º 209, celebrada el jueves 25 de febrero de 1999) al texto del Proyecto. El artículo 703 del Proyecto se refería únicamente a la posibilidad de acordar embargo preventivo “*para cubrir las eventuales indemnizaciones sustitutorias y las costas y gastos que ocasionare la ejecución*”. En la enmienda n.º 597 el Grupo Socialista propone la posibilidad de adoptar las “*medidas garantizatorias*” oportunas. La motivación de la propuesta fué la siguiente: “Ampliar las garantías del ejecutante, que en el Proyecto sólo se refieren a la traba de bienes, a otro tipo de medidas y garantías que se consideren adecuadas, al tiempo que se limita su adopción a los supuestos en que la demora pudiera poner en peligro su efectividad. Se considera que las medidas garantizadoras han de adoptarse de forma inmediata, no cuando haya transcurrido el plazo para prestar caución”. Finalmente no se asumió la denominación “medidas garantizadoras” sino que se prefirió la de “medidas de garantía”.

Sin embargo pronto nos percatamos que no puede ser ésta la naturaleza de las *medidas de garantía*. No se está refiriendo el precepto a la utilización de medidas ejecutivas para cumplir inmediatamente la condena porque, precisamente, el supuesto regulado por el precepto es aquél en el que la sentencia no puede tener inmediato cumplimiento (art. 700, I LEC: “Si el requerimiento para hacer, no hacer o entregar cosa distinta de una cantidad de dinero *no pudiere tener inmediato cumplimiento...*”). Si la condena no puede tener inmediato cumplimiento es inútil acordar medidas ejecutivas que, como hemos indicado, van encaminadas a realizar la ejecución.

Por otro lado, las medidas ejecutivas no siempre es necesario solicitarlas de modo expreso y específico porque dicha petición está implícita en la demanda ejecutiva<sup>99</sup>, sin embargo, las *medidas de garantía* para que sean acordadas por el tribunal deben ser solicitadas por el ejecutante (*a instancia del ejecutante*: art. 700, I LEC).

#### b) *Garantías jurídico-materiales.*

En el ámbito del derecho privado existen una serie de derechos (o medidas) de garantía, entendidos éstos como medidas de refuerzo que se añaden a un derecho de crédito para asegurar su satisfacción, y que atribuyen al acreedor un nuevo derecho subjetivo o unas nuevas facultades<sup>100</sup>. Son ejemplos típicos la fianza, la prenda y la hipoteca.

---

<sup>99</sup> Cuando se trata de la ejecución de títulos judiciales la demanda ejecutiva podrá limitarse a la solicitud de que se despache la ejecución, identificando el título. Ello puede ser así porque la petición del ejecutante no es libre, el título determina los límites de la ejecución, es decir, el objeto y sus confines (cfr. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 515).

<sup>100</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Sistema de derecho civil. Derecho de cosas, Derecho Inmobiliario y Registral*, vol. III, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, pág. 470, con GULLÓN BALLESTEROS, A.

La denominación (“medidas de garantía”) y el fin común (“asegurar”) hace que pudiera pensarse que la ley procesal está haciendo referencia a este instituto de derecho material<sup>101</sup>. Sin embargo, una consideración analítica de las garantías jurídico-materiales determina la imposibilidad de atribuir esta naturaleza a las “*medidas de garantía*” del artículo 700, I LEC.

En primer lugar y como señala ORTELLS RAMOS<sup>102</sup> “el fundamento de las garantías jurídico-materiales es la genérica posibilidad de insatisfacción del derecho del acreedor... Desde luego que la existencia de una garantía puede ser más necesaria cuando un obstáculo jurídico se opone a la inmediata exigibilidad del derecho..., pero aunque esta circunstancia no se dé las garantías conservan todo su sentido...”. Sin embargo las medidas de garantía sólo tienen sentido si existe un obstáculo que impide el inmediato cumplimiento del requerimiento para hacer, no hacer o dar cosa distinta a dinero y pretenden atajar el peligro que la demora pueda suponer respecto a la efectividad de la condena.

En segundo lugar, las garantías jurídico-materiales existe la obligación de prestarlas independientemente de la pendencia del proceso<sup>103</sup>. En cambio las medidas de garantía del artículo 700, I LEC se adoptan cuando está pendiente el proceso de ejecución.

En tercer lugar, las garantías jurídico-materiales tienen normalmente origen negocial estando sus principales efectos determinados por la ley<sup>104</sup>; las medidas de garantía tienen origen jurisdiccional.

---

<sup>101</sup> Asegura CALAMANDREI (*Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, pág. 121) que la función de estos derechos accesorios “è, nel campo sostanziale, strettamente analoga a quella che hanno, nel campo processuale, i provvedimenti cautelari”

<sup>102</sup> *El embargo preventivo. Doctrina y jurisprudencia (1960-1996)*, Comares, Granada, 1998, pág. 25.

<sup>103</sup> ORTELLS RAMOS, *El embargo preventivo...*, cit., pág. 26.

<sup>104</sup> Cfr. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil*, tomo III, vol. 3º, Bosch, Barcelona, 1983, 3ª ed., pág. 5.

En cuarto lugar, la instrumentalidad de unas y otras actúa en planos distintos. Las garantías jurídico-materiales son instrumentales de otro derecho garantizando su satisfacción cuando el deudor no cumple<sup>105</sup>, mientras que las medidas de garantía son instrumentales del proceso de ejecución respecto del cual aseguran la efectividad. Aquellas pretenden eludir la realización de un proceso<sup>106</sup> dando seguridad a un crédito, mientras que éstas pretenden asegurar que la tutela judicial sea efectiva<sup>107</sup>.

En quinto lugar, cuando la garantía jurídico-material no se presta voluntariamente se acude a un proceso, que tiene el carácter de independiente y principal<sup>108</sup>. Sin embargo la adopción de las medidas de garantía se encuadra en un proceso dependiente de otro principal.

Finalmente, si se hace valer en el proceso una garantía jurídico-privada pretendiéndose su constitución o su cumplimiento y el proceso finaliza sin sentencia sobre el fondo, la garantía permanece subsistente y eficaz<sup>109</sup>. En cambio las medidas de garantía sufren los abatares del proceso principal.

*c) Garantías de una medida cautelar o ejecutiva adoptada en el proceso principal.*

Existen también en nuestro ordenamiento medidas de garantía o instrumentales no del proceso principal sino más bien de una medida cautelar o

---

<sup>105</sup> CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., pág. 121; CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 86.

<sup>106</sup> CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., pág. 124.

<sup>107</sup> CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 87.

<sup>108</sup> CARRERAS LLANSANA, J., *Las medidas cautelares del artículo 1.428 de la LEC*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, pág. 476; ORTELLS RAMOS, *El embargo preventivo...*, cit., págs. 26-27; CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., págs. 86-87.

ejecutiva adoptada en aquél. Serían ejemplos típicos los actos de garantía del embargo: si el embargo recae sobre bienes inmuebles u otros bienes o derechos susceptibles de inscripción registral, el Tribunal, a instancia de parte, librará mandamiento para que se haga anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad o anotación de equivalente eficacia en el registro que corresponda (art. 629.1 LEC); si lo que se embarga es dinero o divisas convertibles la garantía es su depósito en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos del juzgado (art. 621.1 LEC); cuando se embarga una empresa o grupo de empresas, o acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación podrá constituirse una administración judicial (art. 630.1 LEC), etc.

Parte de la doctrina, y también de la jurisprudencia, consideran que este tipo de garantías tienen naturaleza cautelar, es decir, “se trata de unas cautelas que pretenden asegurar que los bienes trabados permanecerán intactos en el patrimonio del ejecutado hasta que se produzca la realización forzosa”<sup>110</sup>. Por ejemplo, la AP de Castellón en Auto de 3 de mayo de 1993 considera que la anotación preventiva de embargo tiene naturaleza cautelar puesto que, como trata de impedir que el deudor embargado pueda burlar el embargo, asegura los resultados de un juicio y garantiza un derecho constituido.

A pesar de lo dicho este tipo de medidas o de garantías no tienen naturaleza cautelar, “no constituyen medidas cautelares autónomas, pues les falta el carácter instrumental, sino meras medidas de actuación y de publicidad de las medidas cautelares ya adoptadas..., para evitar que tales medidas cautelares o ejecutivas

---

<sup>109</sup> ORTELLS RAMOS, *El embargo preventivo...*, cit., págs. 27-28.

<sup>110</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, *El artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Revista Jurídica General, nº 6/1985, pág. 73.



resulten total o parcialmente ineficaces”<sup>111</sup>. Como afirma SERRA DOMÍNGUEZ<sup>112</sup>, no tienen naturaleza cautelar “por estar dictadas no en relación al proceso sino a alguna de sus fases”. En realidad se trata de simples medidas de concreción de lo decidido, de publicidad para terceros de las decisiones judiciales adoptadas. La anotación del embargo (sea éste preventivo o ejecutivo) en el Registro no es el embargo mismo, sino el medio para, dando publicidad a la traba, garantizar las consecuencias jurídicas del mismo (el *ius persequendi*).

A mi juicio, las medidas de garantía del artículo 700, I LEC no pueden ser garantías de una medida cautelar o ejecutiva adoptada en el proceso principal y ello principalmente porque las medidas de garantía que el artículo 700, I LEC permite decretar son aquellas que, según el tenor literal del precepto, resulten adecuadas para “asegurar la efectividad de la condena” no para asegurar la efectividad de una determinada medida cautelar o ejecutiva. Las medidas del

---

<sup>111</sup> MARTÍN PASTOR, J., *Las anotaciones preventivas de naturaleza cautelar en el proceso civil*, Tesis Doctoral inédita, Valencia, 1999, pág. 46. Las garantías que principalmente son analizadas por el autor son las anotaciones preventivas y respecto a ellas esgrime los siguientes argumentos en apoyo de su naturaleza no cautelar (págs. 47 y ss): a) Una cosa es la medida cautelar o ejecutiva adoptada y otra cosa distinta su reflejo tabular como medio de publicidad frente a terceros. b) Son anotaciones preventivas de carácter necesario y obligatorio, que deben ordenarse automáticamente y de oficio por el órgano jurisdiccional siempre que acuerde alguna de las medidas cautelares o ejecutivas mencionadas, sin necesidad de solicitud de parte. c) Según ha puesto de manifiesto la jurisprudencia estas anotaciones no tienen carácter constitutivo, sino que simplemente se limitan a complementar las medidas cautelares o ejecutivas adoptadas, esto es, para que las mismas puedan perjudicar a los terceros, pero sin condicionar su existencia. d) El hecho de que no constituyen medidas cautelares autónomas sino simples actos de ejecución de determinadas medidas ejecutivas o cautelares lo demuestra tanto el hecho de que el artículo 206-2 y 3 RH disponga que procederá la cancelación de estas anotaciones preventivas cuando en actuaciones de embargo preventivo, juicio ejecutivo, causa criminal o procedimiento de apremio se mandare alzar el embargo, o se enajenare o adjudicare en pago de la finca anotada y en el caso de que se mandare alzar el secuestro o la prohibición de enajenar, y como la circunstancia de que la medida cautelar o ejecutiva sobrevivirá y persistirá aunque haya caducado su correspondiente anotación en el registro.

<sup>112</sup> *Teoría general de las medidas cautelares*, en “Las medidas cautelares en el proceso civil”, Barcelona, 1974, con RAMOS MÉNDEZ, F., pág. 71.

artículo 700, I LEC son instrumentales respecto al proceso (de ejecución) en su conjunto, no respecto a alguna de sus fases o de las medidas en él acordadas.

*d) Medidas cautelares.*

A mi entender, el precepto se está refiriendo a la posible utilización de medidas cautelares. Así se deduce, en primer lugar y principalmente, del hecho de que sean instrumentales del proceso (de ejecución) teniendo valor en la medida en que sirven para asegurar la efectividad de la condena.

En segundo lugar, se deduce también de la comparación de los términos utilizados por el artículo 700 LEC y el 721 LEC (primero de los preceptos que la ley dedica a las medidas cautelares). Según el artículo 721 LEC las medidas cautelares están dirigidas a *“asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse...”*, y el artículo 700 LEC se refiere a medidas de garantía para *“asegurar la efectividad de la condena”*. Las medidas cautelares del artículo 721 LEC tienden a asegurar la Tutela Judicial futura (la que se obtendrá, en su caso, al final del proceso de declaración); de la misma manera las medidas de garantía tienden a asegurar algo futuro, no la condena que es pasado pero sí la actividad ejecutiva (futura) que, por las causas que fuere, no puede tener inmediato cumplimiento.

En tercer lugar, las medidas del artículo 700, I LEC al igual que las medidas cautelares se decretan necesariamente a instancia de parte, no pudiendo, en ningún caso, decretarse por el juez de oficio.

Por último, concurren, como veremos en el apartado *D (Presupuestos de las medidas cautelares. Sobre su concurrencia cuando las medidas cautelares se adoptan en el proceso de ejecución)*, los presupuestos de las medidas cautelares.

Sin embargo, la ley cuando posteriormente regula las medidas cautelares (Título VI del Libro Tercero), en ningún momento vuelve a utilizar el término *medidas de garantía* ni tampoco se refiere expresamente a su utilización en el proceso de ejecución. En consecuencia, hubiera sido deseable a efectos de evitar confusiones, que también en el artículo 700 LEC se hubiera utilizado la denominación *medidas cautelares* y que al regularse éstas se hubiera tenido en cuenta su posible utilización en el proceso de ejecución.

Por otro lado, aunque la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso de ejecución y su justificación será tratado en los epígrafes siguientes, entendemos adecuado adelantar ahora que “aunque los efectos puedan ser coincidentes en ningún caso medida cautelar y medida ejecutiva llegarán a confundirse<sup>113</sup>”. “Ambas responden a presupuestos y finalidades distintas, bien diferenciados. La medida ejecutiva se basa en un título ejecutivo; la medida cautelar, tan sólo en el *fumus boni iuris*. La medida ejecutiva se adopta como acto típico de desarrollo de la ejecución; la medida cautelar se adopta en base a la consideración del *periculum in mora*. La medida ejecutiva no exige contracautela alguna; la concesión de la medida cautelar va ligada, en cambio, de ordinario, a la prestación de una fianza.

Esta distinción conceptual de medidas cautelares y medidas ejecutivas no impide a veces un tratamiento procedimental similar en aspectos concretos...<sup>114</sup>”.

---

<sup>113</sup> CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 61.

C) *Significado de la expresión “asegurar la efectividad de la condena” y su repercusión respecto a la posibilidad de acordar medidas cautelares en ejecución de sentencia.*

a) *Breve referencia a la teoría general clásica de las medidas cautelares.*

Solicitada tutela por el particular a los tribunales, aquélla no puede obtenerse de manera instantánea. El proceso, por su propia naturaleza, exige un tiempo para realizarse. “La intermediación del proceso entre el momento en que, según el Derecho material, debió producirse la satisfacción y el momento en que efectivamente se produce mediante la sentencia y, en su caso, la ejecución forzosa, implica ya de por sí que el proceso no cumple, con perfección ideal, su función de realización del derecho. Aunque es claro que el proceso no está llamado a cumplir esa función con perfección ideal, sino con perfección humana alcanzable, no es menos obvio que el ordenamiento no queda indiferente ante ese retraso<sup>115</sup>”.

“Las medidas cautelares intentan evitar los peligros inherentes a la imperfección del proceso jurisdiccional, procurando garantizar ya desde el momento de la presentación de la demanda e incluso en ocasiones con anterioridad a ésta, la efectividad futura del derecho afirmado en la demanda<sup>116</sup>”.

Las medidas cautelares se caracterizan por la instrumentalidad, la provisionalidad, temporalidad, variabilidad y proporcionalidad. La provisionalidad significa que la medida cautelar no se convierte (ni aspira a convertirse) nunca en definitiva; desaparece cuando deja de ser necesario el aseguramiento, bien porque

---

<sup>114</sup> RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, cit., págs. 942-943.

<sup>115</sup> ORTELLS RAMOS, *El embargo preventivo...*, cit., pág. 5.

<sup>116</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Teoría general...*, cit., pág. 12.

se ha cumplido la sentencia principal, bien porque han sido sustituidas por medidas ejecutivas. Consecuencia de la provisionalidad es la temporalidad, es decir, que la medida cautelar tiene una duración temporal limitada y, podríamos decir, incierta (*dies certus an, incertus quando*). La variabilidad significa que las medidas cautelares pueden ser modificadas o suprimidas según el principio *rebus sic standibus*. Además la medida ha de ser proporcionalmente adecuada a los fines perseguidos (proporcionalidad).

La característica que podemos considerar como esencial de las mismas es la instrumentalidad<sup>117</sup>, que significa que las medidas cautelares carecen de valor en sí mismas<sup>118</sup>, teniéndolo sólo en relación a otro proceso, denominado principal, cuya efectividad garantizan. Son, en palabras de CALAMANDREI, “strumenti dello strumento”<sup>119</sup>. Consecuencia de la instrumentalidad es la adopción y extinción de las medidas cautelares en función del inicio y finalización del proceso principal.

Según la concepción tradicional ese proceso principal es el proceso de declaración y lo que se pretende garantizar es la ejecución de lo resuelto. Son significativas en este sentido las palabras de CARRERAS<sup>120</sup>: “Las medidas

---

<sup>117</sup> Esta característica fue formulada inicialmente por CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., pág. 21 y ss. Consideran la instrumentalidad nota esencial de las medidas cautelares y no una característica más de las mismas, entre otros, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional...*, cit., pag. 637 y *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, con CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup>. P., Comares, Granada, 1996, ágs. 8 y ss; CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., págs. 33 y ss.

<sup>118</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, *Teoría general...*, cit., pág. 15.

<sup>119</sup> Según el autor (*Introduzione...*, cit., págs. 21-22) “se tutti i provvedimenti giurisdizionali sono uno strumento del diritto sostanziale che attraverso essi si attua, nei provvedimenti cautelari si riscontra una strumentalità qualificata, ossia elevata, per così dire, al quadrato: essi sono infatti, immancabilmente, un mezzo predisposto per la miglior riuscita del provvedimento definitivo, che a sua volta è un mezzo per l’attuazione del diritto; sono cioè, in relazione alla finalità ultima della funzione giurisdizionale, strumenti dello strumento”.

<sup>120</sup> *Las medidas cautelares...*, cit., pág. 477. En este mismo sentido estima FAIRÉN GUILLÉN, V., (*La reforma del proceso cautelar civil español*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1966, I, pág. 51) que “otra de las características de los procesos cautelares es responder a la eliminación de un periculum in mora que deriva del lógico retraso y duración

cautelares van pues preordenadas a la ejecución y son un medio de no hacer inútil el proceso declarativo”. En la misma línea FERNÁNDEZ LÓPEZ<sup>121</sup> reserva el nombre de medidas cautelares para designar “aquellos medios o instituciones que directa e inmediatamente pretenden conjurar el peligro que para una futura ejecución representa la propia existencia de un proceso declarativo: o mejor, el tiempo que el juicio declarativo tarda en sustanciarse”.

Si nos mostrásemos de acuerdo con las premisas de las que parte la posición expresada sería evidente la imposibilidad de acordar medidas cautelares en ejecución de sentencia.

Por otro lado, y por lo que a nosotros nos interesa, se predicaba la homogeneidad pero no identidad de las medidas cautelares con las medidas ejecutivas<sup>122</sup>, es decir, que entre la naturaleza de las unas y de las otras no debe existir discrepancias pero tampoco pueden coincidir, porque sino nos encontraríamos, según palabras de CARRERAS, ante una ejecución sin título y sería inútil el mismo proceso de declaración<sup>123</sup>.

Las consecuencias de esta afirmación eran terribles sobre todo dentro del sistema anterior. No olvidemos que los artículos 924 y ss. de la LEC de 1881 eran extremadamente parcos<sup>124</sup> a la hora de regular medidas ejecutivas<sup>125</sup>. Pero,

---

temporal de los procesos declarativos”. En la misma línea GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Elementos esenciales...*, cit., págs. 12 y 30, SERRA DOMÍNGUEZ, *Teoría general...*, cit., pág. 18 y ROBLES GARZÓN, J.A., *Aseguramiento anticipado de la ejecución: medidas cautelares*, en “La protección del crédito en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, Jornadas celebradas en Barcelona el 17, 18 y 19 de junio de 1998, Pricewaterhousecoopers, 1999, pág. 188.

<sup>121</sup> *Derecho procesal...*, cit., pág. 404.

<sup>122</sup> En este sentido, CARRERAS, *Las medidas cautelares...*, cit., págs. 481 y ss; SERRA DOMÍNGUEZ, *Teoría general...*, cit., pág. 17 y ss; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Elementos esenciales...*, cit., págs. 16-17; TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El artículo 1.428...*, cit., pág. 62; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 406.

<sup>123</sup> Cfr. CARRERAS, *Las medidas cautelares...*, cit., págs. 481 y ss.

<sup>124</sup> “La regulación legal es tan parca y tan vacía de contenido que mal puede servir de pauta a la hora de establecer cuáles son las medidas idóneas para cautelar la efectividad de una

además, sólo podrían gozar de tutela cautelar los procesos que tienen por objeto una pretensión de condena (no una merodeclarativa o constitutiva) porque éstas son las únicas que propiamente se ejecutan<sup>126</sup>.

*b) Evolución en el modo de entender la tutela cautelar. El significado de la expresión “asegurar la efectividad de la condena” como punto clave.*

Esta forma de entender la tutela cautelar ha ido evolucionando, entendiéndose que la caracterización “tradicional” de la tutela cautelar parte de una premisa equivocada y, por tanto, todas las consecuencias de ella extraídas están viciadas *ab initio*<sup>127</sup>. “El error inicial viene referido a esa preordenación de las medidas cautelares respecto a la ejecución. Sin fundamentación normativa toda la teoría de la homogeneidad descansa en la idea de que la tutela cautelar sólo tiene sentido en función de la ejecución forzosa. Sin embargo el legislador, con un planteamiento mucho más amplio, nos habla de asegurar la efectividad de la sentencia, y en tanto en cuanto esa efectividad deba garantizarse a través de una medida, no simplemente parecida, sino incluso idéntica en todo o en parte a la

---

sentencia que declare una obligación de dar, hacer o no hacer” (TAPIA FERNÁNDEZ, *El artículo 1.428...*, cit., pág. 62).

<sup>125</sup> Como dice CALDERÓN CUADRADO (*Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 60) “si la medida cautelar debe revestir cualitativamente las mismas características que la medida ejecutiva, sólo podrán concederse aquellas que sin coincidir vayan enderezadas a hacer posible la ejecución y, por consiguiente, dada la deficiente regulación legal en esta materia, el contenido de la cautela se verá notablemente reducido”.

<sup>126</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, *La tutela judicial cautelar...*, cit., pág. 10; CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 60.

<sup>127</sup> Véase ORTELLS RAMOS, M., *Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1.428 LEC*, en *Justicia*, 1989, págs. 62 y ss; CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., págs. 59 y ss. Estos autores se ocupan principalmente del estudio de la aplicación de las medidas cautelares indeterminadas al proceso civil de declaración. A pesar de esto, muchas de las conclusiones a las que se llega en ambos trabajos

ejecutiva, estaremos dentro del cumplimiento estricto de la función encomendada, siempre claro está que concurran los presupuestos y características, ahora sí generalmente establecidas<sup>128</sup>”.

La clave está en el significado que atribuyamos a la expresión “asegurar<sup>129</sup> la efectividad” contenida en el artículo 700, I LEC; expresión ya conocida en nuestro ordenamiento (véanse los artículos 1.428 LEC de 1881, 133 y 134 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, 126 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad intelectual, 18.2 LOPJ).

Como señala ORTELLS RAMOS la ley habla de asegurar la efectividad, no de asegurar la ejecución. “Asegurar la efectividad cubre, por descontado, lo anterior, pero supone también que se proteja la sentencia frente a los riesgos que impidan que la ejecución se desarrolle en condiciones de plena utilidad para el que acabe por ser reconocido como titular del derecho<sup>130</sup>”. Es decir, “mientras la expresión asegurar la ejecución garantiza la realización cuantitativa de la sentencia, asegurar la efectividad incluye también el aseguramiento de la ejecución específica, es decir, cubre la calidad de la ejecución y no sólo la cantidad de la misma<sup>131</sup>”. Por tanto, la medida cautelar de embargo preventivo que sería

---

son perfectamente trasladables a nuestro objeto de estudio y, por este motivo, entendemos imprescindible reproducirlas.

<sup>128</sup> CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 61.

<sup>129</sup> La doctrina no ha pasado por alto el hecho de que un concepto amplio y que ofrece muchas posibilidades, como es el de *efectividad*, se vea acompañado de un concepto muy restrictivo (*asegurar*) que, en principio, limitaría las medidas a adoptar a las de carácter conservativo. Pero entendemos que, ante esta aparente disyuntiva, debe prevalecer el término “efectividad” sobre el término “asegurar”. Sobre este punto puede verse ORTELLS RAMOS, *Sobre las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 64 y CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., págs. 63 y ss.

<sup>130</sup> ORTELLS RAMOS, *Sobre las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 64.

<sup>131</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 97. En este mismo sentido CALDERÓN CUADRADO (*Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 69) considera que “el Estado está obligado a proporcionar al litigante victorioso, que ha acudido al proceso para resolver su conflicto, el



suficiente para asegurar la ejecución, no será suficiente para asegurar la efectividad<sup>132</sup>, es decir, es suficiente para asegurar la ejecución genérica pero no la ejecución en forma específica.

Junto con CALDERÓN CUADRADO<sup>133</sup> concluimos que “la concepción que estamos manteniendo permite ampliar el campo de la tutela cautelar *posibilitando en caso necesario la adopción de medidas de esa naturaleza en el proceso de ejecución*. Si la efectividad no se consigue en los casos de pretensiones de condena hasta que se logra el total cumplimiento de la sentencia, si en el proceso de ejecución existe también *periculum in mora*, si el legislador a diferencia de otros ordenamientos no prevé remedios específicos para combatirlo sino que únicamente establece un artículo, el 923, II de la LEC, que lejos de asegurar la efectividad se

---

mismo resultado que le hubiera proporcionado el cumplimiento del deudor, forzando o coaccionando su voluntad en caso de incumplimiento. Si no lo hace y simplemente le ofrece como paliativo un sustitutivo económico está contribuyendo a la no efectividad, parcial, pero no efectividad al fin y al cabo, de la sentencia”. Y posteriormente asegura (pág. 134) que “en ocasiones nada se conseguiría respecto a una auténtica efectividad de la sentencia si no es posible llegar más allá de lo previsto para la ejecución forzosa”.

<sup>132</sup> Esta cuestión que parece simple con la nueva regulación (porque se establece la posibilidad de solicitar y obtener más medidas cautelares además del embargo preventivo) no lo era tanto con el sistema configurado por la LEC de 1881 en el que parece se optaba por entender suficiente la ejecución genérica o por equivalente. De ahí que, por ejemplo, TAPIA FERNÁNDEZ (*El artículo 1.428...*, cit., pág. 76) no creyera que cupiera “cualquier medida con tal de que no esté prohibida por la ley, ni que sea adoptable toda suerte de combinaciones y fantasía jurídica... Se ha de rechazar toda medida que no esté prevista en nuestro ordenamiento positivo como apta para asegurar la efectividad de una sentencia”. Sin embargo para ORTELLS RAMOS (*Sobre las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 66) el artículo 18.2 LOPJ “marca una clara tendencia a potenciar una ejecución en forma específica, lo que justifica una interpretación progresiva del artículo 1.428, de modo que las medidas puedan asegurar esa ejecución y no sólo la genérica por la indemnización sustitutoria”. En esta misma línea CALDERÓN CUADRADO (*Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 139) afirma que “asegurar la efectividad permitirá, como hemos visto, medidas aseguratorias distintas a las previstas legalmente para garantizar la ejecución, cautelas que vayan más allá del simple aseguramiento en correlación con el posible contenido de la sentencia, pero, además, admitirá modos de actuación diferentes a los previstos para el proceso de ejecución ordinario”.

<sup>133</sup> *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., págs. 72.

conforma con asegurar el equivalente económico, parece muy duro negar la aplicación a los supuestos que aunque escasos fueren necesarios<sup>134</sup>”.

Si a esta conclusión llegáramos estando la legislación anterior vigente, con mucho más motivo con la nueva regulación (porque existe un precepto que así lo permite expresamente, el artículo 700, I LEC) defendemos la posible aplicación de medidas cautelares en ejecución de sentencia<sup>135</sup>. Y que no se nos diga que en ejecución de sentencia no se cumple la característica esencial de las medidas cautelares, la instrumentalidad<sup>136</sup>, porque “también el proceso de ejecución

---

<sup>134</sup> Además de esta consecuencia que es la que para nosotros tiene más interés, señala la profesora CALDERÓN CUADRADO (*Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., págs. 70 y ss.) las siguientes consecuencias de la postura mantenida: 1. Tradicionalmente la tutela cautelar se limitaba a asegurar un estado de hecho, el *statu quo* inicial, pero ahora, en ocasiones, es necesario ir más allá, modificando e incluso innovando el mundo exterior con la finalidad de que la resolución despliegue toda su eficacia. 2. Es posible la utilización de cautelas no sólo cuando la acción ejercitada es de condena sino también cuando es meramente declarativa o constitutiva. 3. La medida cautelar va a intentar atajar el peligro clásico de infructuosidad pero también el peligro de tardanza de la resolución principal. 4. Se van a permitir no sólo solicitudes conservativas sino también satisfactivas. Por su parte, afirma PÉREZ DAUDÍ (*Las medidas cautelares en el proceso...*, cit., pág. 94) que la concepción expuesta (se refiere a la concepción tradicional de las medidas cautelares) “es desvirtuada por el legislador al permitir la adopción de medidas cautelares que aseguran la efectividad de sentencias merodeclarativas... La admisión de la anotación preventiva de demanda supone una quiebra en la teoría que afirma la homogeneidad pero no identidad con las medidas ejecutivas. Consecuentemente no se permitiría asegurar una acción declarativa o constitutiva al no ser susceptible de ejecución la sentencia que la acogiera. La conclusión a la que tendríamos que llegar para mantenerla sería considerar que la anotación preventiva de demanda no tiene finalidad cautelar, lo cual es contrario a la realidad”.

<sup>135</sup> En la misma línea entiende BARONA VILAR (*Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 661) que “si bien en el Título VI, ‘De las medidas cautelares’ no se hace referencia a la adopción de medidas cautelares tras la sentencia firme, no puede negarse esta posibilidad, al amparo del artículo 700, siendo en tal caso competente para adoptar estas medidas, el mismo órgano que conoció de la instancia, en aplicación del artículo 60”.

<sup>136</sup> La doctrina italiana ha puesto de manifiesto que la instrumentalidad puede realizarse a través de diversas modalidades, “el nexo de unión no puede ser igual y de la misma intensidad en todos los procesos que se quieran cautelar, la variedad de situaciones posibles lo impiden”. Aunque esta afirmación no puede significar la existencia de multitud de conceptualizaciones, al contrario, todas caminan en una misma dirección, todas se dirigen teleológicamente a hacer posible, facilitar, o no hacer inútil la tutela ordinaria (recogido por CALDERÓN

necesita tiempo para desarrollar su función, pudiendo en este intervalo peligrar la propia efectividad de la tutela obtenida después de una larga y paciente espera. Ciertamente, y esta será la regla general, bastará con la propia actividad ejecutiva para conseguir que la resolución dictada en su día sea efectiva satisfaciéndose la pretensión del ejecutante. Ahora bien, existirán ocasiones, las menos, pero no por ello ficticias o imposibles, en que las medidas ejecutivas no serán por sí mismas suficientes para lograr esa efectividad de la sentencia<sup>137</sup>". En estas ocasiones defendemos la posibilidad de adoptar medidas cautelares en ejecución de sentencia para evitar el peligro en la demora de hacer ejecutar lo juzgado.

Refuerza nuestra posición el artículo 726.1, párrafo 1º LEC que al referirse a las características de las medidas cautelares dice que han de ser conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial, de modo que no se vea impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia *del proceso correspondiente*. Como vemos no se refiere únicamente al proceso de declaración, sino que al hablar de "proceso correspondiente" entendemos que incluye también al proceso de ejecución.

---

CUADRADO, M<sup>a</sup>. P., *Sobre una reciente reforma del proceso cautelar italiano. Su incidencia en el artículo 700 CPC*, en Justicia, 1991, pág. 981).

<sup>137</sup> CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 47. En el mismo sentido, estima JOVÉ PONS, M<sup>a</sup>. A., (*Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 58) que es evidente que el proceso de ejecución "también necesita tiempo para hacer ejecutar lo que se juzgó, y es posible que, en este lapsus, se vea amenazada la eficacia de la tutela obtenida tras la larga espera de un proceso de declaración. Sin perjuicio, de que dicha oportunidad se estime como excepcional para el supuesto de que las medidas ejecutivas no sean por sí mismas suficientes para lograr el propósito de toda sentencia: su efectividad. Efectividad que pudo garantizarse pendiente el proceso de declaración y que ahora puede verse igualmente frustrada". Sin embargo posteriormente (pág. 196) la autora matiza su postura al afirmar que "la instrumentalidad del proceso cautelar respecto de un proceso de ejecución, si bien puede sostenerse, no debería predicarse como enunciado de carácter general, ya que, precisamente, la tutela cautelar recogida en el artículo 923, II para el proceso de ejecución es una excepción que prevé de forma expresa la ley. Por otra parte, es difícil en la práctica que puedan solicitarse otras medidas cautelares innominadas distintas al embargo preventivo...".

Respecto a qué medidas cautelares concretas podrían adoptarse en el proceso de ejecución (o incluso en el de declaración) para asegurar el cumplimiento (la ejecución en forma específica) de una obligación de hacer o de no hacer, es necesario poner de manifiesto la dificultad de predeterminarlas de antemano. Será preciso analizar cada caso concreto para saber cuáles son las causas o motivos de que la ejecutoria no pueda tener inmediato cumplimiento y, en atención a estas causas, se adoptarán las medidas cautelares adecuadas, que se mantendrán hasta que la ejecutoria pueda tener cumplimiento.

*D) Presupuestos de las medidas cautelares. Sobre su concurrencia cuando las medidas cautelares se adoptan en el proceso de ejecución.*

Los presupuestos de las medidas cautelares son tres (art. 728 LEC<sup>138</sup>): el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, el *periculum in mora* o peligro por

---

<sup>138</sup> Según el artículo 728 LEC “1. Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces.

2. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios.

3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado tercero del artículo 529”.

la mora procesal y la caución (tradicionalmente denominada de forma errónea fianza).

1. El *fumus boni iuris*. El estudio del *fumus boni iuris* exige partir del análisis del principio de prueba y de las llamadas prueba plena y semiplena. Cuando de lo que se trata es de dictar sentencia sobre el fondo (condenando o absolviendo) es necesario que los hechos queden probados, no teniendo aquí sentido la distinción entre prueba plena y *sempilena probatio*<sup>139</sup>. En otras ocasiones, la ley habla de “acreditar” o de la necesidad de un “principio de prueba”, por ejemplo, cuando de lo que se trata es de la adopción de medidas cautelares. Para que se conceda la medida cautelar solicitada no hay que probar el supuesto de hecho de la norma que atribuye el derecho, sino que es necesario que “el derecho que se pretende cautelar aparezca como probable, con una probabilidad cualificada<sup>140</sup>”, es decir, que si la declaración de certeza del derecho se realiza en el proceso principal, en el cautelar “basta con que su existencia aparezca como verosímil<sup>141</sup>”. En definitiva, debe existir una apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y entonces entramos en el terreno del principio de prueba o de la prueba semiplena<sup>142</sup>.

Pero el hecho de que baste con la simple apariencia no significa que en aquellos supuestos, como en ejecución de sentencia, donde no hay apariencia sino existencia o certeza (proporcionada por la sentencia de condena) no sea posible adoptar medidas cautelares. Como afirma la profesora BARONA VILAR<sup>143</sup> “en este caso no existe *fumus boni iuris* como fundamento de las medidas, sino que éstas se

---

<sup>139</sup> Cfr. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1998, 2ª ed., pág. 30.

<sup>140</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, *Teoría general...*, cit., pág. 36.

<sup>141</sup> FAIRÉN GUILLÉN, *La reforma del proceso cautelar...*, cit., pág. 54.

<sup>142</sup> MONTERO AROCA, *La prueba...*, cit., págs. 30-31.

<sup>143</sup> *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 665.

asientan en un título ejecutivo, y, por tanto, en la certeza del derecho alegado por el ejecutante-demandante cautelar”.

Además la ley exige una justificación documental o, en su defecto, de otro tipo que lleve al juez a formarse un juicio favorable a favor de la prestación del solicitante de la medida cautelar (art. 728.2 LEC). La apariencia de buen derecho (que en nuestro caso es más que eso, es certeza) se justifica con la propia sentencia de condena.

2. *Periculum in mora*. En segundo lugar, o segundo de los presupuestos<sup>144</sup> de las medidas cautelares, es la existencia de un *periculum in mora*<sup>145</sup>, es decir, posibilidad de un daño que el retraso o la demora produciría al actor<sup>146</sup>. Si nos fijamos, del peligro en la demora pueden extraerse dos elementos, el retraso y el daño. El peligro y el posible daño no provienen de la estructura jurídica o fáctica del derecho sustantivo, es decir, a causa de un posible derecho contrario del actor sino de la existencia de un proceso con una determinada duración<sup>147</sup>.

El proceso de ejecución también necesita un tiempo para realizarse. Si la ejecutoria puede tener inmediato cumplimiento se adoptan las medidas ejecutivas necesarias para la ejecución de la condena, pero si no puede tener inmediato cumplimiento adoptar medidas ejecutivas no tiene ningún sentido y lo que hay que

---

<sup>144</sup> Se ha dicho que más que un presupuesto de las medidas cautelares, el peligro en la demora es el fundamento de las mismas. En este sentido, entre otros, CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., pág.15; SERRA DOMÍNGUEZ, *Teoría general...*, cit., pág. 40; CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 45.

<sup>145</sup> Resulta típica la clasificación de CALAMANDREI del *periculum in mora* en peligro de infructuosidad (*pericolo di infruttuosità*) y peligro de retraso (*pericolo di tardività*). Al respecto puede verse *Introduzione...*, cit., págs. 56 y ss.

<sup>146</sup> FAIRÉN GUILLÉN, *La reforma del proceso cautelar...*, cit., pág. 55.

<sup>147</sup> Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Elementos esenciales...*, cit., pág. 14.

hacer es esperar a que la ejecutoria pueda ser ejecutada. Sentado lo anterior es razonable pensar que también en ejecución puede haber peligro en la demora<sup>148</sup>.

En la determinación del peligro existe una inevitable subjetividad. “El peligro puede referirse a tal diversidad de intereses y provenir de tantos actos relacionados con la persona y bienes del demandado que la valoración subjetiva del juzgador no podría suprimirse; debe aspirarse a que la ley determine los presupuestos del peligro, pero en último caso el peligro debe existir según el juicio objetivo de una persona razonable, y esa persona no puede ser sino el juez<sup>149</sup>”. Evidentemente, el peligro en la demora puede darse también en ejecución.

3. Caución<sup>150</sup>. Por último, se ha considerado como tercer presupuesto de las medidas cautelares la prestación de caución por el solicitante de la medida cautelar<sup>151</sup>. Sin embargo, es necesario precisar que ni con la LEC de 1881 ni con

---

<sup>148</sup> Cfr. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., págs. 46-47.

<sup>149</sup> MONTERO AROCA, J., *Medidas cautelares*, en “Trabajos de Derecho Procesal”, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 431.

<sup>150</sup> La legislación anterior utilizaba el término fianza para referirse al tercer presupuesto de las medidas cautelares. En la actual regulación se ha sustituido acertadamente el término fianza por el de caución. Aplaudimos este cambio de denominación ya que, como reconocía JOVÉ (*Medidas cautelares innominadas...*, cit., pág. 70) “la fianza, en sentido estricto, es el prototipo de las figuras de garantía personal por medio de la cual un tercero (fiador) garantiza el cumplimiento de una obligación ajena, vinculándose personalmente con un compromiso independiente, aunque accesorio y subsidiario, respecto a la obligación del deudor principal (art. 1.822 CC); y que los supuestos contenidos en la LEC no se corresponden exactamente a este concepto, ya que, entre las garantías permitidas no se encuentra normalmente la fianza personal, excepto el aval bancario. Además el sujeto que constituye la fianza puede ser la misma parte interesada y no sólo un tercero”. También en esta línea denunciaba ORTELLS RAMOS (*Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, 8ª ed., pág. 636 con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A.) que “el término fianza se utiliza con impropiedad, con el significado de caución o garantía que puede presentar diversas formas: depósito de dinero, garantía pignoratícia e hipotecaria. También suele admitirse el aval bancario, pues, aun siendo estrictamente una fianza personal, resulta prácticamente muy efectiva”.

<sup>151</sup> Dos eran las grandes posturas respecto a la conceptualización de esta fianza. La primera postura, representada principalmente por CALAMANDREI (*Introduzione...*, cit., págs. 44 y ss) consideraba la fianza como una medida cautelar que garantizaba la primitiva medida

la actual (cfr. 728.3 LEC), es siempre necesario (o para todas las medidas cautelares) prestar caución<sup>152</sup>. Existen medidas cautelares para las que no es requisito que el solicitante preste dicha caución y, entre esas, se encuentran las contenidas en el artículo 700, I LEC.

Si la finalidad de esta caución es “ofrecer una garantía patrimonial concreta y específica para el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida cautelar a la indemnización de los daños y perjuicios causados por la medida cautelar ilícita<sup>153</sup>”, es lógico que no sea necesaria caución para obtener medidas cautelares *ex* artículo 700, I LEC, porque en este supuesto partimos de la existencia indudable del derecho a garantizar, aparte de un título ejecutivo<sup>154</sup>.

Ahora bien, en aquellos casos en que es necesario prestar caución, la prestación será previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada (art. 737.1 LEC).

*E) Solicitud y resolución sobre las legalmente denominadas “medidas de garantía”.*

Solicitada la ejecución, en el auto por el que se despacha la misma se ordena requerir al ejecutado para que haga, no haga o entregue una cosa distinta

---

cautelar. Según la segunda postura, defendida entre otros por SERRA DOMÍNGUEZ (*Teoría general...*, cit., pág. 43) esta fianza no es una medida cautelar sino un presupuesto más de las medidas cautelares.

<sup>152</sup> Como afirma RAMOS MÉNDEZ, F., (*Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, en Justicia, 1985, pág. 85) “es cierto que la regla general en materia de medidas cautelares debe ser la concesión de las mismas contra la prestación de fianza. Pero tampoco es posible en todos los casos hacer depender la concesión de la medida del hecho de la capacidad económica del solicitante, cuando la medida es a todas luces procedente e inocua”. Dentro de estos supuestos creemos que debe incluirse la solicitud de medidas cautelares en ejecución de sentencia.

<sup>153</sup> ORTELLS RAMOS, *La tutela judicial cautelar...*, cit., pág. 16.

<sup>154</sup> MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 641.



del dinero. Si el requerimiento no puede tener inmediato cumplimiento es posible acordar medidas que garanticen la efectividad de la condena<sup>155</sup>. Es al juez a quien corresponde determinar si la condena puede cumplirse inmediatamente o si tardará porque existe alguna causa que lo impida<sup>156</sup>. Por otro lado, la imposibilidad no se refiere únicamente al inicio de los actos ejecutivos, sino también a la conclusión de los mismos; no se trata de que no empiece la ejecución, sino de que no concluya.

*Instancia de parte.* Las medidas de garantía no son acordadas de oficio por el juez sino que deben ser solicitadas por el acreedor<sup>157</sup> (“a instancia del ejecutante”: art. 700, II LEC<sup>158</sup>), en atención la vigencia del principio dispositivo también en el proceso cautelar<sup>159</sup>. Es requisito para dicha solicitud que la ejecutoria no pueda tener inmediato cumplimiento.

---

<sup>155</sup> Ante la disyuntiva de entender como negativa la falta de concreción de las medidas a adoptar -por el riesgo de que el precepto no llegue a aplicarse-; o entenderla como positiva -por la dificultad de señalar “a priori” las medidas a adoptar, porque es imposible imaginarse todas y cada una de las situaciones que pueden imposibilitar que la ejecutoria tenga inmediato cumplimiento- la entendemos como positiva porque el legislador no hubiera podido prever todos y cada uno de los supuestos posibles. En esta línea, entiende ORTELLS RAMOS, M. (*Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil*, en *Actualidad civil*, 1996, pág. 928 y *Las medidas cautelares. Análisis crítico del Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Jornadas Nacionales Sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, 7 a 10 de octubre de 1997, Escuela de Práctica Jurídica de Murcia, 1997, pág. 543) que “una norma que autorice medidas cautelares indeterminadas o atípicas es, sin duda, índice de perfección de un sistema de tutela cautelar, porque aquella posibilita que las medidas adquieran la ductilidad necesaria para contrarrestar situaciones de peligro en la demora cuya diversidad no siempre es fácil y completamente previsible”.

<sup>156</sup> Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 324.

<sup>157</sup> Respecto al requisito de la postulación procesal (representación procesal y defensa técnica), en el proceso cautelar se siguen, como consecuencia de la instrumentalidad, las normas generales establecidas por el legislador para el proceso principal (véanse los artículos 23 y siguientes de la LEC).

<sup>158</sup> Véase también el artículo 721 LEC.

<sup>159</sup> Se pregunta CALDERÓN CUADRADO si, siendo la finalidad del proceso cautelar asegurar la efectividad de la sentencia, no sería posible que el juez de oficio pudiera disponer del proceso cautelar, para evitar que la resolución se convirtiera en papel mojado. La conclusión evidente es que esta posibilidad es insostenible por muchas razones, por ejemplo,

*Momento de la solicitud.* En cuanto al momento en que pueden solicitarse, al utilizar la ley la fórmula “*si el requerimiento no pudiere tener inmediato cumplimiento*”, parece que se está aludiendo claramente a un proceso de ejecución ya comenzado. Por tanto, en principio, el momento adecuado para solicitar medidas cautelares será tras el inicio de la ejecución.

Más dudosa es la posibilidad de una petición conjunta con la demanda ejecutiva porque en ese momento no hay todavía requerimiento. Sin embargo, entendemos que sí sería posible solicitar la tutela cautelar junto con la demanda ejecutiva en aquellos supuestos en los que en ese momento, al solicitar la ejecución, ya se sabe que ésta no va a poder tener inmediato cumplimiento.

Lo que sí parece descartado es la posibilidad de solicitar medidas cautelares con carácter previo a la demanda ejecutiva<sup>160</sup> porque, al fin y al cabo, ¿qué sentido tiene solicitar medidas cautelares cuando se puede solicitar directamente la ejecución<sup>161</sup>?

---

porque la ley es clara en su exigencia de instancia de parte pero, sobre todo, porque se estarían aumentando las facultades materiales del juez y no simplemente las procesales. Para una visión más detenida de este punto véase *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., págs. 205-206. Por su parte, entendía GUTIÉRREZ DE CABIEDES (*Elementos esenciales...*, cit., pág. 17) que “si el juez pudiese, en la generalidad de los casos, adoptar de oficio medidas cautelares, su acuerdo innecesario, equivocado e injusto, sería de muy difícil reparación”.

<sup>160</sup> Como señala CALDERÓN CUADRADO (*Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 228) “únicamente puede aparecer como justificada una solicitud cautelar previa al momento de instar la ejecución en los supuestos de sentencia de condena a prestación futura cuya efectividad, pospuesta en el tiempo, podría ser puesta en peligro”.

<sup>161</sup> Si es posible obtener tutela cautelar en el proceso de declaración y también en el de ejecución ¿qué pasa en ese periodo de tiempo que va desde la finalización del proceso de declaración y el inicio del de ejecución? Frente a quienes opinaban, antes de la aprobación de la LEC actual, que concluido el proceso de declaración, la medida cautelar deja de ser instrumental y, por tanto, debe alzarse automáticamente, nosotros creíamos más lógico, junto con CALVOSA (*La tutela cautelare*, Torino, 1963, pág. 284) que “la misura cautelare deve continuare a produrre gli effetti suoi propri sino a quando il provvedimento definitivo di merito non cominci a produrre, alla sua volta, effetti”. Por su parte, PÉREZ DAUDÍ (*Las medidas cautelares en el proceso...*, cit., págs. 354-355) estimaba que alzar automáticamente las medidas cautelares “supondría una contradicción interna: adoptamos la medida para

*Contenido de la solicitud.* En cuanto al contenido de la solicitud ¿deberá concretar o precisar qué medidas concretamente se solicitan o podrá ser, en cambio, una solicitud de carácter general en la que se diga, por ejemplo, que se solicitan aquellas medidas cautelares que el juez estime oportunas para asegurar la efectividad de la sentencia? El demandante deberá concretar qué medidas solicita, no siendo suficiente con una solicitud de tipo general, y ello no sólo, ni principalmente, porque la solicitud de las medidas cautelares debe formularse con claridad y precisión (art. 732.1 LEC) sino en atención al principio dispositivo. Y como dice el artículo 721 LEC “...todo actor..., podrá solicitar del tribunal..., la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial...”.

Una vez solicitadas las medidas de garantía es al juez a quien corresponde la labor de concreción, es decir, de entre todas aquellas medidas solicitadas por el ejecutante el juez elegirá las que “resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena”. Que el artículo 700 LEC utilice el término “podrá” acordar en vez de “deberá” acordar, no significa que el juez, arbitrariamente, pueda acordar o no las medidas solicitadas o que, incluso siendo adecuadas las medidas

---

asegurar la efectividad, pero la alzamos antes de iniciar el proceso de ejecución porque no se ejercita ninguna pretensión a la que asegurar”.

El problema de defender el mantenimiento de las medidas cautelares después de finalizado el proceso de declaración y antes del inicio del de ejecución es, principalmente, justificar la necesaria instrumentalidad de que deben gozar las medidas cautelares. En principio, cabía objetar que si ya ha finalizado el proceso principal ya no hay relación de instrumentalidad, pero si entendíamos, como lo hacía CALDERÓN CUADRADO (*Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 306), que la instrumentalidad significa no sólo relación de dependencia sino también de servicio, como la función a realizar por la medida todavía no se ha cumplido, cabe afirmar aún como existente la instrumentalidad.

El artículo 731 LEC ha terminado con esta polémica al establecer, como regla general, que no se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado. Excepciona el supuesto de finalización del proceso con sentencia condenatoria o auto equivalente; para este caso dice que se mantendrán las medidas acordadas hasta que transcurra

solicitadas, pueda decidir no acordarlas. Realmente lo que significa es que, solicitadas por el ejecutante las medidas de garantía, el juez acordará únicamente aquellas que *resulten adecuadas* y siempre que concurren los requisitos y presupuestos<sup>162</sup> necesarios para ello.

¿Qué pasaría si ninguna de las medidas propuestas resultan adecuadas?, ¿puede el juez acordar otras distintas? No, el juez no podría acordar medidas distintas a las solicitadas porque, en ese caso, incurriría en incongruencia. Lo que sí sería posible sería acordar medidas homogéneas menos gravosas (es decir, reducción de una medida por otra de menor intensidad o gravedad)<sup>163</sup>. Por ejemplo, solicitada una administración judicial, se decreta una intervención (Auto de la Audiencia Territorial de Barcelona de 11 de junio de 1981). Así se desprende *a sensu contrario* del artículo 721.2 LEC: “...*tampoco podrá éste* (el juez) *acordar medidas más gravosas que las solicitadas*”. Si únicamente no puede el juez de oficio acordar medidas más gravosas que las solicitadas, sí podría acordar medidas menos gravosas.

Respecto a si es necesario o no oír al ejecutado antes de adoptar la(s) medida(s) cautelar(es), la regla general para las medidas cautelares contenidas en el Título VI del Libro Tercero, es que el tribunal provee a la petición de las medidas cautelares previa audiencia del demandado (art. 733.1 LEC). No obstante, es posible acordarlas sin audiencia al demandado, en aquellos casos en que el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o

---

el plazo de espera de la ejecución (art. 548 LEC). Si transcurrido dicho plazo no se ha solicitado ejecución, entonces sí se alzarán las medidas que estuviesen adoptadas.

<sup>162</sup> Véanse los artículos 721 y ss. LEC, principalmente el artículo 735.

<sup>163</sup> Según la doctrina, no es posible de oficio la realización de alteraciones cuantitativas, lo que sí sería posible sería una reducción cualitativa de alguna de las medidas solicitadas. Cfr. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 250; JOVÉ, *Medidas cautelares innominadas...*, cit., págs. 247 y ss; BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional...*, cit., págs. 682-683.

cuando la audiencia pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar (art. 733.2 LEC).

Entendemos que, salvo que el ejecutante así lo pida y concurran razones de urgencia o la audiencia pueda comprometer el buen fin de la(s) medida(s) cautelar(es)<sup>164</sup>, las medidas cautelares *ex* artículo 700, I LEC se adoptan previa audiencia al ejecutado porque, aunque la desprotección en que se dice que se deja al demandado en caso de adoptar la medida sin oírlo, no se produce ahora -no olvidemos que estamos en el proceso de ejecución, existe una sentencia de condena firme y, por tanto, el derecho del ejecutante no es posible sino cierto-, seguro que el deudor-ejecutado tiene algo que decir respecto a las concretas medidas a adoptar.

*Resolución.* El juez resolverá<sup>165</sup> mediante auto recurrible en apelación sin efecto suspensivo (art. 735.2, párrafo segundo LEC), qué medida o medidas acuerda y fijará sus límites y reglas de funcionamiento, es decir, que en la resolución establecerá la regulación explícita de la(s) medida(s), de acuerdo con las necesidades del caso<sup>166</sup>.

Acordada la o las medidas cautelares se procederá a su inmediato cumplimiento empleando para ello los medios que fueran necesarios, incluso los previstos para la ejecución de las sentencias (art. 738.1 LEC).

---

<sup>164</sup> En este supuesto, es decir, si por acreditarse razones de urgencia o porque la audiencia pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar ésta se adopta sin audiencia previa, la resolución del juez (auto) no será recurrible (art. 733.2 LEC).

<sup>165</sup> Aunque el artículo 700 LEC no nos dice dentro de que plazo debe el juez decidir acerca de las medidas solicitadas, creemos que será aplicable el plazo de cinco días que el artículo 733 LEC fija.

<sup>166</sup> Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 88.

*F) La caución sustitutoria de las medidas cautelares.*

Según el artículo 746.1 LEC “*aquél frente a quien se hubieren solicitado o acordado medidas cautelares podrá pedir al tribunal que acepte, en sustitución de las medidas, la prestación por su parte de una caución suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare*”. Esta caución, a diferencia de la caución a la que se refiere el artículo 728 LEC que es un requisito para la adopción de las medidas cautelares, es una auténtica medida cautelar sometida, por tanto, al régimen de las medidas cautelares.

Se ha dicho<sup>167</sup> que “el fundamento principal de la fijación de una fianza sustitutoria responde a un principio general en materia de ejecución que es perfectamente trasladable a las medidas cautelares, es decir, que aquella ha de realizarse por la vía menos gravosa posible para el ejecutado, en este caso el sujeto pasivo de la cautela”. En esta línea, el artículo 726.1, párrafo 2º, LEC establece como una de las características necesarias de las medidas cautelares el no ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz “*pero menos gravosa o eficaz para el demandado*”.

Solicitada la caución sustitutoria por el ejecutado, ¿la acordará necesariamente el juez? La respuesta debe ser necesariamente negativa. Si las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 700, I LEC pretenden asegurar la efectividad de la condena, evidentemente, cabría la sustitución de la(s) medida(s) cautelar(es) por la caución si con ésta se pudiera garantizar también la efectividad de la condena<sup>168</sup>. Es claro que la caución no puede garantizar dicha

---

<sup>167</sup> JOVÉ, *Medidas cautelares innominadas...*, cit., pág. 283; ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 659.

<sup>168</sup> Véase también el artículo 746.2 LEC.

efectividad (porque para lo que sirve es para garantizar resoluciones de contenido pecuniario) y que, en todo caso, lo que garantizaría sería la ejecución genérica sustitutiva de la específica<sup>169</sup> pero para esto ya ha establecido la ley procesal una medida concreta: el embargo del artículo 700, II LEC.

Podemos, por tanto, concluir que no es posible sustituir las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 700, I LEC por caución porque, aunque el aseguramiento debe hacerse en las condiciones menos gravosas para el sujeto pasivo de la(s) medida(s), esto sólo es así cuando el aseguramiento mediante caución es igualmente eficaz<sup>170</sup>, es decir, cuando la sustitución no implique desaparición o desvanecimiento de la fuerza garantizadora que se pretende con la medida originaria<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> En este sentido, considera CARRERAS (*Las medidas cautelares...*, cit., págs. 487-488) que la fianza “lo mismo que el embargo de bienes, tienden a asegurar en todo caso la posibilidad de que se actúen en la ejecución sanciones de carácter pecuniario, complementarias o suplementarias de las específicas... En todos los casos, lo mismo una que otra medida sólo podrán servir para asegurar la actuación de sanciones genéricas y nunca específicas. De la misma opinión son MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *El artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1975, pág. 95; SERRA DOMÍNGUEZ, *Teoría general...*, cit., pág. 105 y JOVÉ, *Las medidas cautelares innominadas...*, cit., págs. 382 y ss.

<sup>170</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, *El embargo...*, cit., págs. 360-361. Estamos de acuerdo con el profesor Ortells cuando afirma (*Las medidas cautelares. Análisis crítico...*, cit., pág. 547) “cuando por la calidad de los derechos o intereses tutelados el tratamiento indemnizatorio resultaría inapropiado en el momento de su satisfacción definitiva, también debe sostenerse la inadecuación –en el momento de la tutela cautelar– de la sustitución de una medida específica por una cautela del derecho a indemnización”.

### III. Artículo 700, II y III: el embargo de bienes.

#### A) Introducción.

Además de poderse acordar medidas de garantía que aseguren la efectividad de la condena, es decir, la ejecución en forma específica, si el requerimiento para hacer, no hacer o dar alguna cosa distinta a dinero no puede tener inmediato cumplimiento, nos dice el artículo 700, II LEC, que se acordará el embargo de bienes para asegurar la ejecución por equivalente: *“Se acordará, en todo caso, cuando el ejecutante lo solicite, el embargo de bienes del ejecutado en cantidad suficiente para asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones sustitutorias y las costas de la ejecución.*

*El embargo se alzará si el ejecutado presta caución en cuantía suficiente, fijada por el tribunal al acordar el embargo, en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado tercero del artículo 529<sup>172</sup>”.*

---

<sup>171</sup> BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 675.

<sup>172</sup> La redacción final de este precepto se realiza a raíz de las enmiendas realizadas en el Congreso al Proyecto de LEC. La redacción anterior decía (art. 703 del Proyecto): *“Si el requerimiento para hacer, no hacer o entregar cosa distinta a una cantidad de dinero no pudiere tener inmediato cumplimiento, el tribunal, a instancia del ejecutante, requerirá al ejecutado para que preste caución en cuantía suficiente para cubrir las eventuales indemnizaciones sustitutorias y las costas y gastos que ocasionare la ejecución. En el requerimiento se le apercibirá al ejecutado de que, si no presta caución, se procederá de inmediato al embargo de bienes.*

*Se procederá a la traba de bienes, en la forma ordinaria, si, en el plazo de diez días, el ejecutado no presta la caución requerida, en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado tercero del artículo 531”.*

La redacción actual concibe la caución como un medio de evitar el embargo, de forma que se acuerda y se lleva a cabo éste a no ser que el embargado lo evite mediante la constitución de fianza. Esta es la técnica que tradicionalmente ha seguido la ley procesal civil. Sin embargo, el texto del Proyecto seguía la técnica tradicionalmente usada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, se concebía al embargo como acto sustitutivo de la caución de modo que a lo que se obliga, en primer lugar, es al pago de la caución y si se incumple se procede al embargo de bienes. Para CARRERAS (*Las medidas cautelares...*, cit., pág. 488)



En términos similares se pronunciaba el artículo 923 LEC de 1881: *“En todos estos casos, si no puede tener inmediato cumplimiento la ejecutoria, cualquiera que sea la causa que lo impida, podrá decretarse el embargo de bienes a instancia del acreedor en cantidad suficiente, a juicio del Juez, para asegurar lo principal y las costas de la ejecución”*.

Este embargo, que no garantiza la ejecución en forma específica sino la ejecución genérica o por equivalente para el caso de que aquella no pueda finalmente llevarse a cabo, era sumamente importante en el sistema diseñado por la legislación anterior porque, como no se establecía la posibilidad de utilización de medidas coercitivas que incitaran al deudor a cumplir, en un gran número de casos, por no decir en la mayoría, la ejecución en forma específica no llegaba a producirse. Es decir, que en la legislación anterior lo habitual era que la ejecución no pecuniaria finalmente resultara ser una ejecución pecuniaria (ejecución genérica o por equivalente), de ahí la importancia de garantizar ésta.

Con el sistema introducido por la nueva LEC este embargo puede haber perdido parte de su importancia, no porque ya no pueda ser necesario, sino porque, al establecer la ley expresamente la posible utilización de medidas coercitivas que inciten al deudor a cumplir en forma específica la condena, el número de veces en que se producirá la ejecución genérica o por equivalente deberá reducirse considerablemente. De todas formas, si fracasan las medidas coercitivas y finalmente se ejecuta por equivalente, el embargo sigue siendo imprescindible. Por tanto, podemos hablar de una (previsible) pérdida cuantitativa (que no cualitativa) de importancia del embargo.

---

dentro del proceso civil “parece más apropiado al sistema general de la Ley considerar como medida cautelar propiamente dicha al embargo de bienes, susceptible de ser evitado o alzado

*B) Sobre la naturaleza del embargo del artículo 700, II LEC.*

El principal problema que planteaba el antiguo artículo 923, II LEC de 1881 y que hoy sigue planteando el artículo 700, II de la actual LEC es el de determinar cuál es la naturaleza del embargo que dicho precepto permite decretar. La mayor parte de la doctrina<sup>173</sup> lo calificaba de preventivo, considerándolo, de esta forma, una medida cautelar. Otra parte, minoritaria<sup>174</sup>, entendía que se trataba de un embargo de naturaleza ejecutiva.

---

por medio de la correspondiente fianza; pero nada se opone tampoco a que se exija directamente la constitución de fianza y sólo en defecto de ella se proceda al embargo”.

<sup>173</sup> Entre otros, HERCÉ QUEMADA, *Derecho...*, cit., págs. 266-267; PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de derecho procesal civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución, II*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1985, 2ª ed., pág. 839; ORTELLS RAMOS, *El embargo preventivo...*, cit., págs. 80 y ss; GUASP, *Derecho procesal...*, cit., pág. 234; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, cit., págs. 640-641; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El proceso...*, cit., pág. 228 y *Derecho procesal...*, cit., pág. 324; MORENO CATENA, *Derecho procesal...*, cit., pág. 444.

<sup>174</sup> Entre otros, CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957, págs. 106 y ss. CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, Bosch, Barcelona, 1991, págs. 89 y ss; implícitamente le reconoce esta naturaleza RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, cit., págs. 1022-1023. Para TAPIA FERNÁNDEZ (*Las condenas...*, cit., págs. 105-106 y nota al pie nº. 181) tiene naturaleza ejecutiva pero, matiza la autora que, tanto el embargo como la fianza sustitutoria de dicho embargo realizan una función cautelar genérica. Por su parte, destaca CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., págs. 400-401) la dificultad de determinar la naturaleza de este embargo. Es consciente de que “no todo acto que se realiza en fase ejecutiva tiene naturaleza ejecutiva, por ejemplo existen incidentes declarativos de liquidación. Pero también se sabe que tampoco todo acto con finalidad o efecto asegurativo es una medida cautelar.

Ahora bien, puestos a decidir, el embargo del artículo 923.2 LEC está más cerca de la naturaleza ejecutiva que de la cautelar, por varias razones. Por de pronto, y como mínimo, servirá para ejecutar la condena en costas de la ejecución, que es dineraria aunque sea ilíquida. Además el embargo es un acto propio de uno de los dos tipos posibles de ejecución que pueden darse en ese juicio concreto...”.

En la doctrina italiana entendía CALVOSA (*La tutela cautelare*, cit., págs. 429-430) que es imposible el embargo preventivo cuando ya existe título ejecutivo: “Il concorso dunque del sequestro conservativo, a garanzia di un credito già consacrato in un titolo esecutivo, è del titolo esecutivo è inammissibile”. De todas formas, es necesario poner de manifiesto que en el embargo del artículo 700 LEC si bien existe ya un título ejecutivo, éste lo es sólo en parte

Para poder analizar ambas posturas y decantarnos por una de ellas, debemos partir del estudio de los embargos ejecutivo y preventivo y ver cuáles son las analogías y diferencias entre ellos.

a) *Embargo preventivo-embargo ejecutivo: analogías y diferencias básicas.*

El embargo preventivo, en general, puede definirse como “la actividad procesal diferenciada pero dependiente de un proceso declarativo de condena a prestación pecuniaria (o de ejecución), que produce, mediante la afección de bienes al proceso, el efecto de asegurar la ejecución de la condena<sup>175</sup>”. Se caracteriza, por tanto, por ser instrumento de un proceso principal, por no tener una finalidad en sí mismo.

Sus presupuestos, como los de toda medida cautelar, son tres: el *fumus boni iuris* o situación jurídica cautelable, el *periculum in mora* o peligro en la demora y la prestación de caución<sup>176</sup>. El *fumus boni iuris* es el afirmadoderecho del actor a una prestación pecuniaria o de frutos, rentas o cosas fungibles computables a

---

porque contiene la condena a hacer o no hacer (o a dar alguna cosa distinta a dinero) pero no la condena a una cantidad de dinero que es lo que garantiza el embargo.

<sup>175</sup> ORTELLS RAMOS, *El embargo preventivo...*, cit., pág. 2. No estamos de acuerdo con PRIETO-CASTRO (*Tratado...*, cit., pág. 855) en que el embargo preventivo prive al deudor (propietario de los bienes que se aprehenden) de su facultad de disponer. Creemos, en cambio, que el ejecutado sigue conservando la facultad de disposición sobre los bienes embargados.

<sup>176</sup> Respecto a la fianza como presupuesto de las medidas cautelares ya pusimos de manifiesto que, conforme a la legislación anterior, no siempre era necesaria y que, cuando era preceptiva, en ocasiones, lo era para su concesión y, en otras, simplemente para su ejecución. En la actualidad, la regla general (art. 728.3 LEC) es que el solicitante de la medida cautelar debe prestar caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al ejecutado. Pero es posible solicitar algunas medidas cautelares sin necesidad de prestar fianza (por ejemplo, las que se pueden solicitar con base en el artículo 700, I LEC); así cabe deducirlo del artículo 728.3 LEC cuando dice que “salvo que expresamente se disponga otra cosa”. Pero es que, además, en este supuesto concreto prestar fianza no tiene sentido porque lo que con aquella se pretende evitar, aquí difícilmente se va a

metálico por aplicación de precios ciertos, pero también aquellos supuestos distintos a éstos, cuando el embargo resulta medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado (art. 727 LEC). El *periculum in mora* que se pretende evitar es que el deudor prepare su insolvencia, de forma que haga imposible la efectividad de la sentencia.

Por su parte, el embargo ejecutivo “consiste en una declaración de voluntad mediante la cual determinados bienes, que se consideran pertenecientes al ejecutado, se afectan o adscriben a la actividad de apremio que ha de realizarse en el mismo proceso de ejecución del que forma parte el embargo<sup>177</sup>”. El embargo opera como presupuesto de la siguiente fase de ese proceso, el procedimiento de apremio, en la que se realizan los bienes embargados y se paga al ejecutante<sup>178</sup>.

Como expuso CACHÓN CADENAS<sup>179</sup> las analogías entre el embargo ejecutivo y el preventivo son las siguientes:

1. Ambos afectan jurisdiccionalmente unos determinados bienes a una ejecución pero ni en uno ni en el otro se limita jurídicamente ni se expropia la facultad de disposición del ejecutado sobre los bienes.

2. Individualizan los bienes sobre los que la actividad de apremio, en caso de producirse, recaerá.

3. Los bienes adecuados para ser objeto de embargo son los mismos en ambos supuestos<sup>180</sup>.

---

producir porque, al estar en ejecución, partimos de la existencia de un título ejecutivo y sólo es necesario esperar a ver si se produce o no la ejecución en forma específica.

<sup>177</sup> CACHÓN CADENAS, *El embargo*, cit., pág. 29.

<sup>178</sup> CACHÓN CADENAS, *El embargo*, cit., pág. 29.

<sup>179</sup> *El embargo*, cit., pág. 97.

<sup>180</sup> A pesar de que la afirmación hecha es cierta, apunta ORTELLS RAMOS, M. (*Los presupuestos del embargo preventivo y el procedimiento para su adopción: revisión de la jurisprudencia reciente (y II)*), en *La Ley*, año XVIII, número 4248, marzo, 1997, págs. 1-2) algunas especialidades respecto del embargo preventivo: “1ª. Es más claro que puedan embargarse preventivamente bienes temporalmente indisponibles, porque este embargo no

4. Se decretan a instancia de parte<sup>181</sup>.

5. Normalmente se practican mediante la expedición de una mandamiento al Agente judicial para que, junto con un fedatario judicial, lo lleve a cabo.

A pesar de las similitudes no cabe identificar el embargo preventivo y el ejecutivo porque entre ellos existen importantes diferencias<sup>182</sup>:

---

destina inmediatamente a la realización forzosa, sino que se limita al aseguramiento. 2<sup>a</sup>. Existen algunas limitaciones especiales al embargo preventivo de aeronaves (arts. 2 y 3 del Convenio de Roma de 29 de mayo de 1933) y de buques extranjeros (Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952; la limitación consiste en que, por regla general y salvo excepciones que establece el Convenio, sólo pueden ser embargados preventivamente por 'créditos marítimos', límite que no rige para el embargo ejecutivo". Para un análisis de lo que la jurisprudencia ha dicho con relación al embargo preventivo de buques vid. CUCARELLA GALIANA, L.A., *Embargo preventivo de buques: estudio jurisprudencial*, La Ley, año XIX, n.º. 4646, 9 de octubre de 1998, págs. 1 y ss.

<sup>181</sup> El embargo ejecutivo se decreta a instancia de parte en el sentido de que es necesaria la solicitud de parte para iniciar el proceso de ejecución, pero iniciado éste, no hace falta pedir el embargo ejecutivo porque esta solicitud está implícita en la solicitud de que se inicie el proceso de ejecución.

Por otro lado, el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Laboral recoge la excepción a la regla general de necesaria instancia de parte. Así el embargo preventivo laboral puede adoptarse no sólo a instancia de parte sino también por iniciativa del Magistrado. Como señala MONTERO AROCA, J. (*El proceso laboral*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 432) el principio dispositivo no debe ser mal entendido ni llevado a sus últimas consecuencias. Las correcciones al mismo, "si convenientes en el proceso civil, son necesarias en el laboral... El magistrado debe satisfacer de manera efectiva la pretensión y sólo podrá hacerlo si la ley le concede facultades que le permitan atender las posibles vicisitudes. La pretensión sólo podrá ser satisfecha con efectividad si el demandado es solvente, y el magistrado, junto con la parte, debe velar para que no logre fraudulentamente una situación de insolvencia".

<sup>182</sup> Cfr. CARRERAS, *El embargo...*, cit., págs. 110 y ss; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Elementos esenciales...*, cit., págs. 19 y ss; MONTERO AROCA, *El proceso laboral*, cit., pág. 428-429; CACHÓN CADENAS, *El embargo*, cit., págs. 97 a 99. El profesor Carreras (págs. 109 y 113-114) sobre la base de que el embargo tiene un fin ejecutivo sustancial reconoce que éste puede realizar una función asegurativa. "Es admisible, por tanto, que el embargo, atendiendo al efecto asegurativo que produce, se adopte por el legislador como medio adecuado para constituir un acto asegurativo del derecho del acreedor ejecutante, desplazando el centro de gravedad del acto de su fin a su efecto o resultado secundario; cabe que con el embargo quiera obtenerse no ya el fin sustancial, sino el efecto asegurativo subordinado y propio únicamente de la última fase de la actividad". Y concluye:

"La finalidad ejecutiva general del embargo no excluye que una de sus fases engendre un efecto asegurativo cuando la realización forzosa debe demorarse por alguna causa.

Este efecto asegurativo carece de relevancia jurídica, aunque pueda tenerla económica..., ya que al embargo seguirá normalmente la realización de los bienes trabados.

1. El embargo ejecutivo es una parte del proceso de ejecución, en cambio el embargo preventivo, como toda medida cautelar, no es propiamente una parte del proceso de declaración o del de ejecución sino que constituye una modalidad de tutela distinta a la declarativa y a la ejecutiva, aunque instrumental de la una o de la otra<sup>183</sup>.

2. Del embargo preventivo no se pasa inmediatamente a la realización de los bienes, e incluso, es posible, que ésta no llegue nunca a producirse<sup>184</sup>. En cambio, del embargo ejecutivo sí se pasa a la realización de los bienes<sup>185</sup>.

---

El efecto asegurativo tiene relevancia jurídica en el caso en que proceda el embargo para evitar que el ejecutado, en tanto se comprueba si quiere cumplir con sus deberes impuestos por sentencia, o si es posible actuar una sanción específica, se coloque en situación de insolvencia que haga imposible una sanción pecuniaria que se practicará dentro de la propia ejecución forzosa.

En ninguno de estos casos, el embargo puede ser considerado como acto cautelar con efecto ejecutivo, sino como acto ejecutivo con un efecto asegurativo que puede o no ser relevante jurídicamente.

Finalmente, el embargo por razón de su efecto asegurativo, puede ser adoptado estructuralmente para que sirva de medida cautelar, agotando la actividad en que consiste el embargo toda la medida o proceso, sirviendo de instrumento a la sentencia que en su día puede constituir el título ejecutivo hipotético que el actor quiere procurarse, y actuando el juez anticipadamente como si hubiese asumido la legitimación necesaria para disponer de los bienes del embargado, a los solos efectos de llevar a cabo la traba de bienes y, exigiendo al embargante, una fianza para responder al pago de las costas y daños y perjuicios causados al ejecutado si no procedía llevar a cabo la traba.

El embargo sólo puede considerarse, por tanto, como acto cautelar por razones de oportunidad y no por su propia naturaleza”.

<sup>183</sup> Añade RAMOS MÉNDEZ (*Derecho procesal...*, cit., pág. 957) que el embargo preventivo tiene carácter fungible mientras que el embargo ejecutivo es infungible en el caso de ejecución genérica.

<sup>184</sup> Para CARRERAS (*El embargo...*, cit., pág. 108) “puede ocurrir, ciertamente que el embargo deba alzarse y que no pueda llevarse a cabo el resto de la actividad ejecutiva, pero ésta es una anormalidad o crisis que hay que tener en cuenta, pero que no puede ser tomada como base para discernir la finalidad del embargo dentro de la normalidad”.

<sup>185</sup> Considera CACHÓN CADENAS (*El embargo*, cit., pág. 98) que la diferencia no es tal: “no puede olvidarse que en el juicio ejecutivo se contempla la posibilidad de que, entre el embargo y la realización forzosa, se inserte otra actividad porcesal: el incidente de oposición a la ejecución que el ejecutado puede promover; además, aunque dicha oposición no se produzca, siempre ha de dictarse, antes de iniciarse el procedimiento de apremio, la sentencia a que se refiere el artículo 1.473 LEC. Ahora bien si se entendiera que el embargo trabado en

3. El embargo ejecutivo se practica siempre después de iniciada la ejecución y parte, por tanto, de la existencia de un título ejecutivo (jurisdiccional o extrajurisdiccional). Normalmente el embargo preventivo se acuerda cuando no existe título ejecutivo.

4. El embargo preventivo se concede con base en la apreciación de un *periculum in mora* y su concesión es facultativa para el juez. El embargo ejecutivo se funda en la necesidad de incoar la ejecución forzosa de un título ejecutivo y es un acto obligado para el juez<sup>186</sup>.

4. La función principal del embargo ejecutivo es la de concretar los bienes sobre los que ha de recaer una determinada actividad de apremio. La función principal del embargo preventivo no es esa sino la de asegurar la efectividad de la sentencia que recaiga en el proceso principal o la ejecución genérica sustitutiva de la específica; se caracteriza, por tanto, por su instrumentalidad.

5. Mediante el embargo ejecutivo el juez sustituye<sup>187</sup> al ejecutado ante su incumplimiento, pudiendo realizar (el juez) actos de disposición sobre el patrimonio embargado. Sin embargo, en el preventivo el juez no sustituye al

---

el juicio ejecutivo tiene carácter preventivo, queda aún un supuesto de embargo ejecutivo al que no sigue de forma inmediata la realización forzosa. Me refiero al embargo practicado en una ejecución de sentencia ilíquida antes de ser liquidada la sentencia (art. 923. II LEC). En esta hipótesis, entre el embargo y la realización de los bienes se interpone otra actividad procesal: la necesaria para efectuar la liquidación de la sentencia”. Las objeciones realizadas por el profesor Cachón Cadenas dejan de tener sentido con la nueva LEC en la que no se contemplan ninguno de esos dos supuestos.

<sup>186</sup> RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 957.

<sup>187</sup> La diferencia fundamental se encuentra, en opinión de CARRERAS (*El embargo...*, cit., págs. 112-113), en la naturaleza de la actividad ejecutiva. “El juez ejecutor al llevar a cabo el embargo dentro del proceso de ejecución, realiza siempre *una actividad sustitutiva* de la del responsable ejecutado, sea cual fuere el efecto secundario que alguna de las fases de su actividad produzcan respecto al derecho del acreedor ejecutante; si embarga, es pensando en la venta inmediata o mediata de los bienes, y por ello no exige ni puede exigir fianza al acreedor para llevar a cabo el embargo. Por el contrario, en el embargo preventivo el juez no sustituye ninguna actividad del demandado respecto al que se acuerda la medida...”.

ejecutado puesto que éste todavía no está obligado a la prestación que el embargo garantiza, no pudiendo el juez, en consecuencia, realizar actos de disposición.

6. El embargo preventivo puede siempre ser sustituido por caución porque ésta garantiza igualmente el resultado que con el embargo se pretendía asegurar. El embargo ejecutivo no puede nunca ser sustituido por caución; es más, sólo puede ser impedido si se produce el pago de la deuda por la que se ha iniciado el proceso de ejecución<sup>188</sup>.

*b) Argumentos favorables a la naturaleza ejecutiva o preventiva del embargo del artículo 700, II LEC.*

Los defensores de la naturaleza ejecutiva del embargo previsto en el artículo 700 LEC (art. 923 LEC de 1881) se basan en los siguientes argumentos<sup>189</sup>:

1. En el momento en que este embargo tiene lugar existe un título ejecutivo y la ejecución ya ha comenzado. No existe duda, por tanto, respecto a si la pretensión ha de ser o no satisfecha, la única duda es si la ejecución será en forma

---

<sup>188</sup> Entiende CARRERAS (*El embargo...*, cit., pág. 108) “la posibilidad de sustituir el embargo por fianza o consignación debe tenerse en cuenta que no supone alteración ninguna del embargo”. Por su parte, para CACHÓN CADENAS (*El embargo*, cit., pág. 99) la posibilidad de sustitución del embargo por caución, no puede considerarse como diferencia entre ambos embargos porque “el embargo trabado en ejecución de sentencia ilíquida antes de que se produzca la liquidación de la sentencia también puede ser evitado por el ejecutado mediante la prestación de una fianza, porque así lo dispone expresamente el artículo 923, III LEC...”. Esta objeción ha dejado de tener sentido con la nueva LEC porque el embargo de bienes para asegurar la ejecución genérica (art. 700 LEC) viene referido únicamente a la ejecución de condenas a hacer, no hacer o entregar cosa distinta a dinero y no a la ejecución de sentencias ilíquidas que ya no son posibles.

<sup>189</sup> Seguimos a CACHÓN CADENAS (*El embargo*, cit., págs. 89 y ss) en la enumeración de los argumentos esgrimidos por la doctrina que entiende que el embargo del artículo 923 LEC (en la actualidad, art. 700, II LEC) tiene naturaleza ejecutiva.



específica o genérica. En cambio, al trabarse el embargo preventivo se ignora si se podrá seguir alguna vía de ejecución.

2. De la nota de la temporalidad de las medidas cautelares se deriva la posibilidad de que las mismas se extingan sin que su desaparición sea seguida por actividad ejecutiva alguna. Sin embargo, tras practicarse el embargo del artículo 700 LEC seguirá necesariamente una actividad ejecutiva: ya sea la correspondiente a la ejecución específica ya la correspondiente a la ejecución genérica.

3. El embargo no tiene simplemente efectos anticipativos, sino que es un acto de una ejecución pendiente. Lo peculiar es que esa ejecución no se producirá si se verifica la ejecución específica y, en este sentido, debe entenderse que es un acto ejecutivo subsidiario, pero ejecutivo a pesar de la subsidiariedad.

En cambio, quienes piensan que la naturaleza cautelar es la que se debe otorgar al embargo del artículo 700, II LEC lo hacen con base en los siguientes argumentos<sup>190</sup>:

1. El embargo del artículo 700 LEC se adopta cuando todavía no ha comenzado la ejecución por obligaciones dinerarias y tras decretarse, permanece pendiente de si se produce o no la ejecución en forma específica.

2. El embargo ejecutivo no es necesario solicitarlo de modo específico porque dicha solicitud está implícita en la demanda ejecutiva, sin embargo, el embargo del artículo 700 LEC debe ser solicitado para que se acuerde.

3. Acordado el embargo del artículo 700 LEC no siguen el resto de actos que conforman la ejecución dineraria, porque es necesario esperar al resultado de la ejecución en forma específica. Consecuencia de esto es que la única actividad que existe es la que integra la traba y el aseguramiento de los bienes afectados.

4. Si el título ejecutivo debe proporcionar al juez el alcance y la medida de los actos ejecutivos, es claro que una sentencia que contiene una condena no pecuniaria no es suficiente como presupuesto de los actos de ejecución pecuniaria, sino que necesita que se precise la cantidad líquida sobre la que ésta última va a recaer.

5. Si bien el *fumus boni iuris* es de grado superior cuando se decreta el embargo preventivo en el proceso de declaración porque todavía no está la certeza que otorga la sentencia, también en el supuesto del artículo 700 LEC existe *fumus boni iuris* porque no se tiene certeza sobre todos los elementos condicionantes de la ejecución, lo que explica que este embargo se decrete en “cantidad suficiente” para asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones sustitutorias y las costas de la ejecución.

4. Por último, el hecho de que no se exija fianza para solicitar el embargo del artículo 700 LEC se justifica por el grado de probabilidad (en realidad certeza) del derecho del actor.

c) *Nuestra posición: el embargo del artículo 700, II LEC tiene naturaleza cautelar.*

Una vez analizadas las diferencias y semejanzas entre los embargos preventivo y ejecutivo, y expuestos los argumentos aducidos por la doctrina para defender la naturaleza ejecutiva o cautelar del embargo recogido en el artículo 700, II LEC, queremos finalizar este apartado, que hemos titulado “Sobre la naturaleza del embargo del artículo 700, II LEC”, con las razones que nos llevan

---

<sup>190</sup> Reproducimos los argumentos esgrimidos por ORTELLS RAMOS en *El embargo preventivo...*, cit., págs. 81 y ss.

a concluir que el embargo que el artículo 700, II LEC permite decretar tiene naturaleza cautelar:

1. Del embargo decretado con base en el artículo 700, II LEC no se pasa inmediatamente a la realización de los bienes, incluso puede pasar que ésta nunca llegue a producirse.

2. Aunque normalmente el embargo preventivo se acuerde en el proceso de declaración cuando todavía no existe título ejecutivo, esto no significa que no pueda decretarse en el proceso de ejecución y, por tanto, cuando ya existe título ejecutivo.

La doctrina que se manifestaba a favor de la naturaleza cautelar de este embargo, justificaba esta situación alegando que si bien existe ya un título ejecutivo, éste lo es sólo en parte, puesto que contiene la condena a una obligación no pecuniaria pero no la condena a la indemnización de daños y perjuicios que es la prestación que garantiza el embargo<sup>191</sup>. De todas formas, con la LEC de 2000 esta explicación ya no es necesaria. En la actualidad no hay duda sobre la posibilidad de acordar medidas cautelares en ejecución de sentencia, es decir cuando ya existe título ejecutivo, porque expresamente lo permite el artículo 700, I LEC. En consecuencia, el hecho de que dispongamos de título ejecutivo (o de título ejecutivo sólo en parte) y de que estemos en el proceso de ejecución (no en el de declaración) nada dice respecto de la naturaleza del embargo.

3. El *periculum in mora* que con este embargo se pretende evitar es que el deudor-ejecutado prepare su propia insolvencia<sup>192</sup>. El hecho de que su concesión no sea facultativa para el juez (“*Se acordará, en todo caso, cuando el ejecutante lo solicite...*”: art. 700, II LEC) es consecuencia, no de que el embargo tenga

---

<sup>191</sup> ORTELLS RAMOS, *El embargo...*, cit., págs. 83-84 y 87; MONTERO AROCA, *El proceso laboral...*, cit., pág. 429.

naturaleza ejecutiva, sino de que, en primer lugar, el derecho del ejecutante es cierto y, en segundo lugar, si la ejecución genérica llega a tener lugar es, normalmente, porque el deudor no ha querido cumplir en forma específica (a pesar de los apremios personales y/o pecuniarios).

En cuanto al *fumus boni iuris* no se produce aquí una apariencia de buen derecho, sino que existe certeza respecto de la existencia del derecho material, pero esta circunstancia no debe impedir la tutela cautelar. Lo que es incierto es si llegará a producirse la ejecución genérica, que es precisamente lo que garantiza el embargo.

No cabe exigir al solicitante del embargo la prestación de caución como requisito para la adopción de la medida cautelar, porque el derecho a garantizar existe sin ningún género de dudas.

4. La función primordial de este embargo no es concretar los bienes sobre los que ha de recaer una determinada actividad de apremio, sino asegurar la ejecución genérica sustitutiva de la específica. Se caracteriza, por tanto, por su instrumentalidad respecto a otro proceso principal; en consecuencia, aunque concreta los bienes, no es esa su función primera.

5. Mediante este embargo el juez no está sustituyendo al ejecutado no pudiendo, en consecuencia, realizar actos de disposición.

6. Este embargo puede ser sustituido por caución.

En consonancia con lo dicho concluimos que el embargo recogido en el artículo 700, II LEC no es una parte del proceso de ejecución sino que -como toda medida cautelar- constituye una modalidad de tutela distinta a la declarativa y a la ejecutiva aunque instrumental -en nuestro caso- del proceso de ejecución.

---

<sup>192</sup> Para MONTERO AROCA (*Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 640) el *periculum in mora*

C) *Solicitud y funcionamiento del embargo.*

Una vez ha recaído, tras el proceso de declaración, condena a hacer o no hacer algo, el acreedor-ejecutante puede solicitar el embargo preventivo del artículo 700, II LEC. Por tanto, este embargo no se acuerda de oficio por el juez sino que se decreta a instancia del sujeto activo. Es requisito para la solicitud que la ejecutoria no pueda tener inmediato cumplimiento, cualquiera que sea la causa<sup>193</sup>. La imposibilidad no se refiere únicamente a que la ejecución no pueda comenzar sino también a la imposibilidad de conclusión de los actos ejecutivos<sup>194</sup>.

La solicitud se realizará, como regla general, una vez comenzada la ejecución pero será posible la solicitud conjunta con la demanda ejecutiva en aquellos supuestos en los que, en ese momento, ya se sabe que la ejecución no va a poder tener inmediato cumplimiento. Solicitado el embargo el juez lo acordará siempre que concurren los presupuestos necesarios para ello. Nótese que el legislador ha sustituido el término “podrá decretarse”, que establecía el artículo 923 LEC de 1881, por el de “se acordará, en todo caso”, contenido en el artículo

---

lo constituye el mero retardo.

<sup>193</sup> El artículo 923 LEC de 1881 expresamente se refería a “cualquiera que sea la causa”. El artículo 700, II LEC no hace esta alusión porque, al fin y al cabo, tampoco es necesaria. Por otro lado, entiende MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ M. (ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. [Director], *Ley de Enjuiciamiento Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Editorial Trivium, SA, 1994, pág. 923) que la expresión “cualquiera que sea la causa que lo impida” va dirigida a “lograr que la tutela a que los ciudadanos tienen derecho (art. 24.1 CE) les proporcione un auténtico y eficaz remedio para corregir las maniobras de los deudores morosos en general y especialmente las de los que sean de mala fe”. En cambio, MONTERO AROCA (*Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 640) sostiene que la imposibilidad no depende de la resistencia del ejecutado sino que su adopción depende de un hecho objetivo: la imposibilidad de ejecución inmediata.

<sup>194</sup> MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, cit., págs. 640-641. Matiza FERNÁNDEZ LÓPEZ (*Derecho procesal...*, cit., pág. 324) que “lo apropiado es que el juez acuerde el embargo sólo cuando la ejecución se demore más de lo que sea habitual, en función de la condena de que se trate; no si, por la propia naturaleza de la condena, su ejecución puede durar algún tiempo”.

700 LEC de 2000. Sin embargo, la situación no ha cambiado, porque ese “podrá” no se refería a ninguna actividad discrecional del juez, sino que significaba que el juez decretaría el embargo si concurrían los presupuestos necesarios para ello. Lo mismo, por tanto, que se establece con la regulación actual.

Pero, ¿es necesario oír al ejecutado, es decir, es necesaria la audiencia previa? Aunque el artículo 700, II LEC dice que “se acordará en todo caso”, es decir, aunque la decisión venga, en parte impuesta por la ley, a nuestro juicio sí es necesario oír al demandado-ejecutado porque hay determinados aspectos de la decisión que no vienen impuestos por la ley y respecto de los cuales debe poder el demandado-ejecutado exponer lo que convenga a su derecho. La resolución por la que el juez acuerda el embargo tendrá forma de auto que será apelable sin efectos suspensivos (art. 735.2, párrafo segundo LEC).

De todas formas, si concurrieran razones de urgencia, o la audiencia previa pudiera comprometer el buen fin de la medida cautelar, y el solicitante así lo pidiera, el tribunal podría acordar el embargo sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, razonando por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado. En este supuesto, el auto no será recurrible (art. 733.2 LEC).

El embargo será decretado en cantidad suficiente para asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones sustitutorias y las costas de la ejecución<sup>195</sup>. Esta cantidad será propuesta por el solicitante del embargo y acordada por el juez<sup>196</sup>. Se

---

<sup>195</sup> Entendemos que es más precisa la fórmula utilizada por el artículo 700 LEC que la que utilizaba el artículo 926 LEC de 1881: “...para asegurar lo principal y las costas de la ejecución”.

<sup>196</sup> A pesar de haberse suprimido en la redacción del artículo 700, II LEC la referencia contenida en el 923 LEC de 1881 a el “juicio del juez”. Entiende MANRESA (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo IV, Madrid, 1889, pág. 181) que “para evitar contiendas, la ley somete estos puntos (la resolución que fija la caución) al arbitrio judicial, y por tanto sin ulterior recurso”. Sin embargo, entendemos junto con MARTÍN-GRANIZO

trata de una cantidad aproximada porque no se sabe de forma exacta a cuánto ascenderán los daños y perjuicios y las costas. El acreedor-ejecutante señalará, además, los bienes del ejecutado susceptibles de embargo<sup>197</sup> de los que tuviere conocimiento (art. 549.1.3º LEC).

El deudor-ejecutado puede librarse del embargo si presta caución en cuantía suficiente. Por lo general, el ofrecimiento de sustitución de una medida cautelar por caución es una petición dirigida al juez pero en el caso concreto de este embargo constituye un “acto de causación”. La caución la fija el tribunal al acordar el embargo (art. 700, III LEC).

Dos son las diferencias en este punto en cuanto a la redacción del artículo 700, III respecto al 923, III. En primer lugar, el artículo 700, III LEC ha sustituido el término fianza por el de caución, más exacto. Y, en segundo lugar, integra una laguna de la anterior legislación al fijar qué forma puede tener la caución<sup>198</sup>. La caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate (art. 529 en relación con el 700, III LEC). El embargo o la fianza se mantienen mientras se desarrolla la ejecución en forma específica. Si ésta no se realiza, el embargo preventivo se transforma en ejecutivo y se procede a

---

FERNÁNDEZ (*Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., págs. 765-766) que si la “suficiencia de la fianza resulta manifiestamente inadmisibile, su impugnación estaría suficientemente justificada pudiendo interesarse a través de los pertinentes recursos”.

<sup>197</sup> Respecto a los bienes susceptibles de embargo véase el Epígrafe segundo (La responsabilidad “universal” del deudor) del Capítulo IV.

<sup>198</sup> La doctrina y, en ocasiones, la jurisprudencia, ante la falta de referencia expresa a este punto en la LEC de 1881, consideraba que eran capaces de enervar el embargo preventivo la prenda y la hipoteca. No se admitía la garantía personal o fianza aunque sí el aval bancario (véase, por ejemplo, el auto de la Audiencia Territorial de Barcelona de 27 de febrero de 1985, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1985, pág. 387).

la ejecución genérica mediante la realización de los bienes embargados en la cantidad necesaria para cubrir los daños y perjuicios y las costas. En aquella parte que excede, el embargo es levantado.



**Sección II:**  
**Las medidas coercitivas.**

**IV. Concepto, finalidad y clases.**

Si la ejecución es, en general, empleo de coacción para llevar a cabo las sanciones; si la conducta a observar no viene “aconsejada” sino “impuesta”, convirtiéndose, de esta forma, en mandato<sup>199</sup>, la actitud reacia del ejecutado no puede ser la línea divisoria que separe la ejecución *in natura* del cumplimiento por equivalente.

“Si la sentencia no penetra realmente en el caso concreto, ha fracasado su finalidad y se confunde con las cuestiones académicas. Frente a la pasividad del obligado, y teniendo en cuenta que la función jurisdiccional implica el poder de juzgar y también el de hacer ejecutar lo juzgado, el Tribunal dispone, en general de dos caminos para poner en práctica la sentencia. El primero de ellos, es el camino directo, es decir, el ejercicio de la *vis absoluta*, que supone la realización de la condena por medio de terceros, mediante el empleo de la fuerza pública, etc. Esto ocurre cuando el objeto de la prestación está al alcance

---

<sup>199</sup> CARNELUTTI, *Sistema...*, cit., pág. 24.

de la judicatura, por ejemplo, en las obligaciones de hacer fungibles o no personalísimas.

Existe un segundo camino que pretende que sea el propio deudor quien cumpla personalmente con su obligación. Lo que se hace es coaccionar al condenado, colocándolo o amenazando con colocarlo en una situación tan desventajosa en el supuesto de incumplimiento, que para evitarla prefiera cumplir la condena.

Tengamos en cuenta, además, que hay supuestos en que es indiferente seguir el primer o el segundo caminos pero que hay otras situaciones en las que únicamente la segunda vía nos sirve, por ejemplo, en las obligaciones de hacer personalísimas<sup>200</sup>.

Por otro lado, la tutela del acreedor de las obligaciones de hacer o no hacer por medio de equivalente pecuniario se adapta mal a muchas situaciones, principalmente a las de tipo no patrimonial, que se ligan frecuentemente a derechos fundamentales (como el derecho a la vida, al honor, etc)<sup>201</sup>. En este sentido se nos muestra como imprescindible la adopción de las medidas que sean necesarias para que el acreedor consiga el hacer personalísimo a que tiene derecho, de forma que sea la imposibilidad (física o jurídica) y no el dejar transcurrir el plazo fijado por el juez, la que genere la sustitución de la ejecución en forma específica por la ejecución genérica.

Si queremos que el deudor cumpla, deberemos utilizar aquellos mecanismos que le hagan ver que es más beneficioso cumplir en forma

---

<sup>200</sup> Cfr. GELSI BIDART, *Medidas para asegurar...*, cit., pág. 310 y ss.

<sup>201</sup> PELLEGRINI GRINOVER, A., *Tutela jurisdiccional en las obligaciones de hacer y de no hacer*, en RDP, 1997, n.º. 1, pág. 141.

específica que soportar las medidas coercitivas y la indemnización de daños y perjuicios<sup>202</sup>.

Las medidas, en general, son medios adecuados para el logro de un fin, de una finalidad. Pueden ser preventivas y represivas. Las *medidas preventivas* son aquellas que tienden a “prevenir” el mal ejercicio del derecho subjetivo, no la violación de la obligación. El carácter de estas medidas se muestra con gran claridad en la institución de las medidas de seguridad. En cambio, las *medidas represivas*, también denominadas sanciones, consisten en la producción de un mal a quien haya violado un precepto determinado<sup>203</sup>.

Una posición intermedia entre las medidas preventivas y las represivas ocupan las denominadas *medidas coercitivas* que son aquellas que actúan sobre la voluntad del ejecutado, persuadiéndole para que realice la prestación a la que está obligado. Coinciden con las medidas represivas en que el incumplimiento ya se ha producido y con las preventivas en que su finalidad es, precisamente, eliminar dicho incumplimiento. Se infligen no sólo porque se ha desobedecido el mandato sino también para que sea obedecido. Su finalidad es satisfactoria no aflictiva<sup>204</sup>.

El fin de las medidas coercitivas es disuasorio. No se trata de imponer una pena que castigue el incumplimiento, ni de indemnizar el daño y perjuicio causado, sino de conducir al condenado hacia el cumplimiento efectivo de la obligación, y es cierto que esta coacción psicológica puede resultar verdaderamente eficaz.

---

<sup>202</sup> En este sentido, entre otros, PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1975, págs. 626-627.

<sup>203</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Sistema...*, cit., pág. 25.

<sup>204</sup> Cfr. CARNELUTTI, op. cit., pág. 214.

Las medidas coercitivas pueden dividirse en personales<sup>205</sup> o corporales (por ejemplo, el apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad) y patrimoniales (por ejemplo, los apremios pecuniarios). Las primeras son las que recaen sobre la persona del deudor amenazándolo con perder su libertad, mientras que las segundas recaen sobre su patrimonio<sup>206</sup>.

Una de las novedades más importantes –por su imperiosa necesidad– de la LEC de 2000 ha sido la introducción de medidas coercitivas dirigidas a disuadir (a refrenar) al deudor-ejecutado en su ánimo incumplidor, superándose ya de forma explícita el aforismo *nemo ad factum praecise cogi potest*. Nuestra LEC al referirse de modo general a las medidas coercitivas utiliza los términos “apremios personales” y “multas pecuniarias” (cfr. art. 699, II LEC), pudiendo a primera vista de ello deducirse, que las medidas personales se denominan “apremios” y las pecuniarias “multas”. Sin embargo, en los preceptos siguientes, que ya se refieren a medidas concretas, se utiliza el término apremio también para referirlo a multa (cfr. art. 709.1 LEC). En consecuencia, el término apremio debe ser entendido, tal y como lo hace el diccionario de la Real Academia Española, como el mandamiento de autoridad judicial para compeler *al pago de alguna cantidad* o al *cumplimiento de otro acto*

---

<sup>205</sup> VIERA RUIZ (*Problemas actuales...*, cit., págs. 42-43) distingue, dentro de las medidas coercitivas personales, dos tipos: 1. Medidas disciplinarias, como por ejemplo, el “Contempt of Court” del derecho anglosajón. 2. Sanción penal, como el delito de desobediencia a la autoridad. Para el autor las “sanciones penales tienen el defecto de ser demasiado rígidas; son definitivas y no revocables; el cumplimiento tardío del reo atenúa su responsabilidad pero no extingue el delito”.

<sup>206</sup> Se ha producido una evolución de la coacción *in personam* a la coacción *in rem*. Antiguamente existía la *manus iniectio*; ejercida ésta, y no apareciendo el *vindex* que tomara causa para sí, el acreedor tenía el derecho de llevar a su deudor prisionero a su casa, cargado de cadenas, según peso fijado por la ley y determinado el alimento a recibir (AYARRAGARAY, C., *Introducción a la ejecución de sentencia*, Valerio Abeledo editor, Buenos Aires, 1943, pág. 91). Es cierto que nuestra ejecución es principalmente patrimonial pero no exclusivamente; no olvidemos el lanzamiento de los ocupantes de un inmueble que deba ser entregado (cfr. art. 704 LEC).

*obligatorio*. Es decir, los apremios pueden ser tanto personales como pecuniarios. Apremios pecuniarios y multas<sup>207</sup> coercitivas son, en la LEC, una misma institución<sup>208</sup>.

La LEC ha roto con la terminología utilizada por la LPL. En ésta se consideran apremios pecuniarios a aquellos que se imponen a las parte, en cambio, cuando se imponen a terceros, se utiliza la denominación “multas coercitivas”<sup>209</sup>.

A continuación, analizamos el delito de desobediencia a la autoridad y las multas coercitivas, puesto que son las medidas que la LEC prevé expresamente para los supuestos de ejecución por obligaciones de hacer y de no hacer<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup> La expresión multa hace referencia, en todo caso, a una cantidad de dinero. Según el diccionario de la Real Academia Española la multa es “una *pena pecuniaria* que se impone por una falta, exceso o delito, o por contravenir a lo que con esta condición se ha pactado”.

<sup>208</sup> Cfr. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 641.

<sup>209</sup> Así, el artículo 238. 2 y 3 LPL establece: “2. *Frente a la parte que, requerida al efecto, dejare transcurrir, injustificadamente, el plazo concedido sin efectuar lo ordenado y mientras no cumpla o no acredite la imposibilidad de su cumplimiento específico, el Juzgado o Tribunal, con el fin de obtener y asegurar el cumplimiento de la obligación que ejecute, podrá, tras audiencia a las partes, imponer apremios pecuniarios, cuando ejecute obligaciones de dar, hacer o no hacer o...*

3. *De la misma forma y con idéntico límites, el órgano judicial podrá imponer multas coercitivas a quienes, no siendo parte en la ejecución, incumplan injustificadamente sus requerimientos...*”.

<sup>210</sup> Además de esas medidas la LEC de 2000 recoge expresamente otras dos: el lanzamiento de personas y la entrada en lugares cerrados. Sin embargo, éstas medidas no entendemos oportuno analizarlas en el presente trabajo por ser propias de la ejecución por obligaciones de dar no dinerarias (cosa mueble o inmueble). Baste señalar, respecto a la primera, que se trata de una medida ya conocida. No olvidemos que ya antes de la LEC de 2000 era posible el lanzamiento en los supuestos de desahucio (véanse, también, la STS de 15 de noviembre de 1974 [RA 4238] y el AAP de Zaragoza de 7 de marzo de 1996 [El Derecho 96/1857]).

En cuanto a la entrada en lugar cerrado, esta diligencia se encontraba regulada para el proceso penal principalmente en los artículos 545 y ss de la LECrim. Sin embargo, a pesar de no estar recogida expresamente por la LEC de 1881, la doctrina predicaba su aplicación también al proceso civil. En este sentido, entendía BROCÁ-MAJADA (*Práctica Procesal Civil, tomo V, Jurisdicción contenciosa*, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 3522) que “si para una cosa de tal gravedad como es aprehender a una persona se puede violar el domicilio, incluso

## V. El delito de desobediencia a la autoridad.

### A) Regulación.

El delito de desobediencia a la autoridad está recogido en el artículo 556 CP<sup>211</sup>: *“Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”*.

La aplicación de este delito en los supuestos de ejecución por obligaciones de hacer y no hacer (también de dar), aunque no estaba expresamente recogida en la LEC de 1881, sí estaba suficientemente aceptada

---

por los meros Agentes de la Policía, para lo menos sagrado, respecto a aquél, que es aprehender sus bienes o embargárselos no creemos que rija una mayor prohibición”. Incluso, el propio TC consideraba que el juez penal no ostenta el monopolio de las autorizaciones para la entrada y registro en los domicilios, con lo que está dando a entender que también pueden ser competentes, por ejemplo, los jueces civiles (STC 22/1984, de 17 de febrero de 1984, ATC 272/1985, de 24 de abril de 1986).

Por lo demás, señalar que esta diligencia tiene un doble componente: por un lado, la entrada en lugar cerrado y, por otro, el registro de dicho lugar. En este último aspecto de la diligencia, recae sobre libros, papeles, etc. La LEC (art. 701) posibilita la entrada en lugar cerrado sin referirse, a diferencia de la LECrim, al registro. Sin embargo, a pesar de la literalidad de la ley, es perfectamente posible (y, generalmente, necesario) el registro del lugar. Para un análisis de los requisitos, efectos, etc, de esta diligencia, pueden verse, BARONA VILAR, S, *Entrada y registro en lugar cerrado (un análisis de la diligencia desde el prisma jurisprudencial y constitucional)*, en Cuadernos de Política Criminal, Madrid, 1995; GÓMEZ COLOMER, J.L., *Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español*, en Revista de Derecho Procesal, 1993; FIGUEROA NAVARRO, M. C., *Entradas y registros domiciliarios*, Tecnos, 1994.

<sup>211</sup> Este delito estaba regulado en el artículo 237 del anterior Código penal (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre por el que se publica el Código penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre) en idénticos términos. La única diferencia radica en lo relativo a la pena que actualmente es de seis meses a un año de prisión, mientras que en el CP anterior era de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pts. Una pena considerablemente superior que, al menos teóricamente, supone una mayor coerción sobre el

por la doctrina; y es que la necesidad y el deber de prestar colaboración en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, establecido en el artículo 118 de nuestra norma fundamental, así lo aconsejaban. Incluso hay quien había manifestado<sup>212</sup> que echaba de menos un tipo penal relativo a la obstrucción de la justicia.

Se mostraban partidarios de la aplicación del delito de desobediencia a la autoridad, entre otros, MONTERO AROCA<sup>213</sup> y RAMOS MÉNDEZ<sup>214</sup>. Sin embargo a MUÑOZ SABATE<sup>215</sup> la aplicación del delito le merecía poca confianza porque consideraba que era “absurdo, *iure conditio*, pensar que toda la gama de desobediencias a proveídos del órgano judicial pueden paliarse merced a la aplicación del artículo 237 CP (actual art. 556 CP). Y la práctica nos ha

---

incumplidor. Quizás la amenaza de prisión de seis meses a un año le haga reconsiderar más seriamente si realmente le conviene no cumplir la condena.

<sup>212</sup> SERRANO BUTRAGUENO, *Ejecución se sentencias civiles y penales*, Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, Eurolex, Madrid, 1994, con DE LA MATA AMAYA, J., FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., ILLESCAS RUS, A.V., MARTÍN BERNAL, J.M., MURIEL ALONSO, M<sup>a</sup>.J., PALOMO DEL ARCO, A., PUYOL MONTERO, F.J. y SANTOS NAVARRO, I., pág. 18. CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., págs. 194 y ss.) se plantea incluso la posibilidad de que el condenado que incumple sea procesado por delito de quebrantamiento de condena. Lamenta que ya en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal no constara este delito para el incumplimiento de condenas civiles y que en el texto finalmente aprobado tampoco conste. Concluye que con la redacción que se ha dado a este delito en el CP (art. 468) es imposible aplicarlo a las condenas civiles.

<sup>213</sup> *Derecho jurisdiccional...*, (1998), cit., pág. 498.

<sup>214</sup> *Derecho procesal...*, cit., pág. 1025.

<sup>215</sup> *La ineficacia de las reclamaciones judiciales de cantidad en España (Notas para un estudio de la conducta forense)*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1972, págs. 93-94. Por su parte opinaba CÓRDOBA RODA, J. (*El cumplimiento de resoluciones judiciales y el delito de desobediencia*, en Actualidad Jurídica, 1981, I, pág. 9) que para que el delito de desobediencia a la autoridad fuera aplicable al incumplimiento de resoluciones judiciales, debían cumplirse dos condiciones. “Primero, que el grado de aplicación del precepto a la realidad social y, a la inversa la cifra oscura de criminalidad, alcanzaran cotas satisfactorias. Y segundo, que el precepto penal se aplicara por igual a todos los hechos subsumibles en él que en la práctica se produzcan. Un examen de la realidad, por somero y elemental que sea, conduce a negar que dichas condiciones se cumplan” (...) y concluía (pág. 14) que el hecho de “que la aplicación de dicho precepto sea escasa o insatisfactoria..., resulta más bien atribuible a la falta de

demostrado que sólo en casos muy excepcionales recurren los juzgadores a la remisión del llamado ‘tanto de culpa’. Basta con pensar que en múltiples ocasiones se trata de conductas asaz sibilinas difíciles de subsumir en la gravedad del tipo penal...”

Sí se refiere expresamente a la posible aplicación del delito de desobediencia a la autoridad al incumplimiento de resoluciones judiciales la nueva LEC, concretamente lo hace respecto al incumplimiento de condenas de no hacer (art. 710 LEC) y de condenas de dar cosa mueble determinada (art. 701.2 LEC). En el supuesto de incumplimiento de condena a la entrega de cosa mueble determinada podrán incurrir en delito de desobediencia a la autoridad no sólo el ejecutado sino también los terceros interrogados sobre el paradero de la cosa. No establece esa posibilidad de forma expresa, en cambio, respecto al incumplimiento de obligaciones de hacer personalísimas, para las que fija como medida coercitiva los apremios pecuniarios. Sin embargo, como veremos, también respecto a la ejecución de éstas condenas podría llegar a aplicarse el apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad (por la vía de la “...*adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante...*”, art. 709.3 LEC)<sup>216</sup>.

También si el sujeto pasivo de la resolución judicial es la Administración debe favorecerse el cumplimiento mediante la amenaza que el ser procesado por este delito supone. “De poner en duda su justificación se alentaría una discriminación a favor de la Administración con respecto a los particulares obligados por resoluciones judiciales. Respecto a estos nadie cuestiona que su oposición al cumplimiento de las decisiones de los tribunales de Justicia

---

realización de la ley penal, consiguiente a la insuficiencia que hoy notoriamente aqueja a la Administración de Justicia”.



constituye el delito de resistencia o desobediencia grave a la Autoridad (...). Y es que que la Administración recalcitrante al cumplimiento de las resoluciones judiciales no puede ser tratada de manera distinta a los particulares desobedientes, es algo que lo preceptúa el propio artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>217</sup>.

*B) Bien jurídico protegido.*

Tradicionalmente se decía que el bien jurídico protegido en el delito de desobediencia a la autoridad era al “principio de autoridad” es decir, “la idea de subordinación, la posición relevante de autoridades y funcionarios”. En este sentido, por ejemplo, la STS de 5 de marzo de 1976 [RA 977] considera que el delito de desobediencia a la autoridad o a sus agentes “tutela el ejercicio jurídico del desempeño de su poder e imperio, que deben desarrollar en relación a los ciudadanos, y en provecho del orden publicitario y de la paz social evitando los ataques materiales, resistencias y desobediencias antijurídicos, que supongan ofensa o menosprecio al principio de autoridad que representan”<sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup> Véase el subapartado c) (*Realización de la actividad por el propio deudor. La imposición de apremios pecuniarios*) del apartado C), del epígrafe XVIII, de la Sección IV, del Capítulo II.

<sup>217</sup> ROLDÁN BARBERO, H. (*El delito de desobediencia a la autoridad y la resistencia de la Administración al cumplimiento de las sentencias y otras resoluciones judiciales en el procedimiento administrativo*, en *La Ley*, 1990, pág. 951). El artículo 109 estaba contenido en la antigua LJCA de 27 de diciembre de 1956. La actual LJCA no contiene un precepto de contenido similar.

El autor justifica (pág. 946) la aplicabilidad del derecho penal “porque es acorde con una política criminal impositiva que permita remover –y parafraseo el artículo 9.2 de la Constitución- los obstáculos que impiden y dificultan la plenitud de la igualdad. Y a las Administraciones públicas hay que imponerles también comportamientos”.

<sup>218</sup> También en este sentido la STS de 1 de junio de 1981 [RJ 1981/2559] entiende que “la esencia de tales tipicidades (delitos de resistencia y desobediencia) radica en la necesidad de garantizar el principio jerárquico de autoridad..., para hacer viable la realización del derecho y la coexistencia social pacífica de las relaciones interindividuales...”. Esta postura fue criticada

Pero el principio de autoridad puede ser entendido en un sentido distinto al tradicional; puede ser entendido funcionalmente, es decir, en su función de protección jurídica de la comunidad. En este sentido, la STS de 16 de julio de 1988 [RJ 1988/6595] afirma que la *ratio legis* del delito de desobediencia “no es el principio de autoridad sin más, sino el aspecto funcional del ejercicio de la autoridad”<sup>219</sup>.

Partiendo de esto se asegura que “los poderes públicos no tienen una dignidad en el mismo sentido que la poseen las personas individuales; pero sí, en cuanto poderes legítimos, merecen y precisan el respeto de los ciudadanos, no hay inconveniente alguno en seguir hablando de dignidad respecto a ellos: de una dignidad entendida *funcionalmente*, como requisito imprescindible de su buen funcionamiento.

Desde esta perspectiva, el contenido de injusto se hallaría representado por la lesión de esa dignidad funcional. En definitiva, aparecerían como delitos contra el buen funcionamiento de los poderes públicos”<sup>220</sup>.

---

principalmente por Octavio de Toledo. Cita recogida en JUANATEY DORADO, C., *El delito de desobediencia a la autoridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 24 y ss.

<sup>219</sup> Vid. también JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia...*, cit., pág. 36.

<sup>220</sup> VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte especial*, con BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 787. Para CASARES VILLANUEVA, M.L. (*Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad*, en Poder Judicial, nº. 40, oct-nov 1995, pág. 150) “el bien jurídico que se protege o que se aspira a proteger a través de estas figuras delictivas es el principio de autoridad, concretado en la dignidad de la función pública...”. No matiza la autora en sentido debe darse al término ‘dignidad’.

C) *Conducta típica.*

El problema del principio de autoridad (funcional) como bien jurídico no es otro, que el de fijar cuáles son sus límites, qué debe entenderse por autoridad y cuando debe decirse que la autoridad actúa en el ejercicio de sus funciones<sup>221</sup>.

Desobedecer es incumplir una orden o un mandato emanado de la Autoridad o de sus agentes, mandato que, para ser legítimo, deberá revestir las formalidades legales y hallarse dentro de la competencia de quien lo emite<sup>222</sup>, es decir, en el ejercicio de sus funciones.

Desobediencia equivale al acto de oposición, persistente y reiterado. El simple retraso en el cumplimiento de la conducta prescrita no debe dar lugar a la estimación del presente delito. La oposición (STS de 4 de junio de 1971 [RA 2747]) debe tener cierta duración o reiteración. En este sentido (STS de 23 de marzo de 1953 [RA845]) la desobediencia al cumplimiento de decisiones judiciales no siempre se produce de manera inmediata, sino que suele tener un período de gestación de mayor o menor duración durante el cual se van perfilando los elementos constitutivos del tipo delictivo y que culmina cuando de forma franca y abierta se manifiesta resuelta actitud de no ejecutarlas, como se deduce de modo inequívoco de la persistente oposición a los requerimientos formales de la autoridad legítima<sup>223</sup>.

El delito puede ser, en general, realizado por omisión o por acción, dependiendo de que el mandato recibido sea a un hacer o a un no hacer (STS de 5 de julio de 1989, [RA 6089]). A primera vista parece que el artículo 556 CP

---

<sup>221</sup> JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia...*, cit., pág. 39.

<sup>222</sup> PRATS CANUT, J.M., *Comentarios al nuevo Código penal*, con MORALES PRATS, F., VALLE MUÑIZ, J.M., TAMARIT SUMALLA J.M.<sup>a</sup>, y GARCÍA ALBERO, R., Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996.

<sup>223</sup> En CÓRDOBA RODA, *El cumplimiento de resoluciones...*, cit., pág. 11.

manda; pero, en realidad, manda o prohíbe, según el contenido de la orden a la que remite<sup>224</sup>. Así, si la sentencia incumplida condena a un hacer personalísimo y el deudor no hace, se habrá producido el delito por omisión<sup>225</sup>; en cambio, si se condena a no hacer algo y el deudor hace, el delito se habrá producido por acción<sup>226</sup>.

Por otro lado se trata de un delito de actividad, es decir, el delito se consuma con la mera realización del acto que conforma el tipo, sin que sea necesario que se produzca resultado alguno.

Del concepto de desobediencia se deducen las características de la actividad:

1. Es necesaria la existencia de una orden (STS de 1 de junio de 1981 [RJ 1981/2559]), es decir, de un mandato legal (acorde con la ley) y expreso dictado por la Autoridad. En nuestro caso esta orden se traduce en una sentencia de condena. Pero no basta con la sentencia de condena sino que es necesario, además, que el juez requiera formalmente al deudor de poder incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad si persiste en su incumplimiento.

---

<sup>224</sup> VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 2087. Parte de la doctrina penalista entiende que el delito de desobediencia a la autoridad es un puro delito de omisión. En este sentido, por ejemplo, Jaso y Rodríguez Muñoz (en CEREZO MIR, J., *Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia*, en Problemas Fundamentales del Derecho Penal, Tecnos, Madrid, 1982, pág. 249).

<sup>225</sup> La LEC/2000 (art. 709) no recoge expresamente que ante el incumplimiento de condenas de hacer personalísimo sea posible aperecibir al deudor con ser procesado por delito de desobediencia a la autoridad en caso de seguir incumpliendo. El artículo 709 LEC permite al acreedor optar entre recibir el equivalente pecuniario de la prestación incumplida o que se apremie al deudor con multas mensuales. Sin embargo, como veremos en la Sección cuarta del Capítulo siguiente, en nuestra opinión será posible aperecibir al deudor con ser procesado por delito de desobediencia a la autoridad, cuando el acreedor lo solicite una vez transcurrido un año desde la imposición de la primera multa sin que se haya producido el cumplimiento de la condena.

<sup>226</sup> Entiende CASARES VILLANUEVA (*Atentado, resistencia...*, cit., pág. 166) que si la orden es prohibitiva es necesario "que la conducta que se prohíba sea ilícita, puesto que en

2. El mandato o la orden (la sentencia de condena), en segundo lugar, debe ser emitida por la Autoridad en el ejercicio de sus funciones<sup>227</sup>, dentro de los límites de su respectiva competencia<sup>228</sup> (STS de 1 de junio de 1981 [RA 2559]). El problema es determinar si existen mandatos antijurídicos obligatorios. Se entiende que el incumplimiento de una orden, manifiestamente antijurídica, emitida por la Autoridad o sus agentes, fuera de los límites de sus funciones, no generaría delito de desobediencia a la Autoridad porque en ningún caso una orden manifiestamente antijurídica puede ser emitida “en el ejercicio de sus funciones”. Por tanto, no existirían mandatos antijurídicos obligatorios.

En conclusión: la sentencia que se desobedece ha de ser emanada de un juez o tribunal en ejercicio de su potestad (función) jurisdiccional (art. 117.3 CE). La sentencia no será considerada orden antijurídica por el hecho de que

---

caso contrario se vulneraría el valor superior de la Libertad consagrado en el artículo 1.1 de nuestra Constitución”.

<sup>227</sup> El significado de la expresión “en el ejercicio de sus funciones” ha sido discutido por la doctrina. Los diversos posicionamientos están recogidos en JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia...*, cit, págs. 96 y ss. Existen principalmente dos posiciones. La primera entiende que “en el ejercicio de sus funciones” hace referencia al conjunto abstracto de las funciones de la Autoridad o del agente, aunque el acto concreto sea discutible. Postura más restringida a la anterior es aquella que afirma que para poder considerar que la Autoridad o el agente actúa en ejercicio de sus funciones es necesario que dicho ejercicio sea legal, es decir, conforme a derecho. Para la autora “la autoridad o sus agentes pueden, al dictar órdenes de cumplimiento posible y actuando dentro del ámbito abstracto de sus competencias, cometer abusos, equivocarse, infringir normas jurídicas, etc. Y estos abusos, errores, infracciones normativas, pueden ser de muy diferente intensidad. Por eso, habrá que concretar si cualquiera de esas circunstancias, y sea cual sea su gravedad, impiden hablar de “ejercicio de sus funciones”; o si, por el contrario, sólo algunas de ellas –las más graves- excluyen dicho elemento típico (...). Esto es lo que sucede, a su juicio, cuando la directiva de la autoridad o de sus agentes es “manifiestamente antijurídica. Cuando esto ocurra no es posible hablar de “ejercicio de sus funciones”. Sin embargo, en los demás casos, esto es, cuando la orden no sea “manifiestamente antijurídica” existirá obligación jurídica de obedecer con independencia del juicio crítico que aquella pueda merecer: existe una presunción de legalidad en favor de la actuación de la autoridad (...). Esto es, en principio, hay obligación de obedecer a la autoridad, aun cuando sus órdenes sean antijurídicas, siempre que no lo sean de manera manifiesta”.

<sup>228</sup> PRATS CANUT, *Comentario al nuevo...*, cit., pág. 2179.

haya sido dictada por un Tribunal superior (al conocer del recurso) en contraposición de la que fue dictada en primera instancia. Tanto el tribunal superior como el inferior pueden haber desempeñado las funciones propias de su cargo conforme a derecho, no obstante la discrepancia existente entre las resoluciones adoptadas por uno u otro en relación a un mismo hecho<sup>229</sup>.

3. El mandato (en nuestro caso, la sentencia de condena) debe ser expreso, terminante, claro (SSTS de 10 de julio de 1982 [RA 4513] y de 1 de junio de 1981 [RA 2559]), obligatorio, de cumplimiento posible y no puede constituir (el mandato) delito o falta.

Si la orden es de cumplimiento imposible no hay obligación de obedecer a la autoridad, porque el deber de obedecer solo surge cuando los mandatos reúnan las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico. No se puede obedecer lo que es imposible obedecer y sólo puede desobedecer quien tiene la capacidad y la oportunidad de obedecer<sup>230</sup>. En este sentido, el incumplimiento de la condena por imposibilidad de la obligación no supone delito de desobediencia, sino su transformación en una cantidad de dinero (ejecución genérica o por equivalente).

Por otro lado, si la orden no es concreta, es decir, si es abstracta, tampoco podría apreciarse delito de desobediencia (STS de 5 de julio de 1989 [RA 6089]).

4. El mandato debe ir, en cuarto lugar, dirigido, concreta y expresamente, a la persona que lo desobedece<sup>231</sup> (STS de 1 de junio de 1981

---

<sup>229</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA, *El cumplimiento de resoluciones...*, cit, pág. 12.

<sup>230</sup> JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia...*, cit., pág. 52. CEREZO MIR, *Los delitos de atentado...*, cit., pág. 250.

<sup>231</sup> No es suficiente con la notificación por cédula. Así lo entendió, por ejemplo, la STS de 20 de abril de 1972 [RA 1749] en la que no se aprecia delito de desobediencia porque los requerimientos se hicieron mediante cédula y no consta que el obligado al cumplimiento tuviera conocimiento. Por otro lado, para CASARES VILLANUEVA (*Atentado,*

[RA 2559]), es decir, que el mandato ha de ser conocido por su destinatario y en este sentido, la desobediencia a una disposición de carácter general no está comprendida en esta figura delictiva<sup>232</sup>. Además es necesario un requerimiento formal, personal y directo. La sentencia de condena va dirigida concreta y expresamente al condenado.

5. El mandato, la sentencia, ha de ser voluntariamente incumplido. En este sentido se dice<sup>233</sup> que la actitud de la persona a quien se ha notificado la orden sea de abierta negativa a obedecerla.

6. La comisión ha de ser dolosa. Es inexistente la modalidad de desobediencia culposa<sup>234</sup>. Tampoco existen las formas imperfectas de comisión de este delito (tentativa y frustración).

La existencia de dolo se traduce en que el autor debe saber que el sujeto que emite la orden es una autoridad (esto se sabe a través de determinados datos como, por ejemplo, vestir uniforme, llevar placa identificativa...) y que ésta ha sido dictada en el ejercicio de sus funciones. El incumplimiento de la condena es doloso puesto que el condenado sabe que la orden ha sido emitida por el juez o tribunal (autoridad) y en el ejercicio de sus funciones (la función jurisdiccional).

---

*resistencia...*, cit., pág. 167) “las órdenes verbales que dan los agentes de tráfico tendrán igual validez, aun cuando no se aperciba expresamente que, de no proceder a su cumplimiento, se podrá incurrir en un delito de desobediencia a agente de la autoridad”.

<sup>232</sup> CERESO MIR, *Los delitos de atentado...*, cit., pág. 249.

<sup>233</sup> PRATS CANUT, *Comentario al nuevo...*, cit., pág. 2179.

<sup>234</sup> Sin embargo para CERESO MIR (*Los delitos de atentado...*, cit., págs. 251-252) “la desobediencia puede ser culposa (por olvido o error vencible), pero si la resistencia culposa es impune parece debe serlo también la desobediencia”. De hecho manifiesta que no conoce “ningún caso de punición de la desobediencia culposa en nuestra jurisprudencia, aunque en alguna sentencia del Tribunal Supremo parece no descartarse esa posibilidad”.

7. La desobediencia ha de ser grave porque, en caso contrario, nos encontraríamos ante un supuesto de falta regulado en el artículo 634 CP<sup>235</sup> y siendo así la pena a aplicar no sería prisión sino multa de 10 a 60 días.

No establece la Ley criterio alguno que nos diga cuando la desobediencia debe ser considerada grave y cuando leve. Deberán ser los tribunales los que, en cada caso concreto, determinarán si estamos ante un delito o ante una falta. Así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo, quien en sentencia de 1 de junio de 1989 [RA 2559] establece que la diferencia entre el delito y la falta de desobediencia es problemática, abstracta e imprecisa y es necesario el empleo, por los tribunales, de un criterio valorativo de detalle para precisar si hubo o no gravedad.

En todo caso, creemos que sería deseable que se precisara en la ley, en la medida de lo posible, el criterio que deba servir de orientación a los tribunales para medir la gravedad de la desobediencia<sup>236</sup>. Mientras tanto la jurisprudencia se ha referido a circunstancias diversas para determinar la gravedad o no de la desobediencia. La STS de 1 de junio de 1981 [RA 2559] dice que habrá de tenerse en cuenta la materia sobre la que verse el mandato, su origen, la jerarquía de la autoridad de quien procede, la relación de dependencia y condiciones subjetivas del obligado a cumplirla, el lugar y tiempo de su realización, el desprestigio que ocasiona al principio de autoridad y el modo y manera empleado para hacerla ineficaz. En fin, se trata (STS de 5 de julio de 1989 [RA 6089]) de una contumaz y recalcitrante negativa a cumplir la orden o mandato.

---

<sup>235</sup> La falta de desobediencia a la autoridad estaba regulada en el anterior CP en el artículo 570 que establecía como sanción la multa de 5.000 a 25.000 pts.

<sup>236</sup> Son palabras de CEREZO MIR, *Los delitos de atentado...*, cit., pág. 251.



Si en el supuesto de incumplimiento de condenas atendemos a las circunstancias (materia sobre la que versa el mandato, su origen, la jerarquía del juez, la relación de dependencia y condiciones subjetivas del condenado, el desprestigio que ocasiona al principio de autoridad, etc.) cabe calificar la desobediencia de grave y, por tanto, constitutiva de delito, no de falta.

Además, para poder entender que se ha producido desobediencia grave como consecuencia del incumplimiento de resoluciones judiciales se ha venido exigiendo el transcurso de un periodo más o menos mayor de tiempo y la realización de requerimientos formales<sup>237</sup>. En este sentido en la STS de 23 de marzo de 1953 [RA 845] se fijaba que “la desobediencia al cumplimiento de decisiones judiciales no se produce siempre de manera inmediata, sino que suele tener un período de gestación, de mayor o menor duración durante el cual se van perfilando los elementos constitutivos del tipo delictivo y que culmina cuando de forma franca y abierta se manifiesta la resuelta actitud de no ejecutarlas, como se deduce de modo inequívoco de la persistente oposición a los requerimientos formales de la autoridad legítima...”.

8. Por último, la acción debe ir dirigida a desprestigiar el principio de autoridad (STS de 30 de marzo de 1973 [RA 1466]). El problema que encontramos es determinar cuándo habrá de considerarse que la intención del sujeto que incumple es desprestigiar el principio de autoridad; parece ser que el incumplimiento del mandato de forma repetida, insistente e intencionada denota por sí solo un menosprecio a la autoridad y un menoscabo y desprestigio del respeto y consideración de que es merecedora (STS de 23 de junio de 1964 [RA

---

<sup>237</sup> Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, cit., págs. 1025-1026. Por nuestra parte, entendemos que un solo requerimiento con apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad es suficiente. No son necesarios, a nuestro parecer, varios requerimientos.

3198])<sup>238</sup>. Por tanto, "en el incumplimiento a los mandatos judiciales está comprometido el principio de autoridad de los magistrados, el prestigio de su investidura"<sup>239</sup>.

*D) Sujeto activo y sujeto pasivo.*

*Sujeto activo* es, según el artículo 556 CP en relación con el 550 CP, cualquier persona que no cometa atentado (...*los que no estén comprendidos en el artículo 550 CP...*), aunque sea funcionario, autoridad o agente. En nuestro supuesto el sujeto activo es la persona que incumple la sentencia de condena a un hacer personalísimo o a un no hacer (el condenado<sup>240</sup>).

En cuanto al *sujeto pasivo* suele distinguirse entre el sujeto pasivo del delito y el sujeto pasivo de la acción. Sujeto pasivo del delito es el Estado, en cambio, sujeto pasivo de la acción es la Autoridad o sus agentes (en nuestro caso, el juez o tribunal).

El artículo 24 del CP (art. 119 del anterior CP) nos dice a quien corresponde la condición de autoridad: "*A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del*

---

<sup>238</sup> Para CASARES VILLANUEVA (*Atentado, resistencia...*, cit., pág. 193) esa presunción "constituye una verdadera inversión de la carga de la prueba".

<sup>239</sup> VIERA RUIZ, *Problemas actuales...*, cit., pág. 41.

<sup>240</sup> Dentro de la ejecución no dineraria, la LEC, en su artículo 701 relativo a la entrega de cosa mueble determinada, permite apercibir de incurrir desobediencia a la autoridad no sólo al ejecutado sino también a terceros para que digan si la cosa está o no en su poder y si saben dónde se encuentra.

*Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.*

*Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.*

Si lo que caracteriza a la autoridad es el tener mando o ejercer jurisdicción propia, es decir, ser titular de potestad<sup>241</sup>, es evidente que en este concepto están incluidos los órganos jurisdiccionales<sup>242</sup> a los que se atribuye una manifestación de la potestad, la jurisdiccional<sup>243</sup>; tengamos en cuenta que la relación que establece el artículo 24 CP no es exhaustiva.

No establece la ley, sin embargo, una definición de agentes de la autoridad. Doctrinalmente<sup>244</sup> son definidos como aquellos funcionarios públicos cuyo cometido es la ejecución de las decisiones de la autoridad, o aquellos<sup>245</sup> que en el ámbito de la órbita de sus competencias o actividad tienen mando o potestad delegada. En todo caso se debe seguir un criterio restrictivo, es decir, serán agentes de la autoridad aquellos a quien la ley les otorgue esta condición. El problema se ha planteado concretamente respecto a si los vigilante jurados tienen o no carácter de agentes de la Autoridad. Determinadas sentencias (v.gr. STS de 8 de noviembre de 1984 [RJ 1984/5456]) amparándose en el artículo 18

---

<sup>241</sup> MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 9ª ed., págs. 37-39, con GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.

<sup>242</sup> Para DEL TORO MARZAL, A. (*Comentarios al Código Penal*, tomo II, con CÓRDOBA RODA, J., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., CASABÓ RUIZ, J.R., Barcelona, 1972, pág. 749) “no se entiende aquí por jurisdicción sólo el poder o la función de juzgar ni el conjunto de órganos judiciales que incorporan aquél y practican ésta. Se trata de una función a considerar, con Bergeron, como la correspondiente a un segundo grado de control social, que ejecuta las normas imperantes y que se compone de dos órganos: el poder administrativo y el poder judicial”.

<sup>243</sup> MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, I, cit., págs. 39-40.

<sup>244</sup> JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia...*, cit, pág. 83.

del RD de 10 de marzo de 1978 (hoy derogado) sí les atribuían esta condición siempre que prestaran el servicio vestidos de uniforme. Otras sentencias (v.gr. STS de 18 de noviembre de 1992 [RJ 1992/9605]), en cambio, les negaban dicha condición. La legislación actual (Ley 23/92 de 30 de julio y RD 2364/1994 de 9 de diciembre) ha optado por el silencio en este punto con lo que el problema sigue vigente<sup>246</sup>.

*E) Desobediencia grave y resistencia.*

El artículo 556 CP no se refiere solamente a un delito. El precepto regula tanto el delito de desobediencia como el de resistencia a la autoridad o a sus agentes (*Los que..., resistieren a la autoridad o a sus agentes, o los desobedecieren gravemente...*). Entendemos necesario distinguir, siquiera someramente, ambos delitos para entender por qué el incumplimiento de condenas a un hacer personalísimo puede ser considerado delito de desobediencia y no delito de resistencia a la autoridad o a sus agentes.

Según el artículo 550 CP “*son reos de atentado los que acometan a la autoridad, o a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave*<sup>247</sup>, *cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas*”.

---

<sup>245</sup> CASARES VILLANUEVA, *Atentado, resistencia...*, cit., pág. 179.

<sup>246</sup> Para un análisis más detenido de este tema, puede verse, JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia...*, cit., págs. 84 y ss y CASARES VILLANUEVA, *Atentado, resistencia...*, cit., págs. 182-183.

<sup>247</sup> En la regulación contenida en el CP anterior (art. 231.2) la resistencia constitutiva de atentado se caracterizaba únicamente por ser grave, sin que se estableciera nada acerca de la necesidad o no de que fuera activa.

Por su parte, el artículo 556 CP fija que “*los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes...*”. Como observamos, el artículo 556 CP es residual respecto al 550 CP y no se refiere, por tanto, a la resistencia activa y grave (que constituye delito de atentado), sino a la resistencia no grave<sup>248</sup> (que no constituye atentado). Partiendo de lo dicho, veamos qué es lo que distingue a la resistencia (no grave) de la desobediencia.

Para CEREZO MIR<sup>249</sup> lo que distingue la resistencia de la desobediencia es que “en ésta falta toda reacción por medio de la violencia corporal o la intimidación (...). La fuerza que se ejerce solamente sobre las cosas no constituye resistencia, sino simple desobediencia, por ejemplo..., la rotura de precintos, etc. Si la fuerza produce un efecto mediato en la persona del funcionario constituye, en cambio, resistencia; por ejemplo, si se encierra al agente de la autoridad en una habitación”.

Otros autores<sup>250</sup> comparten la opinión de Cerezo Mir pero con una matización: la fuerza sobre las cosas también supone resistencia no simplemente desobediencia. MUÑOZ CONDE<sup>251</sup>, en cambio, considera posible la resistencia sin empleo de fuerza o intimidación.

---

<sup>248</sup> En cuanto a la distinción entre resistencia grave y no grave, según SSTS de 3 de febrero de 1993 [RJ 1993/651], 19 de octubre de 1987 [RJ 1987/7391] etc, se halla en que la resistencia grave supone una oposición activa, airada, violenta y abrupta a la actuación de la autoridad o de sus agentes, mientras que la no grave implica la misma oposición pero de carácter inerte, renuente, obstaculizando o entorpeciendo la actuación de dichos sujetos... De todas formas, como pone de manifiesto JUANATEY DORADO (*El delito de desobediencia...*, cit., págs. 58 a 60) aunque la jurisprudencia habla de oposición inerte, renuente etc, el caso es que en todos estos supuestos hubo algún tipo de forcejeo con la autoridad, algún tipo de agresión de carácter no grave. Por tanto, la resistencia grave es aquella que es claramente activa e implica el empleo de una oposición tenaz, resuelta decidida, con utilización de fuerza real. En conclusión, que habrá que analizar cada caso concreto para ver si la resistencia es o no grave.

<sup>249</sup> CEREZO MIR, *Los delitos de atentado...*, cit., pág. 249.

<sup>250</sup> Vease JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia...*, cit., pág. 57.

<sup>251</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 11<sup>a</sup>. edición, Valencia, 1996, pág. 762.

Por nuestra parte, y siguiendo la posición jurisprudencial, la resistencia implica “una manifiesta y verdadera oposición *de carácter activo* sobre el funcionario o agente de la autoridad ofendido, mientras que la desobediencia consiste en la voluntaria negativa a cumplir las órdenes recibidas o en hacer lo contrario de ella, con el quebranto que tal conducta supone para la autoridad que las dicta...” (STS de 1 de junio de 1981 [RJ 1981/2559]).

En conclusión, el voluntario incumplimiento de resoluciones judiciales supone, o puede suponer, delito de desobediencia a la autoridad porque consiste en la negativa a cumplir, ya sea no realizando aquello a lo que se está obligado, ya sea realizando aquello que se tiene prohibido.

#### *F) Conclusión.*

El incumplimiento de resoluciones judiciales que condenan a un hacer infungible o a un no hacer<sup>252</sup> puede dar lugar a un delito de desobediencia a la autoridad<sup>253</sup>. Y que no se diga que estamos ante un supuesto de prisión por deudas porque en la prisión por deudas el solo hecho de no pagar motivaba la pérdida de libertad, mientras que en nuestro supuesto no es el incumplimiento de una obligación, sino la realización de un delito lo que motiva la pérdida de

---

<sup>252</sup> No resulta aplicable el delito de desobediencia a la autoridad en los supuestos de incumplimiento de condenas de hacer fungibles porque, en primer lugar, no está previsto legalmente; el artículo 706 LEC prevé otros mecanismos eficaces para el cumplimiento de este tipo de condenas. En segundo lugar, el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal hace que este sólo sea aplicable cuando no existe otro mecanismo para conseguir la realización del hacer. Entendemos que la solución legal es la correcta porque parece excesivo permitir el apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad, cuando con la realización del hacer por un tercero se va a satisfacer plenamente el interés del acreedor-ejecutante.

<sup>253</sup> Si existe una causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad (art. 20 CP) no será de aplicación el delito. Si se produce un error vencible de tipo o de prohibición, el delito se reconducirá a simple falta (STS de 29 de enero de 1886 y de 26 de febrero de 1909). Si el error es invencible, el sujeto estará exento de responsabilidad (art. 14.1 CP).

libertad<sup>254</sup>. Es decir, “que cuando frente al incumplimiento que impide la realización de lo convenido en la forma pactada, reacciona la sociedad por el camino enérgico del Derecho penal, no está asociando una pena al incumplimiento, sino incorporando una sanción a la desobediencia, de tal manera que no habrá jamás automatismo incumplimiento civil-pena, sino a través de una resolución judicial que determinará si es justo hacer o no el requerimiento solicitado y posteriormente en otra jurisdicción valorará las consecuencias de la rebeldía del deudor<sup>255</sup>”.

El apercibimiento de poder ser procesado por delito de desobediencia a la autoridad actúa, sin ningún género de dudas, como una medida coercitiva, es decir, como una medida que tiende a presionar la voluntad reticente del condenado e inducirlo al cumplimiento. El hecho de que como consecuencia de su incumplimiento se le pueda procesar por este delito e imponérsele una pena de prisión de seis meses a un año, efectivamente, le hará (al menos) replantearse si de verdad le merece la pena seguir incumpliendo la condena. Y, por supuesto, lo que se debe intentar (y, estamos convencidos, que el hecho de que la LEC se refiera expresamente a este delito lo facilitará) es que la advertencia de la posible comisión del delito de desobediencia sea algo más que una cláusula de estilo de los impresos de citación dirigidos por los poderes públicos a los ciudadanos, similar a la advertencia sobre la posible comisión de un delito de falso testimonio en relación a los testigos<sup>256</sup>.

---

<sup>254</sup> Cfr. MONTERO AROCA, J., *Perfeccionamiento del sistema de ejecución singular. La indefensión del ejecutante*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 278.

<sup>255</sup> Hemos recogido textualmente la opinión de RUIZ VADILLO, *Las obligaciones negativas...*, cit., pág. 64.

<sup>256</sup> CÓRDOBA RODA, *El cumplimiento de resoluciones...*, cit., págs. 9-10.

De hecho, en algunas ocasiones los Tribunales sí han condenado por este delito, principalmente en materia de derecho de familia. Por ejemplo, por STS de 23 de junio de 1964 [RA 3198] se condenó a un padre como autor de un delito de desobediencia grave a la autoridad a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 3.000 pts. El supuesto era el siguiente: el hijo queda en poder del padre pero se establece un régimen de dos visitas semanales al niño por parte de su madre. El padre deja de presentar al niño el día señalado. Ante este acontecimiento se le requiere para que realice las visitas e incumple. Posteriormente es nuevamente requerido esta vez con apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia grave. Ante el nuevo incumplimiento del padre se le condena por dicho delito<sup>257</sup>.

Previsiblemente, el hecho de que ahora la LEC recoja expresamente la posibilidad de condenar por este delito en el caso de incumplimiento de resoluciones judiciales, terminará con la reticencia de los tribunales a considerar el incumplimiento de resoluciones judiciales como delito de desobediencia a la

---

<sup>257</sup> En este mismo sentido la STS de 27 de octubre de 1962 [RA 3783]. Por su parte la STS de 20 de octubre de 1965 [RA 4340] establece que el procesado acató la decisión judicial en cuanto que contra ella no entabló recurso alguno, pero agrega “sin embargo sólo lo hizo exteriormente, pues en su ánimo estuvo y está el impedir llevar a efecto esta comunicación del hijo con la madre” y como hubo “mandato expreso y terminante emanado de la Autoridad judicial, que obraba en el ejercicio de su cargo; en actuaciones de su privativa competencia; una resistencia decidida y contumaz del procesado, que fue personalmente requerido para ello a cumplir el mandato del juez, que tenía fuerza de obligar, puesto que estaba dictado dentro de la esfera de sus atribuciones, desobediencia que hay que reputarla como grave, por la reiterada, clara y manifiesta oposición de acatar lo ordenado por la Autoridad legítima, conducta que entraña menosprecio y desprestigio al principio de autoridad...”.

También en otros ordenamientos se prevé que el incumplimiento de las resoluciones judiciales de lugar a un delito de desobediencia a la autoridad. Así, por ejemplo, el derecho brasileño (art. 340 del Código Procesal Civil) tipifica como delito de desobediencia el incumplimiento de la orden legal de un funcionario. También el artículo 362 que se refiere a la exhibición voluntaria de documento o cosa por tercero, o expedición de mandato de aprehensión y requisición, si es necesario, de fuerza policial, todo ello “sin perjuicio de la responsabilidad por el crimen de desobediencia”.



autoridad y supondrá la aplicación de dicho delito más allá de los supuestos ligados a los derechos fundamentales.

## VI. Las multas coercitivas.

### A) Introducción.

La LEC de 2000 introduce la posibilidad de que el juez imponga al deudor apremios pecuniarios o multas coercitivas que actúen sobre su voluntad y le inciten al cumplimiento<sup>258</sup>. Pero, incluso, antes de la aprobación de la nueva LEC un sector doctrinal minoritario<sup>259</sup> entendía que era posible, ante el incumplimiento de la condena por el deudor, imponerle apremios pecuniarios que removieran su resistencia al cumplimiento.

Las multas coercitivas, aunque totalmente novedosas respecto del proceso civil de ejecución, no son unas desconocidas en nuestro ordenamiento. En este sentido, recogían anteriormente a la LEC de 2000 multas coercitivas los artículos 96 y 99 LRJPAC<sup>260</sup>, artículo 95.4 LOTC<sup>261</sup> y artículo 239 LPL<sup>262</sup>.

---

<sup>258</sup> Las multas coercitivas no sólo se establecen para conseguir la ejecución no dineraria, sino también en otros supuestos. Por ejemplo, pueden imponerse al ejecutado o a terceros que dificulten la administración judicial (art. 676 LEC), por incumplimiento del deber de colaboración (art. 591 LEC) etc.

<sup>259</sup> GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, F., *Ejecución forzosa por obligaciones de hacer, no hacer y dar cosas determinadas*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1974, págs. 855-856; CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., págs. 220-221. Más cauto y respecto de otro país GELSI BIDART (*Medidas para asegurar la efectividad...*, cit., págs. 325-326) tras asegurar que “es necesario establecer medidas adecuadas para lograr en todos los casos la efectividad de la justicia”, concluye que “en los países de derecho de tipo continental la adopción de tales instituciones (*astreintes* y *contempt of court*) sin ley expresa puede suscitar objeciones de ilegalidad”.

<sup>260</sup> El artículo 96.1 LRJPAC considera que “la ejecución forzosa por las Administraciones públicas se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad, por los siguientes medios:

Pero ¿puede considerarse que las diversas multas coercitivas (recogidas en los diversos textos legales) son una misma institución o tienen cada una de ellas naturaleza diversa? Esta cuestión será contestada al distinguir las multas coercitivas de otras figuras afines.

- 
- a) *Apremio sobre el patrimonio.*
  - b) *Ejecución subsidiaria.*
  - c) *Multa coercitiva.*
  - d) *Compulsión sobre las personas”.*

Por su parte, el artículo 99 LRJPAC señala: “1. Cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que éstas determinen, las Administraciones Públicas pueden, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado, en los siguientes supuestos:

- a) *Actos personalísimos en que no proceda compulsión directa sobre la persona del obligado.*
- b) *Actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente.*
- c) *Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona.*

2. *La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas”.*

<sup>261</sup> Artículo 95.4 LOTC: “(el Tribunal) podrá imponer multas coercitivas de 5.000 a 100.000 pesetas a cualquier persona investida o no de poder público que incumpla los requerimientos del Tribunal dentro de los plazos señalados y reiterar estas multas hasta el total cumplimiento de los interesados, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad a que hubiere lugar”.

<sup>262</sup> Artículo 239 LPL: “1. La ejecución se llevará a efecto en los propios términos establecidos en la sentencia.

2. *Frente a la parte que, requerida al efecto, dejare transcurrir, injustificadamente, el plazo concedido sin efectuar lo ordenado y mientras no cumpla o no acredite la imposibilidad de su cumplimiento específico, el Juzgado o Tribunal, con el fin de obtener y asegurar el cumplimiento de la obligación que ejecute, podrá, tras audiencia a las partes, imponer apremios pecuniarios, cuando ejecute obligaciones de dar, hacer o no hacer o para obtener el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas en una resolución judicial. Para fijar la cuantía de dichos apremios se tendrá en cuenta su finalidad, la resistencia al cumplimiento y la capacidad económica del requerido, pudiendo modificarse o dejarse sin efecto, atendidas la ulterior conducta y la justificación que sobre aquellos extremos pudiera efectuar el apremiado. La cantidad fijada, que se ingresará en el Tesoro, no podrá exceder, por cada día de atraso en el cumplimiento, de la cuantía máxima prevista para las multas en el Código penal como pena correspondiente a las faltas.*

3. *De la misma forma y con idénticos límites, el órgano judicial podrá imponer multas coercitivas a quienes, no siendo parte en la ejecución, incumplan injustificadamente sus requerimientos tendentes a lograr la debida y completa ejecución de lo resuelto o para obtener el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas en una resolución judicial”.*

*B) Características.*

*a) En general.*

Las multas coercitivas (contenidas en los arts. 699 y ss. de la LEC) se caracterizan por las siguientes notas:

1. Al igual que la *astreinte*<sup>263</sup>, la multa coercitiva es una medida coercitiva de carácter económico o patrimonial<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> La voz *astreinte* proviene del verbo *astrendere*, del latín *astringere*, que significa apretar, presionar, obligar. Ha sido definida (ARAGONESES MARTÍNEZ, *Las astreintes...*, cit., pág. 53) como “una medida discrecional y conminatoria cuya finalidad consiste en que mediante ella se tiende a obtener el cumplimiento *in natura* de una obligación –de hacer, de no hacer o de deshacer fundamentalmente- que ha sido reconocida o impuesta por una resolución judicial, mediante el establecimiento de una sanción económica generalmente fijada por día de atraso en el cumplimiento, o por otra unidad de tiempo, que aumenta progresivamente, salvo reducción o reajuste del Juez”.

La *astreinte* es una institución que tiene su origen en Francia pero que se ha ido extendiendo por otros países como Bélgica, Argentina, Brasil o Uruguay, aunque las astringencias en cada uno de esos países presenta particularidades. El primer supuesto data de 1811, 25 de marzo, cuando el Tribunal Civil de Cray (Francia) ordenó la rectificación pública a un demandado que había difamado a otra persona. El Tribunal ordena que el condenado debía pagar una suma –todavía no llamada *astreinte*- mientras que no cumpliera su obligación de retractarse (VESCOVI, E., *Astreintes (Estudio comparativo, con motivo de la aprobación de la ley 14.978 de sanciones conminativas en Uruguay)*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1980, pág. 127). De todas formas, inicialmente las astringencias se confundieron con la indemnización de daños y perjuicios.

También los jueces belgas, sin ley, las aplicaron con frecuencia durante el siglo XIX y principios del siglo XX, hasta que en 1924 la Corte de Casación las prohibió: “Ninguna disposición legal permite al juez sancionar sus resoluciones por condenas pecuniarias a título de pura coerción, pena privada o amenaza; si lo hace, excede sus poderes”. A partir de 1924 empezaron a dictarse las denominadas “astringencias disfrazadas” que consistían en la imposición al deudor de sumas de dinero que debía satisfacer por cada día de retardo en el cumplimiento de la sentencia (MINVIELLE, B., *Las Astreintes en el Derecho Belga (Estudio de Derecho Comparado)*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1984, pág. 329).

Respecto a la naturaleza de las astringencias puede verse BARRIOS DE ANGELIS, D., *Naturaleza Jurídica de la astringencia*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1980, págs. 11 y ss.

<sup>264</sup> Respecto del carácter patrimonial de la astringencia vid. ARLAS, *Incorporación de las Astreintes...*, cit., pág. 12 y 16) y MINVIELLE, *Las Astreintes...*, cit., pág. 334. Discrepa de

2. Son impuestas para conseguir el cumplimiento de sentencias de condena. Las multas coercitivas del artículo 99 LRJPAC se imponen para el cumplimiento de actos administrativos<sup>265</sup>. Las astringencias son más generales en el sentido que se imponen para conseguir el cumplimiento de “decisiones” judiciales<sup>266</sup>.

3. Sujeto activo de la multa coercitiva es el órgano jurisdiccional, ya sea un juez (órgano unipersonal) o un Tribunal (órgano colegiado), por tanto, es una medida que tiene carácter jurisdiccional, no administrativo. En cambio, las multas coercitivas a que se refiere el artículo 99 LRJPAC tienen carácter administrativo puesto que son impuestas por la Administración: *...las Administraciones Públicas pueden, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas...*

4. Discrecionalidad respecto a su cuantía, pero no respecto a su imposición. Respecto del cumplimiento de obligaciones de hacer de carácter personalísimo, si el acreedor-ejecutante opta, en vez de por el resarcimiento,

---

esta opinión GUASP, *Derecho procesal...*, cit., pág. 201. El autor entiende que tanto las *contraintes* como las *astreintes* son medios de ejecución personal. Saliendo al paso de la teoría de Guasp, ARAGONESES MARTÍNEZ (*Las astreintes...*, cit., pág. 137) dice que “la *astreinte* no es una medida personal, sino patrimonial, por cuanto los bienes afectados tienen esta significación, aunque en la elección de su conducta exista un cierto elemento de compulsión que, por otra parte, es natural al derecho”.

<sup>265</sup> Respecto al acto administrativo como título de la ejecución véase GARCÍA DE ENTERRÍA E, *Curso de derecho administrativo I*, con FERNÁNDEZ, T.R., Civitas, Madrid, 1999, 9ª ed., págs. 761-762.

<sup>266</sup> La legislación francesa utiliza el término “decisiones” mientras que la legislación argentina habla de “mandato” entendido éste como toda decisión judicial que imponga un deber jurídico. Estos términos son más amplios que el utilizado por la legislación uruguaya (“sentencias”) en el Decreto-ley 14.798 que introduce las astringencias en ese país. Posteriormente el Código General del Proceso deroga dicho decreto y entre otras cosas establece que las resoluciones judiciales a las que se permite aplicar astringencias son las providencias, refiriéndose este término a las resoluciones judiciales en general, con lo que la legislación uruguaya se adapta a la legislación francesa y argentina.

por que se apremie al deudor con multas mensuales, el juez, necesariamente<sup>267</sup>, deberá acordarlas (cfr. art. 709). Si se trata de deshacer lo mal hecho, según la ley, se le intimará (no dice se le podrá intimar) con la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacer (art. 710). Sin embargo, la imposición de apremios pecuniarios en la ejecución por obligaciones de dar cosa mueble determinada sí es discrecional para el juez (...*empleando para ello los apremios que crea precisos...*, art. 701 LEC). Discrecionalidad en el sentido que el juez puede imponer apremios pecuniarios o apremios personales, según sean precisos unos u otros.

Las multas coercitivas contenidas en la LRJPAC (...las Administraciones Públicas *pueden...*, art. 99), en la LPL (...el Juzgado o Tribunal..., *podrá...*, art. 239.2) y en la LOTC (el Tribunal *podrá...*, art. 95.4) son discrecionales no sólo respecto a la cuantía sino también respecto a su imposición o no. También las astringencias son discrecionales en cuanto a su imposición o no y respecto a la cuantía.

5. Conminatoriedad. Es decir, la multa coercitiva consiste en una amenaza de agravio económico para el deudor<sup>268</sup>. Se trata de estimular al deudor para que prefiera el cumplimiento al incumplimiento, porque aquél le es más beneficioso.

6. Accesoriedad: La multa coercitiva es accesoria de una resolución judicial cuya realización efectiva se pretende conseguir. Las multas coercitivas del artículo 99 LRJPAC son accesorias de un acto administrativo cuyo cumplimiento se pretende.

---

<sup>267</sup> Siempre, claro está, que previamente haya estimado que la prestación tiene las especiales características que caracterizan el hacer personalísimo (cfr. art. 709 LEC).

<sup>268</sup> Al igual que las astringencias. Vid. ARLAS, *Incorporación de las Astringencias...*, cit., pág. 16. ARAGONESES MARTÍNEZ, *Las astringencias...*, cit., pág. 55.

7. La obligación ha de ser de cumplimiento posible. Si la obligación es originariamente imposible o deviene imposible con el tiempo, no se puede aplicar la multa coercitiva o si ya ha sido aplicada dejaría de tener sentido<sup>269</sup>.

8. Puede ser impuesta de oficio o a petición de parte. La justificación de la imposición de oficio podría encontrarse en que la multa coercitiva persigue “el cumplimiento por el deudor de las obligaciones impuestas por una sentencia y, en este caso, existe, por encima y además del interés particular del acreedor, un interés público y general en el respeto de las decisiones judiciales, en el acatamiento de los fallos pronunciados<sup>270</sup>”

9. Modificabilidad. Esta característica la analizamos por separado en el apartado siguiente.

10. La cantidad obtenida como consecuencia de las multas coercitivas se ingresa en el Tesoro Público, por tanto, el acreedor-ejecutante no obtiene beneficio económico por la imposición de las multas coercitivas. En cambio, las astringencias se establecen en beneficio del perjudicado (sujeto pasivo de la astringencia), es decir, que las cantidades que como consecuencia de la astringencia se obtienen, ingresan en el patrimonio del perjudicado<sup>271</sup>.

---

<sup>269</sup> En Alemania (*Zwangsgeld*) se excluye también el acto que ya no puede repetirse como, por ejemplo, el único concierto que se debía dar en un determinado momento (VESCOVI, *Astringencias...*, cit., pág. 137).

<sup>270</sup> Esta es la fundamentación que, según ARLAS, (*Incorporación de las Astringencias...*, cit., pág. 18), tiene que quepa imposición de oficio de las astringencias.

<sup>271</sup> El legislador uruguayo dudó entre regular las astringencias de forma que fuera el perjudicado quien recibiera el dinero consecuencia de la astringencia o que éste ingresara en las arcas estatales. El razonamiento era que si iba a manos del perjudicado podía significar un enriquecimiento sin causa. Incluso se pensó el atribuir el importe de la astringencia al Estado cuando ésta se decretaba de oficio y al litigante contrario si se decretaba a instancia de parte. Finalmente, en el Decreto-ley 14.798 pudo la tradición y se decidió que dicha cantidad ingresaría en el patrimonio del perjudicado pero si el perjudicado no reclamaba tras la liquidación de la astringencia el importe obtenido, éste se depositaría en el Banco Hipotecario en Obligaciones Hipotecarias reajustables. Con el Código General del Proceso se cambia el sistema; se establece que las astringencias se destinarán a un Fondo Judicial, administrado por

*b) La modificabilidad.*

¿La cuantía de la multa debe ser siempre la misma o puede aumentarse y/o disminuirse? La LEC no se refiere expresamente a las alteraciones cuantitativas de las multas, a diferencia del artículo 239 LPL que dice que la multa podrá modificarse o dejarse sin efecto, entendiendo la doctrina<sup>272</sup>, que es posible tanto que el apremio o multa se aumente, como que se disminuya o se deje sin efecto. Las astringencias pueden ser modificadas pero, es necesario matizar que, no todas las legislaciones recogen la posibilidad de aumentar la astringencia. Por ejemplo, la legislación francesa y la belga no lo admiten. La anterior legislación uruguaya tampoco lo permitía, sin embargo, el actual Código General del Proceso faculta al tribunal también para que, además de moderarla o suprimirla, pueda aumentarla<sup>273</sup>.

Respecto de las multas coercitivas contenidas en la LEC no creemos que exista ningún inconveniente en que la cuantía inicialmente fijada sea aumentada. Es más, es lógico que si la cuantía no ha surtido efecto en los primeros meses, sea aumentada (siempre respetando el límite máximo). También es posible

---

la Suprema Corte de Justicia, y no a la contraparte con lo que se desvirtúa en parte el carácter de las astringencias que tradicionalmente habían sido adjudicadas (su monto, queremos decir) al perjudicado (cfr. TARIGO, E., *Las conminaciones económicas o astringencias en el Código General del Proceso*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1993, págs. 541 y ss).

<sup>272</sup> MONTERO AROCA, J., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, II*, Civitas, Madrid, 1993, con IGLESIAS CABERO, M., MARÍN CORREA, J.M<sup>a</sup> y SAMPEDRO CORRAL, M., pág. 1367.

<sup>273</sup> Incluso antes de la reforma del Decreto-ley 14.798 por el Código General del Proceso, la doctrina ya se mostraba favorable a una reforma que permitiera junto con la posibilidad de suprimir o moderar la astringencia, la posibilidad de aumentarla. En este sentido se manifestó MINVIELLE, B., *Breve estudio comparativo entre las "Astringencias" en la legislación Argentina y Uruguay*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1983, pág. 179.

dejarla sin efecto (en aquellos casos en que la multa ha logrado su objetivo haciendo que el deudor cumpla).

Más complicado es justificar que la multa coercitiva pueda disminuirse. En principio, no tendría ningún sentido disminuir la cuantía de las multas: si una multa, por ejemplo, de 100.000 pesetas mensuales no logra cumplir su función de coerción, mucho menos la cumplirá si la cuantía de la multa es disminuída. Sin embargo, puede el juez observar en el deudor una actitud positiva respecto al cumplimiento (es decir, que está poniendo todos los medios a su alcance para cumplir)<sup>274</sup> que le lleven a entender conveniente rebajar la multa coercitiva.

¿Cuál es el momento oportuno para alterar la cuantía de la multa? ¿Debe realizarse en el requerimiento trimestral? La modificación o supresión se llevará a cabo cuando se produzcan las circunstancias que la motivan pudiendo, por tanto, coincidir con el requerimiento trimestral o no coincidir con él. Por otro lado y a pesar del silencio legal entendemos que la modificación o supresión puede realizarse de oficio o a instancia de parte, siendo conveniente la previa audiencia a las partes.

### *C) Distinción de figuras afines.*

En primer lugar, las multas coercitivas no constituyen, ni pueden asimilarse, a la indemnización por daños y perjuicios, principalmente por dos motivos: ésta tiene una función resarcitoria (se fija en atención a los daños y perjuicios realmente causados) y, en consecuencia, el dinero por ella obtenido va a parar a manos del acreedor, sin embargo, la multa coercitiva realiza una

---

<sup>274</sup> Cfr. MONTERO AROCA, *Comentarios a la Ley de Procedimiento...*, cit., pág. 1367.



función conminatoria (su montante no tiene nada que ver con los daños y perjuicios) y el dinero por ellas obtenido no ingresa en el patrimonio del acreedor sino en el Tesoro Público.

En segundo lugar, tampoco deben asimilarse al *Contempt of Court*<sup>275</sup> porque, aunque ambas figuras (multas coercitivas-*Contempt of Court*) van dirigidas a lograr el cumplimiento por el propio deudor-ejecutado, ésta, que se basa en la ofensa al honor judicial, a la dignidad de la magistratura, tiene una función ejemplarizante e, incluso, sancionadora,<sup>276</sup> respecto de una conducta totalmente consumada en el pasado.

En fin, no se trata de una *astreinte* porque, a pesar del gran número de semejanzas existentes entre ambas figuras, hay una diferencia fundamental: en la *astreinte* el dinero va a parar a manos del acreedor-ejecutante mientras que el dinero de las multas coercitivas engrosa las arcas del Estado.

En definitiva, la LEC ha recogido la misma figura de la multa coercitiva establecida ya anteriormente en la LRJPAC, LPL y LOTC. Evidentemente, entre cada una de ellas existen diferencias, pero éstas no tienen tanta relevancia como para llevarnos a concluir que se trata de figuras distintas. Todas ellas reúnen lo que podemos denominar elementos identificadores de las multas coercitivas<sup>277</sup>:

---

<sup>275</sup> El *Contempt of Court* ha sido definido (MOLINA PASQUEL, R., *Contempt of Court, correcciones disciplinarias y medios de apremio*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1954, pág. 23) como “la desobediencia a un tribunal por actuar en oposición a su autoridad, a su justicia o a su dignidad”.

<sup>276</sup> Cfr. GELSI BIDART, *Medidas para asegurar la efectividad...*, cit., págs. 315-316. En el *Contempt of Court* la coacción es normalmente de carácter personal aunque, también son posibles, medidas económicas.

<sup>277</sup> Los tres primeros elementos identificadores en GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de derecho administrativo*, cit., págs. 773-774; y siguiendo a este autor MONTERO AROCA, *Comentarios a la Ley de Procedimiento...*, cit., pág. 1370.

1. No tienen carácter retributivo sino que pretenden, única y exclusivamente, forzar al cumplimiento de la obligación.

2. Imponen al sujeto pasivo una obligación nueva y distinta de la ya existente. Es decir, además de tener que cumplir la condena el ejecutado debe pagar la(s) multa(s).

3. No son sanciones<sup>278</sup>, no se trata de sancionar la resistencia al cumplimiento de la obligación sino de remover la resistencia del sujeto pasivo para que de esta forma cumpla.

4. A estos tres elementos, que concurren también en las astringencias, debe añadirse un cuarto que las diferencia de éstas: las cantidades obtenidas del sujeto pasivo como consecuencia de las multas coercitivas se ingresan en el Tesoro Público.

En conclusión, las multas coercitivas pueden definirse como una amenaza, apercibimiento o constricción aplicada por los órganos jurisdiccionales o por la Administración para inducir al deudor al cumplimiento *in natura* de una resolución judicial o de un acto administrativo y cuya cuantía ingresa en el Tesoro Público.

*D) Condenas a las que resultan aplicables las multas coercitivas.*

*a) Condenas a hacer.*

En primer lugar, las multas coercitivas son aplicables para conseguir la ejecución específica de condenas de hacer personalísimo (art. 709 LEC).

---

<sup>278</sup> Según la STSJ de Castilla y León de 20 de mayo de 1999 [RJCA 1999/1429] la multa coercitiva no es una sanción sino “un medio de ejecución forzosa de los actos administrativos”.

También la LPL (art. 238.2) y la LRJPAC (art. 99) permiten la aplicación de multas coercitivas para este tipo de obligaciones.

No permite su utilización la LEC (art. 706), en cambio, cuando se trata de haceres no personalísimos, a diferencia de la LPL y LRJPAC que sí lo permiten. Es más correcta, a nuestro parecer, la solución contenida en la ley procesal civil porque, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>279</sup>, “si la ejecución del acto puede llevarla a cabo cualquier persona, lo más lógico es acudir al sistema de ejecución subsidiaria, que garantiza una ejecución más rápida incluso, y responde mejor al principio de proporcionalidad que debe presidir la elección y utilización de todos los medios de ejecución forzosa, en la medida en que no echa sobre el obligado nuevas cargas, perfectamente innecesarias para conseguir el fin perseguido”.

Respecto de las astringencias resulta paradójico que su aplicación a las obligaciones fungibles<sup>280</sup> sea unánimemente aceptada y, no, en cambio, su aplicación a las obligaciones de hacer personalísimas.

Para PEIRANO FACIO<sup>281</sup> no es posible excluir materia alguna de la aplicación de las astringencias. “La tesis de excluir artistas, abogados, etc, es tan constante como infundada, ya que no se ve por qué se va a hacer una excepción en esta categoría especial de obligados, que presumiblemente tiene que ver con

---

<sup>279</sup> *Curso de derecho administrativo*, cit., pág. 778. En el mismo sentido, pero en relación al proceso laboral, entiende MONTERO AROCA (*Introducción al proceso laboral*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, 5ª ed., pág. 375) que “el acudir al apremio pecuniario del art. 239.2 LPL no tiene sentido; lo más lógico es acudir a la solución del artículo 706 LEC...”.

<sup>280</sup> En la legislación uruguaya, en cambio, se establecen (art. 331.2 Código General del Proceso) las astringencias para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de hacer infungibles. Para las fungibles, es decir, aquellas que pueden ser realizadas por terceros, se da la posibilidad al ejecutante de optar entre la realización por subrogación (cumplimiento por tercero) o la imposición de las astringencias (art. 331.2 Código General del Proceso). De todas formas, el sistema tiene un límite temporal: se establece un plazo máximo de establecimiento de las astringencias de cuarenta y cinco días; transcurridos los cuales se fijará la indemnización de daños y perjuicios.

la actividad artística, literaria o profesional. Lo que sí habrá que pensar es que, si por un motivo especial el artista o creador está en imposibilidad de hacer su obra, porque para hacerla se requiere no sólo la disposición material, sino un algo de inspiración, una condición específica muy especial, quedará exonerado de hacer la obra porque no puede hacerla, pero nunca porque repugne al sentido jurídico aplicar *astreintes* a esta clase de situaciones”.

Una posición intermedia ocupa VESCOVI<sup>282</sup>, puesto que el autor opina que únicamente si se utiliza un criterio amplio de astrictión pueden entrar en su campo de acción las obligaciones personalísimas, es decir, aquellas en las que existe un *intuitu personae*.

No admiten, en cambio, que las astrictiones puedan aplicarse a las obligaciones de hacer personalísimas autores como BORDAY y BOYER<sup>283</sup>. El último de ellos considera que “si la ejecución de la obligación de hacer se basa en el talento del deudor, por ejemplo, pintar un cuadro, la *astreinte* no puede utilizarse”.

*b) Condenas a no hacer.*

Respecto a las obligaciones de no hacer, el artículo 710 LEC permite, de forma expresa, la utilización de multas coercitivas únicamente para deshacer lo mal hecho. La solución es absurda porque “deshacer lo mal hecho” es un hacer fungible, ejecutable perfectamente por un tercero a costa del ejecutado.

---

<sup>281</sup> Citado por ARAGONESES MARTÍNEZ, *Las astreintes...*, cit., pág. 110.

<sup>282</sup> VESCOVI, *Astreintes...*, cit., pág. 136.

<sup>283</sup> Citados por ARAGONESES MARTÍNEZ, *Las astreintes...*, cit., pág. 111.

Por otro lado, y aunque no lo recoge expresamente la LEC, entendemos que también es posible que el juez imponga multas coercitivas para que el deudor deje de hacer lo prohibido o para que permita que otro haga<sup>284</sup>.

Finalmente señalar que también la LPL se refiere expresamente a la posibilidad de utilización de apremios pecuniarios para obtener el cumplimiento de obligaciones de no hacer. Igualmente la utilización de la técnica de las astringencias para ejecutar este tipo de obligaciones ha sido unánimemente aceptada por la doctrina.

*c) Condenas a dar.*

Finalmente, y respecto de las obligaciones de dar no dinerarias es necesario distinguir, según que el objeto de la entrega sea una o varias cosas específicas o sea cosa genérica.

Si la cosa es específica y mueble, aunque el artículo 701 LEC no se refiere expresamente a multas coercitivas, permite al juez emplear los apremios que crea precisos, entre los cuales podrá utilizar también los pecuniarios. También lo permite expresamente la LPL. Para la entrega de bienes inmuebles no se prevé la posible utilización de multas coercitivas.

Respecto a la técnica de las astringencias entiende ARAGONESES MARTÍNEZ<sup>285</sup> que “si se trata de dar una cosa específica, el procedimiento de la astringencia no presenta utilidad, ya que la transmisión de la propiedad de un objeto cierto resulta normalmente de un simple concurso de voluntades que la decisión judicial puede directamente suplir si el deudor rehusa dar su consentimiento”,

---

<sup>284</sup> Respecto a la posibilidad de utilizar multas coercitivas también para que el deudor deje de hacer lo prohibido o para que permita que otro haga, véase el Capítulo III (Ejecución por obligaciones de no hacer).

aunque se advierte que “el caso es distinto cuando para la transmisión de la propiedad se requiere la tradición y el obligado a la entrega es renuente al cumplimiento de poner a disposición dicha cosa”.

Si se trata de ejecución de condenas a la entrega de cosa genérica no se permite tampoco la utilización de multas coercitivas (cfr. art. 702 LEC). En cambio, la aplicación de astringencias para conseguir el cumplimiento de este tipo de obligaciones es unánimemente aceptada. Aunque si la cosa genérica es dinero se puede conseguir la satisfacción a través del embargo.

*E) Clases de multas y su cuantía.*

*a) Clases.*

La LEC establece dos clases de multas:

1. La multa mensual: reúne las características anteriormente enumeradas. El carácter mensual es puramente accidental, es decir, el legislador podía haber decidido fijarlas cada dos semanas, cada dos meses..., siempre, claro está, que se ofrezca al obligado tiempo bastante para cumplir lo ordenado antes de imponer una nueva multa. En el caso de condenas de no hacer lo preferible, dada la peculiar idiosincracia de este tipo de obligaciones (condenas), hubiera sido fijar una multa por cada vez que se vuelve a incumplir o por cada vez que se sigue incumplimiento (por cada nuevo incumplimiento).

2. La multa única: se caracteriza, a diferencia de las multas mensuales, por ser definitiva e invariable. Se acordará cuando, ante el incumplimiento de una obligación de hacer personalísimo, el acreedor-ejecutante opta por el

---

<sup>285</sup> *Las astringencias...*, cit., pág. 112.

equivalente pecuniario. En este caso, dice el artículo 709.2 LEC, además del equivalente pecuniario se impondrá una multa única.

La multa única no puede considerarse –a pesar de que el artículo 711 LEC así la califica- una medida coercitiva puesto que no va encaminada a persuadir, a constreñir, al deudor para que realice la prestación a la que está obligado, sino que se trata, según la terminología Carneluttiana, de una medida represiva, es decir, de una medida dirigida a producir un mal a quien ha incumplido un precepto determinado. Esta multa va dirigida a sancionar al deudor por su incumplimiento.

*b) Cuantía.*

Respecto a la cuantía, las multas mensuales podrán ascender al veinte por cien (límite máximo) del precio o valor que el hacer tenga y la única al cincuenta por cien de dicho precio o valor (art. 711, II LEC). El precio o valor del hacer es el que se determina en el título y, en su defecto, el que en el mercado se atribuya a dichas conductas (art. 711.I LEC).

El único criterio que establece el artículo 711 LEC para cuantificar las multas (tanto las mensuales como la única) es el precio o contraprestación del hacer personalísimo, y de ahí que el profesor MONTERO<sup>286</sup> entienda que su cuantía no se hace depender de la capacidad económica del ejecutado. Si bien esto es cierto, no lo es menos el hecho de que el precio o contraprestación del hacer es el criterio que delimita la posible extensión cuantitativa de las multas pero, fijados esos límites, el juez debe establecer la concreta multa a pagar en atención a otros criterios.

---

<sup>286</sup> *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 642.

Para determinar estos otros criterios<sup>287</sup> podemos fijarnos en los que establece la LPL (art. 239.2): *para fijar la cuantía de dichos apremios se tendrá en cuenta su finalidad, la resistencia al cumplimiento y la capacidad económica del requerido*. La finalidad no debe ser elemento condicionante de la cuantía, sino de la existencia misma de la multa coercitiva<sup>288</sup>. Sí son elementos condicionantes de la cuantía la resistencia del deudor y su caudal económico<sup>289</sup>, principalmente este último. Si no fuera así no actuaría presionando psicológicamente al deudor-ejecutado.

---

<sup>287</sup> Respecto de las astringencias, la legislación uruguaya establecía, como aspectos a valorar para fijar la cuantía de la astringencia, junto con el caudal económico la demora en el cumplimiento. El Código General del Proceso (aprobado en 1988 por la Ley 15.982, en vigor desde el 20 de noviembre de 1989) sustituye este factor (la demora en el cumplimiento) por otro como es la naturaleza del asunto. Para TARIGO (*Las conminaciones económicas o astringentes...*, cit., págs. 540-541) la modificación es “absolutamente razonable. La demora en el cumplimiento no es un dato cierto al decretarse la imposición de una *astreinte*... El monto o la naturaleza del asunto, en cambio, son datos objetivos y concretos ya en el momento de disponerse la aplicación de la conminación”.

<sup>288</sup> MONTERO AROCA, *Comentarios a la Ley de Procedimiento...*, cit., pág. 1367.

<sup>289</sup> En este sentido, pero respecto de las astringencias, indica GELSI BIDART (*Medidas para asegurar la efectividad...*, cit., pág. 325) que debe tenerse en cuenta la situación económica del deudor porque la astringencia puede llegar a ser ineficaz en casos de extrema riqueza o de pobreza. De todas formas el tribunal de Apelaciones en lo Civil de primer turno (Nº 312, Montevideo, 26 de noviembre de 1980, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1980, págs. 154 y ss) entiende que “ante la situación de incapacidad económica del deudor que la *astreinte* agravaría, corresponde revocarla para evitar ahondar la situación patrimonial del obligado sin ventajas para el real interesado.

La medida carece en esas condiciones del necesario marco disuasivo tornándose claramente inconductente”.

Por otro lado, resulta novedoso desde el punto de vista legislativo una modalidad fijada en el sistema belga y es el establecer como módulo la infracción a la prohibición ordenada. Así, por ejemplo, se han acordado astringencias “por cada ejemplar vendido”, “por litro de vino vendido”, “por oferta conjunta prohibida”... (MINVIELLE, *Las Astreintes...*, cit., pág. 335).

Por último señalar que el caudal económico es el único aspecto que tiene en cuenta la legislación argentina a efectos de graduar la astringencia. Sin embargo la doctrina entiende (MINVIELLE, *Breve estudio comparativo...*, cit., pág. 178) que otros factores como la finalidad de estímulo para el cumplimiento o la demora del deudor deben ser tenidos en cuenta por el Magistrado actuante “por pertenecer a la misma esencia de la *astreinte*”.



Se trata, en definitiva, de criterios o circunstancias subjetivas sobre la figura del ejecutado sin que se valoren las lesiones que la conducta del mismo pueda estar causando en bienes o intereses protegidos por el ordenamiento de forma decidida, o en general los daños de imposible reparación que el incumplimiento pueda estar realizando<sup>290</sup>.

---

<sup>290</sup> BAYLOS GRAU, A., *Las obligaciones de hacer: las multas coercitivas (análisis del art. 239 LPL)*, en “Puntos críticos en ejecución de sentencia, recurribilidad de las resoluciones judiciales. Especial referencia a la suplicación”, en Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 354.

**Ejecución por obligaciones de hacer y no hacer**

---

## CAPÍTULO II:

### LAS OBLIGACIONES DE HACER.

Sección I: Aspectos generales. I. Las obligaciones de hacer: concepto, contenido y clases. *A) Concepto y contenido. B) Clases: obligaciones de medios y de resultado.* II. La (in)fungibilidad. *A) Base legal de la distinción. B) La (in)fungibilidad en las obligaciones de dar y en las de hacer. C) Concepciones.*

Sección II: Ejecución por obligaciones de hacer fungibles o no personalísimas. III. Introducción. IV. Regulación. *A) Antes de la LEC de 2000. B) Regulación actual.* V. Naturaleza de la opción concedida al acreedor. *A) Obligaciones facultativas. B) Novación. C) Cláusula penal. D) Dación en pago. E) Obligaciones alternativas.* VI. Requerimiento y plazo. VII. Forma de la ejecución. *A) Ejecución por el deudor dentro del plazo. a) Cumplimiento completo y correcto. b) Cumplimiento parcial o defectuoso. B) ¿Ejecución por el propio deudor una vez transcurrido el plazo? Sobre la posibilidad de utilización de medios de coerción. C) Realización por tercero a costa del deudor. a) ¿Quién puede hacer? b) Elección y contratación del tercero. c) Valoración y obtención del coste del hacer. d) Naturaleza del hacer por subrogación. e) La realización de la actividad por un tercero. Contenido. f) El pago al tercero. g) Iter procedimental.* 1. INTRODUCCIÓN. 2. DEMANDA EJECUTIVA. 3. DESPACHO DE LA EJECUCIÓN. 4. PLAZO PARA INICIAR EL HACER. 5. ELECCIÓN POR PARTE DEL DEUDOR DE LA FORMA DE LA EJECUCIÓN. 6. VALORACIÓN DEL COSTE DEL HACER Y OBTENCIÓN DEL DINERO. 7. ELECCIÓN DEL TERCERO, REALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD Y PAGO. 8. FINALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN. *h) Costas.* 1. CONCEPTO. 2. RÉGIMEN. *D) Resarcimiento de daños y perjuicios: ¿Es posible como respuesta primera ante el incumplimiento? a) Solución en la LEC de 1881. 1. POSTURA JURISPRUDENCIAL. 2. NUESTRA OPINIÓN. b) Solución en la actual LEC. E) Situaciones especiales. a) Conductas teóricamente fungibles pero infungibles en la práctica. b) Obligaciones de tracto sucesivo.* VIII. Condena a la publicación del contenido de la sentencia. *A) Regulación y forma en que se ejecutan este tipo de condenas. B) Derecho al honor y a la intimidad y la publicación/difusión de sentencias.* IX. Ejecución de condenas de hacer fungible en derecho comparado.

Sección III: Ejecución de condenas a la emisión de una declaración de voluntad. x. Introducción. XI. El precontrato. A) *Denominación, origen y regulación.* B) *Los tratos preliminares y el precontrato.* a) *Fases de la vida de un precontrato.* b) *Distinción entre los tratos preliminares y el precontrato.* c) *La responsabilidad “pre-contractual” y la responsabilidad derivada del incumplimiento de un precontrato.* 1. LA RESPONSABILIDAD “PRE-CONTRACTUAL”. 2. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE UN PRECONTRATO. C) *Configuración jurídica del precontrato.* a) *Aproximación a la eficacia del pacto precontractual.* b) *Posiciones doctrinales respecto al precontrato.* 1. EL PRECONTRATO COMO CONTRATO QUE OBLIGA A LA CELEBRACIÓN DE OTRO POSTERIOR A TRAVÉS DE LA EMISIÓN DE UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD. 2. INEXISTENCIA PRÁCTICA DEL PRECONTRATO. 3. EL PRECONTRATO COMO LEY DE BASES DEL CONTRATO PROYECTADO. 4. EL PRECONTRATO COMO FASE PREPARATORIA DE UN *ITER* NEGOCIAL. 5. CONCLUSIÓN. c) *Los elementos esenciales y accidentales del precontrato.* 1. SU NECESIDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA. 2. ¿CÚALES SON LOS ELEMENTOS ESENCIALES Y CÚALES LOS ACCIDENTALES DE UN CONTRATO? d) *¿A qué relaciones obligatorias es aplicable el precontrato?* D) *Análisis jurisprudencial del precontrato.* a) *Resoluciones que recogen la postura clásica.* b) *Resoluciones que recogen la posición más modernas: principalmente la STS de 1 de julio de 1950 [RA 1187].* c) *Conclusión.* E) *Naturaleza de la sentencia dictada en el proceso destinado a fijar los efectos del precontrato.* a) *La posición de Chiovenda.* b) *La posición de Calamandrei.* XII. Formas de ejecución en nuestro sistema. A) *Ejecución según la LEC de 1881.* B) *Ejecución según la nueva LEC.* a) *Que el precontrato contenga todos los elementos (esenciales y accidentales) del contrato proyectado.* 1. OBSERVACIONES CRÍTICAS. 2. PROCEDIMIENTO EX ARTÍCULO 708.1 LEC. 3. CONCLUSIÓN. b) *Que el precontrato contenga todos los elementos esenciales pero no los accidentales, del contrato proyectado.* c) *Que el precontrato no contenga todos los elementos esenciales del contrato proyectado.* XIII. Condena a elevar escritura pública. XIV. Resarcimiento de daños y perjuicios. XV. Soluciones en derecho comparado.

Sección IV: Ejecución por obligaciones infungibles o no personalísimas. XVI. Regulación. XVII. Requerimiento y plazo. XVIII. Posibles formas de ejecución. A) *Nemo ad factum praecise cogi potest.* B) *Formas de ejecutar la condena según la LEC de 1881.* a) *La opción concedida al deudor y su repercusión en cuanto a la forma de ejecutar la condena.* b) *Sobre la posibilidad de utilización de medios de coerción.* 1. FUNDAMENTACIÓN. 2. SOLUCIÓN DOCTRINAL. 3. NUESTRA POSTURA. C) *Formas de ejecutar la condena según la nueva LEC.* a) *En general.* b) *Ejecución por equivalente.* c) *Realización de la actividad por el propio deudor. La imposición de apremios*

*pecuniarios*. XIX. *Iter* procedimental. XX. Las condenas a un hacer personalísimo: su verdadero alcance práctico. XXI. Soluciones en derecho comparado.



**Sección I:**  
**Aspectos generales.**

**I. Las obligaciones de hacer: concepto, contenido y clases.**

*A) Concepto y contenido.*

Las obligaciones de hacer son aquellas cuya prestación consiste en la realización de una actividad diferente de la de entregar una cosa<sup>291</sup>. Se definen, por tanto, de forma negativa ya que entregar una cosa también es un hacer; aquel hacer consistente en la actividad de entrega de la cosa debida<sup>292</sup>.

Nos encontramos ante una obligación de dar cuando la prestación objeto de dicha obligación consiste en que el deudor entregue alguna cosa al acreedor, es decir, que el deudor realice el traspaso posesorio de una cosa al deudor. La obligación de dar se caracteriza o queda individualizada, precisamente, por el resultado, por transferir la posesión del deudor al acreedor. Por tanto, el

---

<sup>291</sup> Respecto a la importancia de la distinción entre las obligaciones de dar y las de hacer puede verse LEDESMA MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>.J., *Las obligaciones de hacer*, cit, págs. 144 y ss.

<sup>292</sup> Por eso PUIG PEÑA (*Tratado de Derecho Civil...*, cit., pág. 56) diferencia dentro de las obligaciones positivas aquellas que tienen como finalidad transmitir la propiedad, constituir un derecho real, transmitir el uso o restituir la cosa (obligaciones de dar), del resto de la actividad *in faciendo* del deudor (obligaciones de hacer).

cumplimiento de la obligación, la realización de la prestación, requiere la realización de todos los actos que sean necesarios para que dicho resultado (el traslado posesorio) se produzca. Debemos tener en cuenta que las actividades del deudor que son meramente instrumentales para la consecución del bien por el acreedor, integran la noción de obligación de dar no debiendo ser consideradas como obligación de hacer<sup>293</sup>. En definitiva, en las obligaciones de dar lo importante es el traspaso posesorio mientras que en las de hacer, lo importante, es la actividad de cumplimiento.

Las obligaciones de *facere* tienen siempre un objeto indeterminado (*incertum*); aunque el resultado de la operación (p. ej. la casa ya construida) esté previsto como concreto, el hacer mismo es previamente indeterminado<sup>294</sup>. En cambio, el objeto de las obligaciones de *dare* puede ser indeterminado o determinado (*certum*); esto último, ya sea una cantidad determinada (*certa pecunia*), ya sea otro objeto determinado (*alia certa res*)<sup>295</sup>.

---

<sup>293</sup> Cfr. MORENO QUESADA, *Problemática...*, cit., pág. 470. Pero la obligación de dar significa algo más que la simple entrega, o para ser más exactos, la entrega va más allá de la mera dación de la cosa objeto de la obligación, teniendo el deudor que cumplir también unas obligaciones accesorias (arts. 1.094, 1.095 y 1.097): 1. Conservar la cosa con la diligencia propia de un buen padre de familia (art. 1.094 CC). 2. Entregar los frutos de la cosa desde el nacimiento de la obligación principal (art. 1.095 CC). 3. Entregar todos sus accesorios aunque no hayan sido mencionados (art. 1.097 CC).

La entrega puede realizar una función traslativa o una función restitutoria. Realiza una función traslativa cuando con ella el deudor pretende crear a favor del acreedor un derecho sobre la cosa (por ejemplo el art. 1.426 CC: la entrega va dirigida a que el comprador adquiera la propiedad de la cosa vendida). En cambio, la entrega realiza una función restitutoria cuando lo que se pretende es la devolución de la cosa (por ejemplo, el art. 1.766 CC: el depositario está obligado a devolver la cosa al depositante o a sus causabientes, o a la persona que fue designada en el contrato).

<sup>294</sup> Como pone de manifiesto VERDERA SERVER (*El cumplimiento...*, cit., pág. 271), siguiendo a Badosa Coll, “el concepto de ‘servicio’ en cuanto objeto de la conducta de hacer se caracteriza por su falta de existencia material en el momento de fijación de la prestación. El servicio designado sólo existirá cuando la prestación se realice materialmente”. Se evita así la existencia de un periodo previo de conservación.

<sup>295</sup> D’ORS, *Derecho privado...*, cit., pág. 405.



Es muy importante dejar bien delimitado el contenido del hacer (para poder saber si la actividad realizada por el deudor supone o no cumplimiento de la obligación), pero aún así, en ocasiones, pueden surgir dudas respecto a si uno o varios actos o servicios integran o no la obligación de hacer. Por ejemplo, la STS de 28 de junio de 1985 [RA 3629] resuelve el supuesto de si en el contrato de seguro de asistencia sanitaria, convenido por Dña. Esther M.V. con Médica Regional de Especialidades S.A., se incluía o no los cuidados intensivos prestados a la contratante “pues únicamente en el caso de que tales servicios estuvieran incluidos en la póliza de asistencia y, en consecuencia, hubieran debido prestarse por la recurrente..., la satisfacción de los mismos por el Hospital actor podría subsumirse en la hipótesis que contempla el artículo 1.158 del CC, es decir, en el pago de la prestación por un tercero”.

A veces, sobre todo cuando se trata de profesiones liberales o de actividades realizadas por empresas, son los usos los que delimitan la prestación (vid. STS 4 de julio de 1984 [RJ 1984/3797]<sup>296</sup>); en otras, queda delimitado por

---

<sup>296</sup> Por ejemplo, en el supuesto resuelto por la STS de 4 de julio de 1984 [RJ 1984/3797] los demandantes presentan demanda sobre reclamación de sus honorarios por la confección de un sistema de riego de una finca. “En materia de servicios no laborales como son los que se analiza, los usos profesionales que completan en lo necesario el contenido contractual (arts. 1287 y 1258 del Código Sustantivo), normalmente marginan del documento receptor del concierto de voluntades toda referencia a la manera cómo ha de desempeñar su actividad el profesional y el preciso alcance de su tarea, por lo que en el supuesto debatido fue suficiente que la «hoja de encargo» mencione el «Proyecto de transformación del sistema de riego de la finca» de que se trata, sin pasar a otras especificaciones que las conversaciones previas entre las partes hacía innecesarias y que los Ingenieros demandantes concretaron hasta el menor detalle y con meticulosidad encomiable en su trabajo, según cuya Memoria partiendo del sistema actual de riego por aspersión con concesión autorizada por la Comisaría de Aguas del río Tajo... se pretende aprovechar al máximo las instalaciones existentes y proyectar la solución más económica para la total transformación de riego de la explotación”. Y continúa diciendo “que son igualmente infundados los reparados en cuanto al precio si se tiene en cuenta la doctrina legal reiterada de que no es indispensable la fijación de ese elemento al tiempo de la celebración del contrato de arrendamiento de servicios, normalmente determinable por la costumbre o con arreglo a la equidad y sobre todo acudiendo a las pautas orientadoras que proporcionan las tarifas corporativas”.

las propias circunstancias del caso. Por ejemplo, en la STS de 22 de febrero de 1979 [RA 523] se resuelve el supuesto siguiente: se contrata entre las partes la compraventa e instalación de tres ascensores sin puerta en el Polígono nº. 13 de Alza (San Sebastián). Al reclamar el acreedor el pago de la obra, alega el deudor infracción por inaplicación del párrafo segundo del artículo 1.098 CC porque siendo objeto del contrato la colocación de aparatos con “abertura sin puerta”, la constructora vulneró lo pactado colocándolos con puerta por lo que se debe proceder a “deshacer lo mal hecho”. Sin embargo entiende el Tribunal que “la impugnación no puede prosperar si se tiene en cuenta que la imposibilidad de la prestación, en la precisa modalidad convenida, en las obligaciones de hacer, determina la modificación de su contenido de manera que *el comportamiento o resultado material a realizar por el deudor en beneficio del acreedor será el que racionalmente resulte adecuado atendidas las circunstancias del caso y la finalidad perseguida por el contrato...*”.

La imposibilidad de la prestación (imposibilidad jurídica) en este supuesto se produce porque, a pesar de lo pactado, no es posible legalmente que los ascensores funcionen sin puerta, puesto que debiendo desplazarse a una velocidad de X metros por segundo con arreglo al contrato, las normas administrativas determinan que “la entrada o entradas al camarín que sirven para el acceso normal de los usuarios han de estar provistas de puerta o puertas”.

*B) Clases: las obligaciones de medios y de resultado.*

De las obligaciones de hacer se han realizado multitud de clasificaciones, en atención a muy diversos criterios<sup>297</sup>. No nos vamos a referir a todas ellas; simplemente trataremos aquellas clases que, por la razón que sea, tienen repercusiones respecto de su ejecución forzosa, por ejemplo, porque dada su naturaleza, se permite, ante el incumplimiento del deudor, la ejecución por subrogación (es decir, realización de la actividad por un tercero a costa del deudor) quedando igualmente satisfecho el interés del acreedor.

Vamos a ver en primer lugar la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado y posteriormente, en el epígrafe siguiente la distinción entre obligaciones fungibles o no personalísimas e infungibles o personalísimas porque es la base de la que parten los artículos 706 y 709 LEC (art. 924 LEC de 1881) para regular la ejecución por condenas de hacer.

La distinción entre obligaciones de hacer de medios y obligaciones de resultado “se establece por su objeto: por la diversa manera de definir el contenido de la prestación del deudor –lo debido por éste y lo que, por tanto, el acreedor puede legítimamente exigirle como contenido de su derecho de crédito- en uno o en otro caso”<sup>298</sup>. En las *obligaciones de medios* (también llamadas de mera actividad o de diligencia) el deudor se compromete a mantener una determinada actitud (una actividad diligente), un determinado comportamiento, pero no a

---

<sup>297</sup> Con respecto a las diversas clases de obligaciones de hacer, puede verse LEDESMA MARTÍNEZ, *Las obligaciones de hacer*, cit., págs. 192 y ss.

<sup>298</sup> JORDANO FRAGA, F., *Obligaciones de medios y de resultado*, en ADC, enero-marzo de 1991, pág. 6. También para MORENO QUESADA (*Problemática...*, cit., pág. 475) esta distinción “está fundada sobre el objeto de la obligación y no, como pudiera creerse, sobre el grado de diligencia exigible; y es que el grado de diligencia requerido del deudor puede ser más o menos elevado, como asimismo sucede en las obligaciones de resultado, según las circunstancias y lo pactado por las partes”.

obtener un resultado. Por tanto, el objeto de la obligación, la prestación, consiste simplemente, en actuar de una determinada manera. Son ejemplos clásicos, la obligación de un abogado de defender a su cliente o la obligación de un médico de tratar a su paciente. Evidentemente, se pretende conseguir un resultado (el médico tratará de curar a su paciente; el abogado intentará conseguir lo más beneficioso para su cliente), pero éste (el resultado) no se compromete, no se hace objeto de la obligación.

Por ejemplo, según la STS de 8 de mayo de 1991 [RJ 1991/3618]<sup>299</sup> “la obligación contractual o extracontractual del médico, y en general del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo como obligación de resultado, sino más bien una obligación de medios, es decir, está obligado a proporcionar al paciente todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia”. “En el caso que estudiamos, consta en autos que la enferma fue primeramente asistida durante veinte días por el médico de la localidad donde residía, y ante su continuo mal estado sanitario, fue ingresada el día 13 de octubre de 1984 en la Residencia Sanitaria de Zamora, en cuyo centro se le practicaron radiografías, sin que de ellas, ni del restante examen exploratorio, se pudiera determinar el diagnóstico de la enfermedad. Pasa después revisión en el Servicio Neurológico, practicándosele pruebas de electroencefalografía, no apareciendo en todas ellas la constancia de ninguna anomalía física. Al sufrir días después una recaída, es ingresada el día 29 de octubre siguiente en el Hospital «Virgen de la Concha», donde tampoco los Facultativos en Otorrinología y Neurología llegan a establecer un diagnóstico concreto, falleciendo al siguiente día. Se practica la autopsia del

---

<sup>299</sup> En el mismo sentido, entre otras, SSTS de 26 de mayo de 1986 [1986/2824], de 12 de julio de 1988 [RJ 1988/5991], de 9 de junio de 1997 [RJ 1997/4734] y de 14 de abril de 1999 [RJ 1999/2615].

cadáver, comprobándose la existencia de una hemorragia meníngea mensubaracnoidea, causante del largo proceso patológico, pero sin que pueda determinarse la causa u origen de este proceso hemorrágico.

Tanto el Juzgado como la Sala de Apelación, llegan a la conclusión, de acuerdo con los informes de la Academia de Medicina, practicados en autos, que la paciente fue médicamente atendida con toda corrección por los distintos especialistas, los cuales no pudieron determinar, dentro de las respectivas parcelas de su ciencia y con los medios a su alcance, ni la existencia de la hemorragia, ni mucho menos su origen o causa. Es posible que con el uso de un scanner, la práctica de una punción lumbar, o la angiografía cerebral, hubiera podido averiguarse la existencia de la hemorragia, posibilidad que de ninguna forma es absoluta, y que estadísticamente responde a distintos tantos por ciento; pero no es menos cierto, que en ningún caso se hubiera determinado el origen o la causa de la enfermedad arterial que la produce, causa que ni incluso en la necropsia se pudo constatar; y es constante la doctrina científica al afirmar que, sin conocer la causa de las hemorragias subaracnoideas, no cabe tratamiento específico, ni incluso la práctica de la operación quirúrgica.

A esta relación fáctica, nítidamente constatada en los autos y en la sentencia impugnada, le es de correcta aplicación la doctrina jurisprudencial primeramente transcrita; y puesto que la obligación del profesional sanitario se concreta en proporcionar al paciente todos los medios curativos de que disponga, según el estado de la ciencia, necesítándose probar el reproche culpabilístico del agente, y la relación o nexo causal entre el acto culpable, o la omisión previsible, y el daño producido; en el caso que estudiamos, esta relación de causalidad no es posible establecerla por no depender el resultado de la misma, ni aun exigiendo la más cuidada o exquisita diligencia, ya que, como se afirma en el informe pericial, para

poder curar la enfermedad, no basta con el diagnóstico de la hemorragia, haciéndose necesario su origen y la causa que lo motiva”.

A pesar de lo dicho existen supuestos, dentro de la medicina, en los que a lo que el deudor se compromete es a conseguir un resultado no a realizar simplemente una actividad, es decir, “la obligación de medios normalmente exigible al profesional, pasa a ser obligación de resultado..., calificando el contrato como de arrendamiento de obra” (SAP de Barcelona de 24 de febrero de 1999 [AC 1999/779]). Así ocurre en casos de operaciones de cirugía estética, implantación de prótesis...

En este sentido, la STS de 25 de abril de 1994 [RJ 1994/3073]<sup>300</sup> da un primer paso al considerar que en los supuestos en los que una persona acude al médico para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, sin embargo “en aquellos otros (supuestos) en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica -la actividad sexual-, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, *se aproxima* ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada”.

---

<sup>300</sup> Vid. la STS de 21 de marzo de 1950 [RJ 1950/394] que fue la primera en la que el TS se pronunció en el sentido que exponemos en el texto.

En el supuesto a que se refiere la sentencia analizada, el demandante había acudido al médico a que le realizara una vasectomía. La intervención se llevó a cabo y, posteriormente, se realizaron dos seminogramas para confirmar la esterilidad. Sin embargo, a los pocos meses la mujer del demandante quedó embarazada.

En el mismo sentido, aunque ya de forma contundente, la STS de 28 de junio de 1997 [RJ 1997/5151] establece que “se considera el ‘lifting’ como un contrato de arrendamiento de obra, lo que entraña para el cirujano (arrendador) una obligación de resultado...”.

En las *obligaciones de resultado* la prestación consiste en alcanzar una determinada meta; el objeto de la obligación no es, simplemente, mantener una determinada actitud, sino conseguir un determinado resultado. Por ejemplo, la obligación de un constructor de construir una obra sobre unos planos concretos. Por supuesto, estas obligaciones incluyen también el que el deudor mantenga una determinada actitud, un determinado comportamiento (el comportamiento necesario para alcanzar el resultado debido), pero si nos fijamos, observamos que su objeto es más amplio que en las obligaciones de medios porque, además de dicho comportamiento, incluye un resultado cierto<sup>301</sup>.

Entendemos imprescindible, a efectos de cumplimiento, determinar si una obligación (ahora ya condena) es de medios o de resultado (es decir, si lo debido es solamente un comportamiento o se adeuda también el alcanzar una determinada

---

<sup>301</sup> Tras explicar la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, matiza EGUSQUIZA BALSAMEDA M<sup>a</sup>. A (*La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 102) que “no existe obligación que no tenga por objeto la producción de un resultado. Con toda obligación se intenta alcanzar algún fin, aunque la intensidad de la querencia de ese fruto varía de uno a otro tipo de prestaciones –medios o resultado-. Ese fin será bien el comportamiento con arreglo a un modelo de conducta (obligaciones de medios), bien la alteración de la realidad física (obligaciones de resultados)”.

meta) porque sólo de esta manera podemos determinar si el comportamiento del deudor supone cumplimiento o no<sup>302</sup>.

Si se condena al deudor a realizar una prestación caracterizada por ser de medios, se entenderá cumplida ésta simplemente con el desarrollo del comportamiento requerido, en cambio si se le condena a realizar una prestación de resultado, no habrá cumplimiento mientras no se haya obtenido el objetivo previsto en la obligación<sup>303</sup>. Seguramente se entenderá mucho mejor con un ejemplo: siguiendo con el supuesto tratado en la STS de 25 de abril de 1994 [RJ 1994/3073] ya citada, si se considera la obligación del médico de realizar la vasectomía simplemente como obligación de medios, el hecho de que la mujer del paciente quede embarazada no supondrá incumplimiento de la obligación siempre que el médico hubiera actuado con la diligencia exigible, es decir, “hubiera utilizado cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento<sup>304</sup>”. Si, en cambio, se

---

<sup>302</sup> La clasificación de la obligación de hacer en de medios y de resultado sirve también para distinguir el contrato de servicios del contrato de obra (LEDESMA MARTÍNEZ, *Las obligaciones de hacer*, cit., pág. 213). En este sentido la STS de 3 de noviembre de 1983 [RJ 1983/5953] establece que si el deudor “se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma, no al resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios y, en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra, es obvio que, en el caso que nos ocupa, habiéndose obligado el actor recurrido, al firmar la hoja de encargo, y en su calidad de arquitecto, a la realización de un proyecto de edificio plurifamiliar, el contrato habrá de ser calificado como de arrendamiento de obra...”.

<sup>303</sup> En este sentido la STS de 13 de abril de 1999 [RJ 1999/2611] establece: “...a su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia...”.

<sup>304</sup> Para precisar si el médico actuó o no con la diligencia necesaria se examinarán, dice la resolución, “las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la



considera que el médico se comprometió a alcanzar un resultado cierto (la esterilización), el embarazo de la mujer del paciente supondrá incumplimiento de la obligación por parte del médico.

## II. La (in)fungibilidad.

### A) Base legal de la distinción.

Dentro de las obligaciones de hacer distinguimos, en segundo lugar, aquellas que tienen carácter personalísimo (carácter infungible) de las que carecen de esta nota (obligaciones no personalísimas o fungibles). El análisis de la fungibilidad es imprescindible puesto que la LEC lo ha utilizado como criterio para distinguir dos tipos de ejecuciones; en primer lugar, la que corresponderá a las obligaciones de hacer que consideremos fungibles y, en segundo lugar, la que corresponderá a las obligaciones de hacer calificadas como infungibles. En este sentido, el artículo 924 LEC de 1881 establecía: *“Si el condenado a hacer alguna cosa no cumpliere con lo que se le ordene para la ejecución de la sentencia dentro del plazo que el Juez al efecto le señale, se hará a su costa; y si por ser personalísimo el hecho no pudiera verificarse en esta forma, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios...”*.

En la actual LEC, el artículo 706 regula la ejecución de condenas de hacer no personalísimo, posibilitando al ejecutante, ante el incumplimiento del ejecutado, para que solicite la realización de la actividad por un tercero. Por su parte el artículo 709 regula la ejecución de condenas de hacer personalísimo posibilitando

---

complejidad y trascendencia vital del paciente, y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-...”

al ejecutante optar entre recibir el equivalente pecuniario de la prestación o solicitar la imposición de apremios al deudor para incitarle a cumplir.

Como vemos, en líneas generales, la fungibilidad determina que la conducta pueda ser realizada por un tercero, quedando igualmente satisfecho el acreedor-ejecutante (realización por subrogación), puesto que va a recibir la misma prestación que le era debida, sólo que de manos de una persona diferente al obligado. En cambio, si la prestación es calificada de infungible, y los apremios fracasan, no tendrá más remedio que conformarse con recibir una cantidad de dinero en concepto de equivalente pecuniario.

A pesar del distinto tratamiento que la ley da a ambas clases del “hacer” y que, por otro lado, entendemos absolutamente necesario, desde el punto de vista del deudor-ejecutado la calificación de una conducta como fungible o infungible es indiferente porque si finalmente no quiere cumplir específicamente, su obligación se transformará en la de entregar una cantidad de dinero, ya sea en concepto de daños y perjuicios, ya para pagar al tercero que se encargue finalmente de la realización de la prestación.

Por último, queremos poner de manifiesto que tanto la LEC de 1881 como la actual LEC no utilizan los términos fungibilidad e infungibilidad sino que hablan de obligaciones personalísimas y no personalísimas. De todas formas, la obligación fungible es la no personalísima y la infungible se corresponde con la personalísima.

*B) La (in)fungibilidad en las obligaciones de dar y en las de hacer.*

La fungibilidad no es un problema relativo únicamente a las obligaciones de hacer sino que hace referencia, también, a las de dar. Es más, la noción de

fungibilidad se utilizó originariamente respecto de las obligaciones de dar y fue posteriormente trasladada a las de hacer. De todas formas, el alcance o el sentido de la fungibilidad es distinto según se refiera a unas o a otras.

La fungibilidad en las obligaciones de dar hace referencia, no al sujeto obligado al cumplimiento (al deudor-ejecutado), sino a la cosa objeto de la obligación<sup>305</sup>. Es lógico que haga referencia al objeto (no al sujeto) de la obligación porque, si nos fijamos, lo importante en las obligaciones de dar es el resultado (que la dación se lleve a cabo) siendo indiferente el sujeto que la realiza<sup>306</sup>. El sujeto que realiza la conducta es en sí mismo fungible o sustituible, resultando determinante para concretar la (in)fungibilidad de la obligación (condena) de dar el objeto de la dación. Por ejemplo, si la condena es a la entrega de una joya, al acreedor le es indiferente quien se la entregue (es decir, quien realice la dación) con tal de que la joya le sea entregada. Así decimos que cosa fungible es la que es sustituible, en el sentido de que consumiéndose por su uso puede utilizarse otra de la misma especie; la cosa superfungible es el dinero, pero lo son todas las que se pesan, cuentan o miden<sup>307</sup>.

---

<sup>305</sup> VERDERA SERVER (*El cumplimiento...*, cit., pág. 228) señala que “en una perspectiva limitada a las obligaciones de dar, referir la aplicabilidad de la ejecución específica a los caracteres de la cosa no resulta incorrecto, aunque fuera conveniente una mayor atención al interés del acreedor que ha de ser el parámetro para valorar la presencia de la (in)fungibilidad”.

<sup>306</sup> En este sentido CAPILLA RONCERO, F. (*La responsabilidad patrimonial y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, Cadiz, 1989, pág. 87, pie de pág. n.º. 8) apunta que “la conducta en que consiste la prestación de dar una cosa es en sí sustituible pues, en razón de la configuración de este tipo de obligaciones, lo relevante es el resultado de transferir la cosa debida al patrimonio del acreedor, con independencia de quién realice la entrega”.

<sup>307</sup> MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 648. Para D’ORS (*Derecho Privado...*, cit., págs. 177-178) “fungibles son las cosas que se identifican, no por su individualidad, sino por el género y la cantidad..., y por eso se llaman genéricas, del mismo modo que las que ordinariamente se identifican por su individualidad..., se llaman específicas... La voluntad de las partes puede considerar como específica una cosa ordinariamente fungible (por ejemplo, el dinero contenido en una bolsa...), o como genérica la

Esta terminología no era utilizada ni por la LEC de 1881, que distinguía entre condenas a la entrega de cosa mueble e inmueble (art. 926) y condenas al pago de una cantidad determinada de frutos en especie (art. 947), ni por el Código Civil que utiliza como sinónimos los términos (cosa) “genérica” o “indeterminada”. Sin embargo, el Anteproyecto de LEC sí utilizó el término “fungibilidad” para distinguir entre las condenas a la entrega de cosa mueble determinada (art. 701), cosa inmueble (art. 703) y cosas fungibles (art. 702<sup>308</sup>) aunque esta nomenclatura no pasó ni al Proyecto (art. 704: entrega de cosa mueble determinada; art. 705: entrega de cosa genérica o indeterminada; art. 706: entrega de bienes inmuebles), ni al texto definitivo de la LEC (arts. 701, 702 y 703 respectivamente).

---

que ordinariamente se identifica como individual (por ejemplo... un cierto número de esclavos). Coincide prácticamente con la distinción anterior la de cosas consumibles y no consumibles”.

Cabe preguntarse si una obligación específica puede tener por objeto la entrega de una o varias cosas fungibles. Según VATTIER FUENZALIDA (*Sobre la estructura...*, cit., págs. 104 y ss.) la solución depende de lo que se entienda por fungibilidad. Cuando la fungibilidad se identifica con la consumibilidad (como hace el art. 337 CC) y también cuando se dice que son fungibles las cosas que se pesan, cuentan o miden, no cabe duda que las cosas fungibles pueden ser objeto de obligaciones específicas (por ejemplo, obligación de entregar las primeras naranjas de la cosecha de todos los años), pero si fungibilidad de las cosas se entiende como capacidad para ser intercambiadas recíprocamente, no es posible que la obligación específica recaiga sobre cosas fungibles. Para el autor, género y fungibilidad “son categorías distintas por presentar una estructura típica diversa, si bien pueden coexistir de forma que tanto cosas fungibles como cosas infungibles pueden ser objeto de obligaciones genéricas. Limitada es, en cambio, esta coexistencia en los supuestos consistentes en obligaciones genéricas de hacer por la fungibilidad menor que caracteriza a esta clase de prestaciones”. Sobre este apartado, puede verse también, ZARRELLI, A., *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1969, págs. 14 y ss.

<sup>308</sup> Artículo 702 del Anteproyecto: “1. Si el título ejecutivo se refiere a la entrega de cosas fungibles, que pueden ser adquiridas en los mercados y, pasado el plazo, no se hubiese cumplido el requerimiento, el tribunal, a instancia del ejecutante, le facultará para que las adquiera, a costa del ejecutado, ordenando, al mismo tiempo, el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición, de la que el ejecutante dará al tribunal cuenta justificada.

2. Si el ejecutante manifestara que la adquisición tardía de las cosas fungibles con arreglo al apartado anterior no satisface ya su interés legítimo, el tribunal determinará el

Por lo que a las obligaciones de hacer se refiere, en principio, (in)fungibilidad es equivalente a (in)sustituibilidad, de manera que una conducta es fungible cuando puede ser realizada por una persona distinta al deudor, obteniéndose el mismo resultado que si la hubiera realizado éste. Es infungible, en cambio, cuando únicamente puede ser realizada por el deudor, porque únicamente cuando es realizada por él queda satisfecho el interés del acreedor. Es decir, la fungibilidad viene referida al sujeto obligado (al deudor), no al objeto de la obligación (que deberá ser, en todo caso, el mismo).

Como se ha dicho<sup>309</sup> “la sustitución sólo puede referirse al sujeto. Si se considera que la fungibilidad implica capacidad de sustitución de la propia prestación, ello equivaldría a sostener que comporta posibilidad de recibir una prestación equivalente y, en consecuencia, todas las prestaciones serían fungibles, puesto que incluso aquellas denominadas personalísimas pueden ser teóricamente reemplazadas por un equivalente pecuniario. Por tanto, la fungibilidad no puede comprender posibilidad de sustitución de la prestación, sino sólo del sujeto previsto para llevarla a cabo”.

### C) *Concepciones.*

El problema es establecer la esencia de la fungibilidad, es decir, hallar qué es lo que determina que una prestación sea (in)fungible e, incluso, quién determina

---

*equivalente pecuniario, con los daños y perjuicios que hubieran podido causarse al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 711 y siguientes”.*

<sup>309</sup> CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., 88. Igualmente CAPILLA RONCERO (*La responsabilidad...*, cit., pág. 86) entiende que si la fungibilidad se refiere al sujeto obligado evidentemente el objeto de la obligación no deberá sufrir ninguna variación. “La prestación facilitada al acreedor mediante la ejecución forzosa debe ser idéntica a la prestación que debiera haber realizado el deudor ejecutado, esto es, debe reunir el requisito de la exactitud del pago que, con carácter general, se enuncia en el artículo 1.157 CC”.

la (in)fungibilidad de la obligación y siempre teniendo en cuenta que la infungibilidad no se presume, pues “para que la condena originaria a un hacer pueda ser sustituida por la de indemnizar los daños y perjuicios causados, es preciso que el deudor acredite en autos, si el ejecutante así lo exige, la imposibilidad de sustituir la conducta debida”<sup>310</sup>. En este sentido establece el artículo 709 LEC, relativo a las condenas de hacer personalísimo, que el ejecutado podrá manifestar al tribunal lo que estime conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida.

La fungibilidad no siempre ha sido entendida de la misma manera. Son diversos los criterios utilizados para definirla:

1. Una prestación es fungible o infungible según que para su realización sea necesario o no un conocimiento especializado, una especialización. Se ha dicho<sup>311</sup> que la fungibilidad implica cualidades especiales o un prestigio personal. Según este criterio, sería infungible la obligación de un médico de operar a un paciente, mientras que resultaría fungible, por ejemplo, la obligación de recoger la cosecha de un campo.

Se ha criticado esta posición<sup>312</sup> argumentando que una obligación que a unas personas nos puede parecer infungible puede resultar fungible para otras. En este sentido, puede ser para algunas personas infungible la obligación de ser operado por un determinado médico, mientras que para otras puede resultar absolutamente indiferente que dicha obligación sea realizada por un médico o por

---

<sup>310</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El proceso...*, cit., 237.

<sup>311</sup> TEITELBAUM, J. W., *Proceso de ejecución y vía de apremio*, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1995, pág. 528.

<sup>312</sup> “In pratica accade che molte persone considerino preziosa l’opera del modesto operaio o artigiano, mentre molti altri considerino sostituibili soggetti che devono compiere opere della massima difficoltà e del massimo impegno” (ZARRELLI, A., *Fungibilità...*, cit., págs. 102 y ss).

otro siempre que tenga los conocimientos necesarios (que sea un cirujano especializado).

2. En segundo lugar se distingue entre fungibilidad e infungibilidad en atención a la actitud del acreedor ante el incumplimiento del deudor. Si aquél opta por la realización de la obligación por un tercero, es porque considera la obligación fungible y si, en cambio, opta por el resarcimiento de daños y perjuicios, es porque la obligación es infungible<sup>313</sup>.

Esta posición ha sido criticada alegando que no se entiende por qué la fungibilidad se hace depender, exclusivamente, de una decisión *a posteriori* del acreedor<sup>314</sup>.

3. En tercer lugar se ha dicho<sup>315</sup> que una conducta es infungible cuando la actividad en que se traduce es patrimonio exclusivo del obligado, es decir, depende únicamente de su libertad de acción. Si únicamente el deudor puede producir la actuación sobre el bien de la vida respecto del que debe desarrollarse la actividad ejecutiva, dicho hacer será personalísimo. El criterio de fungibilidad “oscila entre los límites relativos de la libertad del deudor y el interés del acreedor”. También se ha considerado<sup>316</sup> que una conducta es fungible “cuando puede ser realizada por una persona distinta del deudor con el mismo contenido e idénticos resultados (v.gr. es fungible la conducta que consiste en reparar un

---

<sup>313</sup> Recoge esta postura BORRÈ, G., *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Jovene, Napoli, 1966, págs. 127 y ss. El autor señala también la crítica a esta concepción (págs 130-131): esta teoría “ha perduto di vista la possibilità, e addirittura la necessità, di predeterminare un rapporto fra la natura fungibile o infungibile della prestazione e l’ambito della tutela esecutiva...”.

<sup>314</sup> Para BORRÈ (op. cit., pág. 137) “il creditore non può essere l’arbitro della scelta fra esecuzione specifica e risarcimento del danno, perchè non è in gioco soltanto un suo interesse sostanzialmente risarcitivo..., ma altresì un interesse dell’obbligato alla integrità della propria sfera possessoria...”.

<sup>315</sup> RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 1023.

<sup>316</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El proceso...*, cit., pág. 230.

coche); de no ser así, la conducta es infungible (v.gr. es infungible la obligación contraída por Miró de pintar un cuadro)”.

El problema de esta última posición es que no nos dice el por qué una conducta es o no fungible, es decir, no establece qué es lo que determina que la obligación sea personalísima (la causa), sino que se limita a explicar la consecuencia de la (in)fungibilidad (es decir, el hecho de que sólo el deudor pueda producir la actividad sobre el bien de la vida).

4. Para nosotros, la obligación será infungible cuando al constituirse la misma la persona del deudor, sus cualidades, hayan sido determinantes, es decir, cuando exista un *intuitu personae*, de forma que el interés del acreedor solamente queda satisfecho si cumple el deudor, no si se produce el cumplimiento por un tercero. Así se deduce claramente del artículo 1.161 CC cuando establece que “*en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación*”. Se trata de un problema de interpretación negocial<sup>317</sup>.

La fungibilidad queda determinada en el momento de constituirse la obligación, no en un momento posterior (el momento del cumplimiento) ni en uno anterior<sup>318</sup>.

---

<sup>317</sup> ZARRELLI, *Fungibilità...*, cit., pág. 57, y, siguiendo a este autor VERDERA SERVER, *El cumplimiento...*, cit., pág. 276.

<sup>318</sup> Sin embargo, considera CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., pág. 92, en pie de pág. n.º. 20) que “ya no puede sostenerse, salvo bajo una óptica dualista, que las cualidades del sujeto pasivo se tuvieron en cuenta *ab initio* al establecer la obligación. No se trata de cumplir una obligación sino una condena; además no todas las condenas tienen su origen en una afirmada obligación previa”. Por mi parte entiendo que debe ser la voluntad de las partes al constituir la obligación la que delimite la misma y, por tanto, la que determine la fungibilidad o no del hacer (o, por lo menos, éste debe ser el elemento prevalente) y que, aunque de lo que se trata es de cumplir una condena, ésta proviene del incumplimiento de una obligación previa.



En conclusión, denominamos obligaciones personalísimas o infungibles a aquellas en las que la persona del deudor se ha tenido en cuenta al establecer la obligación (art. 1.161 CC), es decir, cuando “la personalidad del deudor forma parte esencial del programa de prestación”<sup>319</sup>. Por tanto, existe un *intuitu personae*, la obligación (la prestación) sólo puede ser realizada por el deudor, porque sólo de esta forma queda satisfecho el interés del acreedor. La consecuencia será (art. 1.161 CC) que el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero. La forma más sencilla de entenderlo es con un ejemplo: imaginemos que una persona contrata a un pintor famoso para que le pinte un retrato. Si la fungibilidad dependiera únicamente del tipo de conducta, esta obligación deberíamos considerarla fungible puesto que habrían muchos pintores capaces de realizar el retrato. Pero, sin embargo, el acreedor quiere que sea ese pintor (no otro) el que realice el cuadro. Al realizar el contrato, evidentemente, fue determinante la persona del obligado. En consecuencia, sólo si éste cumple quedará satisfecho el interés de aquél.

Por otro lado, denominamos obligaciones fungibles o no personalísimas a aquellas en las que la persona del deudor no se ha tenido en cuenta al constituir la obligación, con la consecuencia de que si la prestación no puede ser realizada por el obligado podrá ser realizada por un tercero<sup>320</sup>, quedando igualmente satisfecho el interés del acreedor. La satisfacción del acreedor es el elemento que permite

---

<sup>319</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de derecho civil*, vol. II., Tecnos, Madrid, 1978, con GULLÓN BALLESTEROS, pág. 109.

<sup>320</sup> Por ejemplo, según la SAP de Zaragoza de 11 de enero de 1995 [AC 1995/39] la condena a los demandados a hacer consistente en la reedificación de una chimenea “evidentemente es una conducta fungible porque puede ser realizada por persona distinta del deudor con el mismo contenido e idénticos resultados, permitiendo a los acreedores apelantes obtener con la ejecución ‘lo mismo’ que si hubiera sido cumplido por los deudores”. En el mismo sentido, pero respecto de la obligación de reparar los desperfectos declarados probados en un local de negocios, véase el AAP de Segovia de 6 de febrero de 1997 [AC1997/311].

establecer la existencia de fungibilidad<sup>321</sup>. Por tanto, es imprescindible que el interés del acreedor quede satisfecho porque la finalidad de la ejecución es, precisamente, satisfacer dicho interés.

De todas formas, es necesario realizar dos precisiones. En primer lugar, las obligaciones personalísimas deben mantenerse dentro de sus justos límites. En la actualidad cuando se contrata, por ejemplo, con una empresa la construcción de un edificio, siempre se tiene en cuenta quien es la empresa con la que se contrata. La competencia hace que contratemos con la que creemos mejor en la relación calidad-precio, pero esto no significa que la obligación deje de ser no personalísima (fungible) para convertirse en personalísima.

En segundo lugar, es necesario plantearse el verdadero alcance de las obligaciones (o mejor dicho, condenas) personalísimas en la práctica. Según lo expuesto respecto de las obligaciones personalísimas no existe duda que si un empresario de espectáculos contrata a Plácido Domingo para dar un concierto, esta obligación es infungible o personalísima. Pero lo que queremos poner de manifiesto es que probablemente ante el incumplimiento de la obligación por el cantante, el empresario solicitará la resolución del contrato y la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan producido, pero no la condena a que el tenor de el concierto (es decir, no solicitará sentencia de condena a un hacer personalísimo). En una economía de mercado como la nuestra es muy posible que al empresario no le convenga esperar para conseguir el hacer personalísimo todo el tiempo necesario para que se desarrolle el proceso de declaración y el de ejecución. En todo caso estas ideas son desarrolladas al estudiar la ejecución por obligaciones de hacer personalísimas (Epígrafe XX: Las condenas a un hacer

---

<sup>321</sup> VERDERA SERVER, *El cumplimiento...*, cit., pág. 29.

personalísimo: su verdadero alcance práctico; de la Sección IV de este mismo Capítulo).

Se puede plantear el problema de determinar si existió o no un *intuitu personae*<sup>322</sup>. En caso de controversia ¿a quien corresponde la determinación de la (in)fungibilidad de la conducta? No creo que pueda dejarse en manos del acreedor o del deudor la determinación de la existencia o no de fungibilidad. En ambos casos dicha determinación no sería objetiva; todo lo contrario, quedaría arbitrariamente en manos de una de las partes.

Entendemos que ésta es una función que corresponde al juez quien deberá escuchar al deudor-ejecutado (cfr. art. 709 LEC), pero también al acreedor-ejecutante, si éste considera importante decir alguna cosa<sup>323</sup>. En este sentido afirma VERDERA SERVER<sup>324</sup> que el juez debe realizar una valoración objetiva de los intereses de las partes; “la reglamentación contractual (la administración del contrato por las partes) ha de ofrecernos el dato objetivo en cuya virtud establecer cómo ha de satisfacerse el interés del acreedor y, en consecuencia, la (in)fungibilidad de la prestación”. Si realizado el juicio no queda acreditada la infungibilidad, el juez deberá considerar la prestación fungible porque la infungibilidad, como ya hemos dicho, no se presume.

---

<sup>322</sup> En definitiva, estamos ante un problema de interpretación. En muchas ocasiones, resulta controvertido saber si la obligación es fungible o no. MUÑOZ XANCO, J. (*La fungibilidad de la condena judicial a dividir la cosa común*, en *La Ley*, 1986, 3) analiza si la condena a dividir la cosa común es o no fungible. El autor llega a la conclusión de la fungibilidad de este tipo de condenas, así si una o varias partes se niegan a efectuar la división, ésta será realizada por el juez a su costa.

<sup>323</sup> Para FERNÁNDEZ LÓPEZ (*El proceso...*, cit., pág. 236) “la determinación en definitiva de si el ‘hacer’ es personalísimo o no, corresponde al juez executor; aunque, en todo caso, deberá escuchar al acreedor quien informará sobre la equivalencia, a su entender, entre la calidad del hacer del obligado y el que pueda realizar otra persona”. También en esta línea se ha manifestado CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 93.

<sup>324</sup> *El cumplimiento...*, cit., pág. 231.

5. Por último, CARRERAS<sup>325</sup> distingue entre fungibilidad jurídica y fungibilidad natural, alertando que una conducta puede ser fungible jurídica pero no naturalmente o a la inversa e, incluso, puede ser fungible o infungible tanto natural como jurídicamente.

Una conducta es *fungible jurídicamente* cuando ante el incumplimiento del deudor, su actividad puede ser llevada a cabo, puede ser sustituida, por una actividad del juez<sup>326</sup>, fundamentándose dicha injerencia en la potestad jurisdiccional del mismo. Por ejemplo, desde un punto de vista ideal, las declaraciones de voluntad son fungibles jurídicamente<sup>327</sup>. Por su parte, la *fungibilidad natural* hace referencia a la posibilidad de que la conducta del deudor pueda ser realizada por otro individuo que carece de *imperium* y sin penetrar en la esfera jurídica del ejecutado.

Además, añade, que la ejecución no tiene como base la infungibilidad natural sino la jurídica y que las sanciones que se actúan en la ejecución presuponen, en todo caso, fungibilidad jurídica<sup>328</sup>. La actividad jurídica es una actividad sustitutiva de las conductas privadas fungibles<sup>329</sup>.

---

<sup>325</sup> *El embargo...*, cit., págs. 38 y ss.

<sup>326</sup> Tengamos en cuenta que para que sea posible la realización por el juez a cargo del obligado es necesario, además, la negativa del deudor al cumplimiento. En este sentido la STS 447/1993 de 6 de mayo [El Derecho 93/4241] ante la solicitud de realización de una escrituración por el propio juzgador y con cargo a quien corresponda en derecho, considera que para que el juez, en ejecución de sentencia, proceda al otorgamiento de escritura “se requiere ineludiblemente la negativa de la persona condenada a efectuarlo”.

<sup>327</sup> CARRERAS, *El embargo...*, cit., pág. 48.

<sup>328</sup> Siguiendo también esta clasificación PELLIGRINI GRINOVER, A. (*Tutela jurisdiccional en las obligaciones de hacer...*, cit., pág.142) considera que solamente la infungibilidad natural “correspondiendo a obligaciones personalísimas puede constituir óbice para la ejecución específica, si el deudor recalcitrante permanece sin cumplirla. Pero la infungibilidad meramente jurídica no limita la actividad jurisdiccional, sino otras medidas de subrogación, independientes de la voluntad del obligado, pueden llevar al resultado práctico deseado”.

<sup>329</sup> Siguiendo a parte de la doctrina italiana, realiza EGUSQUIZA BALSAMEDA (*La configuración...*, cit., págs. 105 y ss) otra clasificación: fungibilidad de los medios y fungibilidad del resultado. Entiende que “la fungibilidad de medios vendría a ser una suerte de

Todo lo dicho hasta este momento acerca de la fungibilidad o infungibilidad de las prestaciones nos conduce a que ésta (la fungibilidad) es un concepto relativo, no absoluto, lo que trae como consecuencia la imposibilidad de determinar *a priori* la (in)fungibilidad de un determinado grupo o conjunto de prestaciones. A lo sumo podemos decir que determinado grupo de actividades son *normalmente* (in)fungibles, pero deberemos analizar cada caso concreto para determinar si ese hacer concreto es fungible o infungible y, consecuentemente, si la conducta puede o no ser realizada por un tercero quedando igualmente satisfecho el interés del acreedor-ejecutante<sup>330</sup>. Las coordenadas que nos darán la solución acerca de la (in)fungibilidad serán: el tipo de conducta, las cualidades del deudor y el interés del acreedor.

---

intercambio del comportamiento que tendría que desarrollar el deudor por otro comportamiento, de idéntico contenido, pero ejecutado por un sujeto distinto al obligado.

En la fungibilidad del resultado, sin embargo, el centro de referencia principal es el interés del acreedor, a través de la alterabilidad del objeto que integra la prestación. El acreedor se satisfará, si así lo acepta, con la recepción de una cosa de características semejantes a la debida, pero diferente a la determinada (cfr. art. 1.166 CC) -v.gr. un automóvil rojo en vez de uno negro-".

<sup>330</sup> Con base en esto, entiende MORENO QUESADA (*Problemática...*, cit., pág. 473) que "no existen categorías contractuales que de por sí, objetivamente, sean celebradas *intuitu personae* y otras que, por el contrario, no tengan esta calificación. Lo que sí hay son unas que normalmente se celebran así y otras que, también generalmente, no responden a tal circunstancia". También CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., págs. 241) considera que "en abstracto no puede clasificarse una prestación en fungible o infungible; no puede reivindicarse que la fungibilidad, por ejemplo, sea una característica prejurídica de los bienes o de la actividad de las personas, atinente a una dimensión estática ya existente en la realidad. Debe considerarse en su función dentro de la relación concreta; por ello la posibilidad de sustitución no puede determinarse sin tener en cuenta el interés de los sujetos de la relación. La fungibilidad se mueve, por tanto, entre los parámetros de la libertad de acción del condenado y el interés del ejecutante".



**Sección II:**  
**Ejecución por obligaciones de hacer fungibles**  
**o no personalísimas.**

**III. Introducción.**

Al analizar la ejecución de las sentencias que condenan a hacer alguna cosa, vamos a ver en primer lugar, y siguiendo el orden establecido en el Capítulo III (“De la ejecución por obligaciones de hacer y no hacer”), del Título V, del Libro Tercero (arts. 705 y ss. LEC), cómo se ejecutan las condenas a la realización de un hacer de los que calificamos, según lo dicho en el epígrafe anterior, como fungibles o no personalísimos (art. 706 LEC); en segundo lugar, veremos cuál es la forma en que se ejecutan las condenas a la emisión de una declaración de voluntad (art. 708 LEC) y, finalmente, estudiaremos la ejecución por obligaciones de hacer infungibles o personalísimas (art. 709 LEC).

La LEC de 1881 dedicaba un único artículo (el art. 924) a la regulación de la ejecución por obligaciones de hacer, tanto personalísimas como no personalísimas (no haciendo referencia en ningún momento a como debían ejecutarse las condenas a la emisión de una declaración de voluntad), sin que el tratamiento, también escaso en general, por parte de la doctrina y de la

jurisprudencia ayudara demasiado a resolver los problemas que en esta materia se suscitaban.

Pero es que, además, ese único artículo de la LEC de 1881 no podía ser calificado de suficiente; todo lo contrario, estaba lleno de lagunas que generaban la necesidad de un gran esfuerzo interpretativo. En este sentido, por ejemplo, establecía el artículo 924 LEC que si el condenado a hacer algo no lo realizaba en plazo, se haría a su costa. Sin embargo no determinaba quien debía elegir y contratar al tercero, tampoco quien debía pagarle, etc. O respecto de la ejecución de un hacer personalísimo fijaba que si no podía verificarse de esta forma, se entendía que optaba (el deudor) por el resarcimiento de perjuicios, preguntándonos, por ejemplo, si era lícito establecer un derecho de opción en fase de ejecución a favor del ejecutado, o si cuando el precepto establecía “no pudiera verificarse” se estaba refiriendo únicamente a los supuestos de imposibilidad, o también a aquellos supuestos en que el deudor, a pesar de ser todavía posible la ejecución *in natura*, no quería realizar la prestación.

La nueva LEC pretende atajar de raíz muchos de los vicios y lagunas de la legislación anterior presentando, según se expone en su Exposición de Motivos, una regulación unitaria, clara y completa. Criterio básico inspirador de la LEC es la protección eficaz del crédito “especialmente con un proceso de ejecución que no constituya, como el de la LEC, un auténtico paraíso del deudor”<sup>331</sup>. La ejecución debe ser en sus propios términos y adopta la LEC medidas que protegen enérgicamente al ejecutante, aunque sin olvidar que también respecto al deudor deben respetarse las garantías constitucionales. Sin embargo, y a pesar de reconocer el gran avance de la nueva Ley respecto a la de 1881, el estudio de la

---

<sup>331</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: criterios e innovaciones principales*, en *Tribunales de Justicia*, febrero de 2000, nº. 2, pág. 130.



ejecución por obligaciones de hacer (y de no hacer) nos muestra que la regulación no es ni tan clara ni tan completa.

#### IV. Regulación.

##### *A) Antes de la LEC de 2000.*

La ejecución de sentencias que condenan a hacer alguna cosa fungible o no personalísima estaba regulada en los artículos siguientes: por un lado, el 924 de la LEC de 1881 y, por otro, el 1.098 y el 1.166 del CC.

El primero de ellos establecía que *“si el condenado a hacer alguna cosa no cumpliera con lo que se le ordene para la ejecución de la sentencia dentro del plazo que el juez al efecto le señale, se hará a su costa...”*

Por su parte el artículo 1.098 CC, en términos similares, establece: *“Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa.*

*Esto mismo se observará si la hiciera contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho”.*

Este último artículo ni siquiera distingue si el hacer es fungible (no personalísimo) o infungible (personalísimo). Entendemos que el primer párrafo se refiere a las condenas a un hacer fungible porque si el hacer fuera infungible, ante el incumplimiento por parte del deudor, sería imposible que otra persona “hiciera”, ya que la infungibilidad, en esencia, supone la imposibilidad de realización por persona distinta al deudor.

El segundo párrafo, en cambio, pensamos que podría ser aplicable tanto a las obligaciones fungibles como a las infungibles, es decir, es posible que tanto un hacer fungible como uno infungible sea realizando contraviniendo el tenor de

la obligación y, consecuentemente, en ambos casos es posible decretar que se deshaga lo mal hecho. El problema es que este párrafo segundo, antes de concretar que “podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho”, establece que “esto mismo (es decir, ejecutar a costa del condenado la obligación de hacer) se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación” y sólo cabe la ejecución por un tercero a costa del deudor si el hacer es fungible.

Por último, según el artículo 1.166 CC “*el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida.*”

*Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor”.*

Esta era toda la regulación con la que contábamos en el sistema anterior para “descifrar” cómo se ejecutaban este tipo de condenas. No es de extrañar que se dijera<sup>332</sup> que el problema fundamental que planteaba la ejecución de las condenas de hacer derivaba de la falta de eficacia para cumplir el mandato judicial, y que la coacción impuesta para el hacer era claramente insuficiente, siendo lo normal que la condena se transformara en el resarcimiento de daños.

#### *B) Regulación actual.*

La regulación actual se encuentra en los artículos 705 (relativo al requerimiento y fijación de plazo para cumplir), 706 (que recoge un supuesto especial que analizamos en el epígrafe VII de esta misma Sección: cuando la sentencia condena a la difusión total o parcial de su contenido) y 707 LEC, pero

---

<sup>332</sup> DE MIGUEL Y ALONSO, *Problemática de...*, cit., pág. 49. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, *Ejecución forzosa...*, cit., pág. 852.

también en el 1.098 y en el 1.166 CC que permanecen vigentes y complementan la regulación contenida en la ley procesal.

El artículo 706 LEC establece: “1. *Cuando el hacer a que obligue el título ejecutivo no sea personalísimo, si el ejecutado no lo llevara a cabo en el plazo señalado por el tribunal, el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios.*

*Cuando el título contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor, se estará a lo dispuesto en aquél, sin que el ejecutante pueda optar entre la realización por tercero o el resarcimiento.*

2. *Si, conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, el ejecutante optare por encargar el hacer a un tercero, se valorará previamente el coste de dicho hacer por un perito tasador designado por el tribunal y, si el ejecutado no depositase la cantidad que el tribunal apruebe mediante providencia o no afianzase el pago, se procederá de inmediato al embargo de bienes y a su realización forzosa hasta obtener la suma que sea necesaria.*

*Cuando el ejecutante optare por el resarcimiento de daños y perjuicios, se procederá a cuantificarlos conforme a lo previsto en los artículos 712 y siguientes”.*

No ha previsto el artículo 706 LEC (al igual que tampoco lo ha previsto el artículo 709 LEC –condena de hacer personalísimo- pero a diferencia del 710 LEC -condenas de no hacer- que sí lo prevé) el supuesto de que el deudor-ejecutado cumpla, pero lo haga de forma defectuosa o contraviniendo el tenor del título. El cumplimiento defectuoso se equipara al incumplimiento pero

además de lo establecido por la ley procesal para el incumplimiento, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho (art. 1.098, II, CC)<sup>333</sup>.

#### V. Naturaleza de la opción concedida al acreedor.

Cuando una persona es condenada a un hacer no personalísimo y, haciendo caso omiso del requerimiento del juez, incumple la obligación, nos dice el artículo 706.1 LEC que el ejecutante puede elegir entre encargar el hacer a un tercero o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios.

Entonces ¿dispone de libertad el ejecutante para elegir entre una u otra formas de ejecución? ¿cuál es la naturaleza de la “opción” que, en sede de ejecución, le concede la ley? ¿se trata de obligaciones facultativas, de una dación en pago, de una novación, de una obligación con cláusula penal o de obligaciones alternativas?

##### A) *Obligaciones facultativas.*

Podría pensarse que lo que el artículo 706.1 LEC establece es una obligación facultativa. Las obligaciones facultativas pueden definirse<sup>334</sup> como “aquellas en que, debiéndose un solo objeto, se concede al deudor la facultad

---

<sup>333</sup> El Grupo Socialista, en las enmiendas del Congreso al Proyecto de LEC, propuso (enmienda n.º. 604) la inclusión de un nuevo párrafo al artículo 709 (actual 706) que decía: “Lo mismo se observará si el ejecutado la hiciere contraviniendo el tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho”. La motivación aducida era la siguiente: “Mejora técnica. Se incluye el supuesto de la ejecución deficiente e incorrecta, a tenor de la obligación, como supuesto de incumplimiento, en el que habrá de deshacerse lo mal hecho”. Cuando el texto llega al Senado, el Grupo Socialista vuelve a emitir enmienda (n.º. 169) en el mismo sentido y con idéntica justificación. Sin embargo, la enmienda no se tuvo en cuenta a la hora de redactar el texto definitivo de la LEC

de cumplir entregando un objeto distinto, de tal modo que el deudor puede elegir entre el uno y el otro, mientras que el acreedor no puede exigir más que el objeto debido<sup>335</sup>. Tiene, por tanto, como contenido un solo objeto (pero ambas prestaciones no se encuentran en el mismo plano, ni con el mismo alcance en el vínculo obligatorio<sup>336</sup>), aunque el deudor puede cumplir entregando un objeto distinto al inicialmente debido. En este sentido, podría pensarse que lo debido es el hacer no personalísimo (fungible), pero que el deudor puede liberarse de la obligación resarciendo al acreedor por los daños y perjuicios.

Tres son principalmente los inconvenientes existentes para admitir que la opción establecida en el artículo 706.1 LEC constituya una obligación facultativa:

En primer lugar, el hecho de que las obligaciones facultativas sean ajenas a nuestro ordenamiento jurídico. A diferencia de otros ordenamientos que las regulan expresamente, en el nuestro no existe un precepto que expresamente las recoja, aunque pueden ser admitidas vía artículo 1.255 CC, es decir, de conformidad con el principio de la autonomía privada.

La obligación facultativa sólo puede proceder del pacto expreso entre las partes (naturaleza negocial) o de una disposición legal especial y expresa. Por eso, para que la opción establecida en el artículo 706.1 LEC constituyera una obligación facultativa se debería establecer expresamente así, ya que los

---

<sup>334</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *Contribución al estudio de las obligaciones facultativas*, en *Revista de Derecho Privado*, 1982, julio-agosto, pág. 648.

<sup>335</sup> Aunque las obligaciones facultativas son definidas con relación a las obligaciones de dar, el concepto es perfectamente trasladable a las obligaciones de hacer e, incluso, a las de no hacer.

<sup>336</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *Las obligaciones facultativas...*, cit., pág. 486. Quizás, como ha puesto de manifiesto VATTIER FUENZALIDA (*Contribución al estudio...*, cit., pág. 654), en rigor no se puede afirmar que las obligaciones alternativas están situadas en

supuestos legales de obligación facultativa deben interpretarse restrictivamente y, además, su disciplina no puede ser extendida por analogía a supuestos similares<sup>337</sup>. Por otro lado, es evidente que las partes, al realizar el contrato, no quisieron constituir una obligación facultativa, por tanto, no existe aquí una obligación facultativa de origen contractual.

En segundo lugar, las obligaciones facultativas favorecen claramente la posición del deudor permitiéndosele cumplir entregando un objeto diferente al inicialmente debido, pero el acreedor puede exigir del deudor sólo la prestación debida<sup>338</sup>. Sin embargo, el artículo 706.1 LEC a quien concede la opción es al acreedor, no al deudor.

Por último, las diversas prestaciones (realización por subrogación-resarcimiento de daños y perjuicios) están situadas para el acreedor-ejecutante en un plano de igualdad (en el sentido de que puede elegir libremente entre una u otra), no de subordinación.

### *B) Novación.*

Tradicionalmente la novación se define como la extinción de la obligación por medio de la creación de otra nueva destinada a reemplazarla<sup>339</sup>. Podría pensarse que la obligación de hacer algo no personalísimo se extinguiría

---

un plano de igualdad y las facultativas en uno de subordinación, sin embargo, nos resistimos a no usar este criterio que, realmente, puede resultar muy clarificador.

<sup>337</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *Las obligaciones facultativas...*, cit., págs. 499 y ss y 521 y ss. VATTIER FUENZALIDA, *Contribución al estudio...*, cit., págs. 644-645, TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas...*, cit., 22-23, CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 99.

<sup>338</sup> La facultad de elección puede corresponder, aunque no es el supuesto normal, al acreedor. A quien nunca puede corresponder es a un tercero (posibilidad, esta última, que sí se da respecto de las obligaciones alternativas).

<sup>339</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, I, vol. II, cit., pág. 388.

(por novación) con la creación de la obligación de indemnizar daños y perjuicios, obligación esta última tendente a reemplazar a aquella.

El principal obstáculo que encontramos para poder defender que en el artículo 706.1 LEC existe una novación, es que uno de los requisitos de ésta es la voluntad de novar<sup>340</sup>. Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean del todo incompatibles (art. 1.204 CC). Es evidente que no se declaró la voluntad de novar. Sí es cierto que las dos prestaciones son del todo incompatibles, en el sentido que cualquiera de ellas extingue la otra, pero el problema es que la novación nunca se presume (STS de 1 de diciembre de 1951 [RA 2619]), por lo que, no cabría decir que cuando la ley concede al acreedor-ejecutante un derecho de opción realmente lo que está haciendo es presumir el *animus novandi*.

### C) Cláusula penal.

Podría pensarse, en tercer lugar, que lo que el artículo 706.1 LEC está estableciendo es una obligación con cláusula penal. Éstas son obligaciones en las que se conviene una prestación a cargo del deudor y a favor del acreedor para el caso de que el primero no cumpla lo que le incumbe o lo haga infringiendo la obligación<sup>341</sup>.

En este tipo de obligaciones existen dos vínculos obligatorios: la obligación principal y la obligación penal. La segunda es creada por la cláusula para el supuesto de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la primera,

---

<sup>340</sup> Es necesaria la concurrencia de dos requisitos más: 1. La existencia de una obligación preexistente que es la que va a sufrir los efectos de la novación. 2. La creación de una nueva obligación de acuerdo con las formalidades que le sean imprescindibles.

tiene carácter accesorio y suele consistir en la entrega de una suma de dinero<sup>342</sup>. Como vemos, su similitud con el supuesto establecido en el artículo 706.1 LEC es clara.

Sin embargo, las diferencias entre una (obligación con cláusula penal) y la otra (la “opción” del artículo 706.1 LEC) hacen que ésta no reúna los requisitos que son necesarios para poder tener la consideración de obligación con cláusula penal:

En primer lugar, el origen de la obligación con cláusula penal es la voluntad negocial. La cláusula penal se establece por medio de una disposición del negocio principal o mediante un negocio separado<sup>343</sup>. En cambio, en el supuesto de incumplimiento de una condena de hacer no personalísima no hay voluntad de las partes de establecer una cláusula penal.

En segundo lugar, el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena (únicamente es posible en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho<sup>344</sup>, artículo 1.153 CC); es decir, que se cumple la obligación principal y además hay que pagar la pena. Sin embargo, la indemnización de daños y perjuicios sí sustituye a la obligación principal y, por tanto, si el deudor-ejecutado paga los daños y perjuicios no tendrá obligación de realizar el hacer.

---

<sup>341</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, I, vol. II, cit., pág. 205.

<sup>342</sup> SANZ VIOLA, A. M<sup>a.</sup>, *La cláusula penal en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 14.

<sup>343</sup> LOBATO DE BLAS, J. M<sup>a.</sup>, *La cláusula penal en el Derecho español*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1974, págs. 17-18. La doctrina habla también de cláusula penal que nace de la ley. Sin embargo para SANZ VIOLA (*La cláusula penal...*, cit., pág. 59) el origen legal parece incompatible con el propio concepto de cláusula penal.

<sup>344</sup> Como señala la doctrina (PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, I, vol. II, cit., pág. 205 y SANZ VIOLA, *La cláusula penal...*, cit., pág. 49) la cláusula penal se convierte en obligación facultativa cuando el deudor está autorizado para desligarse de la prestación convenida pagando la pena.



Consecuencia de lo anterior es que la cláusula penal impone al deudor una prestación adicional (la pena), es decir, se produce una ampliación objetiva del débito<sup>345</sup>. En cambio la indemnización de daños y perjuicios, en el supuesto del artículo 706.1 LEC, no supone una ampliación objetiva del débito, sino que pretende satisfacer al acreedor, de forma que obtenga lo equivalente a si se hubiera cumplido en forma específica.

En tercer lugar, la cláusula penal supone siempre alguna desventaja o perjuicio para el deudor y, precisamente de ahí viene su denominación<sup>346</sup>. La indemnización de daños y perjuicios (también la ejecución por subrogación) más que una desventaja supone una ventaja para el deudor-ejecutado, puesto que indemnizando evita tener que cumplir (que hacer) aquello a lo que se comprometió.

#### *D) Dación en pago.*

La dación en pago es un medio de extinguir las obligaciones caracterizado porque se realiza una prestación distinta a la debida (*aliud*: que puede consistir en la transmisión de una cosa, en un hacer, en un no hacer...), prestación cuya existencia y subsistencia depende de la obligación para cuya extinción fue establecida, de forma que si la prestación inicial deviene imposible esta otra obligación también desaparece<sup>347</sup>. Sin embargo, si la obligación de hacer deviene imposible, la obligación de indemnizar, por supuesto, no desaparece.

---

<sup>345</sup> SANZ VIOLA, *La cláusula penal...*, cit., págs. 17-18.

<sup>346</sup> SANZ VIOLA, *La cláusula penal...*, cit., pág. 19.

<sup>347</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.R., *Naturaleza jurídica de la dación en pago*, en ADC, 1957, pág. 793.

La dación en pago se distingue de la obligación facultativa en que en ésta el acuerdo sobre la posibilidad de cumplir realizando prestación distinta a la debida se produce en el mismo momento de realizar el contrato, mientras que en aquélla el acuerdo de recibir cosa distinta a la debida se produce en el mismo momento de realizar la prestación.

La dación en pago se dirige, al igual que la indemnización de daños y perjuicios, a la extinción de una obligación a través de la satisfacción del interés del acreedor. Si afirmamos que la dación en pago supone que la obligación se extingue al ser ejecutada una prestación distinta de la que constituye el objeto de la obligación<sup>348</sup>, su similitud con lo establecido en el artículo 706.1 LEC es evidente. Pero si tenemos en cuenta que el deudor no puede constreñir al acreedor a recibir una prestación diferente a la debida y el acreedor no puede obligar al deudor a realizar una prestación diferente a la debida, sino que para que la obligación se extinga mediante la realización de una prestación distinta de la debida (*datio in solutum*) es necesario el consentimiento del acreedor y del deudor<sup>349</sup> (contrato bilateral), vemos que el 706.1 LEC no está configurando una dación en pago puesto que en ningún momento se produce ese contrato bilateral.

Y, en tercer lugar, debemos observar que, mientras el acreedor y el deudor no resuelvan por mutuo disenso el convenio de dación en pago o mientras éste no deje de surtir efecto, la realización del *aliud* será preferente a la de la prestación objeto de la obligación<sup>350</sup>, mientras que el resarcimiento de daños y perjuicios no es preferente a la realización por subrogación ni ésta a aquél sino que todo depende de la elección del acreedor.

---

<sup>348</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Naturaleza jurídica...*, cit., pág. 753.

<sup>349</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Naturaleza jurídica...*, cit., pág. 784.

En fin, el mutuo disenso del acreedor y deudor que deja sin efecto el convenio de dación en pago, supone la desaparición de la obligación del deudor de realizar el *aliud* y del deber de aceptarlo que pesa sobre el acreedor. Resulta incluso cómico pensar en la posibilidad de un acuerdo entre acreedor y deudor en orden a la posibilidad de desaparición del *aliud*, que en nuestro caso sería la indemnización de daños y perjuicios.

#### *E) Obligaciones alternativas.*

A primera vista, la figura con la que mayor semejanza guarda la “opción” contenida en el artículo 706.1 LEC, es la de la obligación alternativa<sup>351</sup>. Vamos a analizar estas obligaciones comparándolas con la “opción” del artículo 706.1 LEC, para ver si dicho precepto viene a configurar o no una obligación alternativa<sup>352</sup>.

---

<sup>350</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, I, vol. II, cit., pág. 204 y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Naturaleza jurídica...*, cit., pág. 793.

<sup>351</sup> “El mismo nombre de obligación alternativa es inexacto, puesto que, muchos de los casos que bajo este rótulo se comprenden no tienen nada que ver con las obligaciones” (D’ORS, A., *En torno a la llamada obligación alternativa*, en *Revista de Derecho Privado*, 1944, pág. 19). Para un análisis más profundo de la obligación alternativa puede verse, además de la obra ya citada, HERNÁNDEZ GIL, A., *Naturaleza jurídica de la obligación alternativa*, en *Revista de Derecho Privado*, 1942, págs. 549-579; CERES, L., *Un aspecto procesal de las obligaciones alternativas*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1953, págs. 241-243; DE LA CUESTA, J. M<sup>a</sup>., *Las obligaciones alternativas*, en *Revista de Derecho Privado*, 1984, págs. 3-25 y CRISTÓBAL MONTES, A., *La imposibilidad sobrevenida de todas las prestaciones en la obligación alternativa*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio 1996, págs. 1023-1036.

<sup>352</sup> Si clasificamos las obligaciones en atención a su contenido, nos encontramos con que, por razón de la unidad o de la pluralidad de la prestación, existen obligaciones únicas o simples y múltiples o compuestas. Las únicas o simples son aquellas en las que la conducta debida por el deudor consiste en una sola prestación. Las compuestas, que son aquellas en las que la conducta debida por el deudor se refiere a varias prestaciones, se subdividen en conjuntivas y en alternativas. Las conjuntivas son aquellas en las que la prestación abarca varios objetos y todos ellos son debidos, de forma que para cumplir la obligación es necesario realizar todas las prestaciones. Las alternativas las analizamos más detenidamente en el texto.

Siguiendo lo establecido en el artículo 1.131 CC podemos definir las obligaciones alternativas como “aquellas que se refieren a varias prestaciones o contenidos de los que solamente uno ha de ser cumplido o entregado por el deudor”<sup>353</sup>. Característico de las obligaciones alternativas es que el cumplimiento de una de ellas extingue las demás, característica que se daría también respecto a las obligaciones contenidas en el artículo 706.1 LEC. En este sentido, la indemnización de daños y perjuicios extinguiría la obligación de hacer.

Las fuentes de las obligaciones alternativas son: en primer lugar, la voluntad contractual; en segundo lugar, la voluntad testamentaria; y, por último, las disposiciones legales. Si el artículo 706.1 LEC asentara una obligación alternativa, ésta debería haber nacido de una de esas tres formas. Veamos si es así. Es evidente que no tiene naturaleza testamentaria. También está claro que no tiene naturaleza contractual, porque las partes al constituir la obligación no quisieron crear una obligación alternativa (o realizar el hacer o indemnizar los daños y perjuicios), sino que pretendieron constituir simplemente una obligación de hacer; incluso en el proceso de declaración lo único que pidió el acreedor fue la condena a hacer alguna cosa. La única posibilidad es que se tratara de una obligación alternativa creada por ley (como, por ejemplo, las establecidas en los artículos 139 y 149 CC).

---

<sup>353</sup> DE LA CUESTA, *Las obligaciones alternativas*, cit., pág. 3. Respecto a la polémica de si se deben todas las prestaciones o si, en cambio, no se debe ninguna hasta la elección, puede verse, principalmente y además del autor citado, HERNÁNDEZ GIL, *Naturaleza jurídica...*, cit., págs. 549-579. Este autor sigue la teoría unitaria según la cual, en la obligación alternativa hay una sola obligación. Debida es una sola prestación, o la una o la otra, pero solo una. Recrimina D'ORS (*En torno a la llamada...*, cit., págs. 3-4) a Hernández Gil que estudiar la obligación alternativa desde un punto de vista unitario es una materia infructuosa y que no produce resultado alguno. “La pretendida unidad del tipo y unidad de obligación en las relaciones alternativas es un puro fantasma forjado por la fértil imaginación constructiva de los

Por otro lado, del concepto de obligación alternativa se deduce que las diversas prestaciones están situadas en un plano de igualdad<sup>354</sup> y, además, para satisfacer al acreedor, “sirven todas las singulares prestaciones<sup>355</sup>”. En el supuesto contemplado por el artículo 706.1 LEC las dos prestaciones (realización por un tercero-resarcimiento de daños y perjuicios) están situadas en un plano de igualdad en el sentido de que el acreedor-ejecutante puede libremente elegir entre la ejecución por un tercero o el resarcimiento de perjuicios. Además, en ocasiones, cualquiera de las prestaciones satisfará al acreedor. Por ejemplo, si se ha condenado al deudor a reedificar la chimenea del acreedor (SAP de Zaragoza de 11 de enero de 1995 [AC 1995/39]) a éste le es indiferente, ante el incumplimiento del ejecutado, elegir la realización por un tercero que elegir el resarcimiento de daños y perjuicios porque si opta por el resarcimiento con el dinero obtenido contratará a un tercero para que le realice la actividad.

Sin embargo, en otros muchos supuestos se observa que las prestaciones no están situadas en plano de igualdad y que el resarcimiento de perjuicios no satisface el interés del acreedor-ejecutante, no pudiéndose afirmar, por tanto, que en el supuesto del artículo 706.1 LEC la realización por tercero y el resarcimiento de daños y perjuicios son obligaciones alternativas. Por ejemplo, si se condena al deudor a cerrar los huecos o ventanas realizados sobre las paredes de su casa porque su apertura supone la constitución de un gravamen real sobre la parte del patio propiedad del acreedor (STS de 8 de mayo de 1991

---

modernos. Así, pues, lo que debemos indagar no es qué naturaleza tiene una determinada relación jurídica sino qué acciones surgen de ella”.

<sup>354</sup> Ya hemos hecho referencia a que quizás, en rigor, no se puede afirmar que las obligaciones alternativas están situadas en un plano de igualdad y las facultativas en uno de subordinación, sin embargo, nos resistimos a no usar este criterio puesto que, realmente, puede resultar muy clarificador.

<sup>355</sup> HERNÁNDEZ GIL, *Naturaleza jurídica...*, cit., pág. 574.

[RJ 1991/3619]), el interés de éste, ante el incumplimiento de la condena por el deudor, no queda satisfecho con la indemnización de daños y perjuicios, sino que necesariamente elegirá el acreedor-ejecutante que sea un tercero quien, a costa del deudor-ejecutado, tapie los huecos. El ejemplo nos muestra que las dos prestaciones no están situadas en plano de igualdad y que no puede decirse que se trate de obligaciones alternativas.

Por otro lado y según el artículo 1.131 CC “*el obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra*”. Esta característica, en esencia, es igual respecto de los establecido en el artículo 706.1 LEC, aunque en el caso de las obligaciones de hacer a las que se refiere el precepto citado, si el deudor cumple en forma específica pero se han producido también daños y perjuicios estos deberán ser también resarcidos.

Otra característica de las obligaciones alternativas es la relativa indeterminación de su objeto, de forma que hasta el momento de la concentración<sup>356</sup> no queda determinada la prestación. En el supuesto del artículo 706.1 LEC la obligación quedó determinada desde un principio: el deudor debió realizar el hacer pero el derecho de opción lo concede el legislador en sede de ejecución y en este punto, la concentración que determina la prestación se produce cuando el acreedor realiza la elección.

Por último, en las obligaciones alternativas el derecho de elegir entre las diversas prestaciones corresponde, salvo pacto en contrario, al deudor<sup>357</sup> (art.

---

<sup>356</sup> Se denomina concentración al momento en el que se produce el tránsito desde la pluralidad inicial de los contenidos de la obligación que caracteriza a la obligación alternativa, hasta la unicidad de la prestación a que se refiere el cumplimiento de la misma. Cfr. DE LA CUESTA, *Las obligaciones alternativas*, cit., pág. 14.

<sup>357</sup> El deudor puede elegir cualquiera de las dos prestaciones. Da igual que elija la de mayor valor que la de menor valor. Esta, por otra parte, es una de las características que las

1.132 CC). Se trata claramente de una aplicación del principio de *favor debitoris*<sup>358</sup>. Pero es posible que las partes pacten o que la ley determine que sea al acreedor a quien corresponda elegir o, incluso, es posible atribuir la facultad de elección a un tercero.

En conclusión, tampoco es posible afirmar que el artículo 706.1 LEC establezca una obligación alternativa.

## VI. Requerimiento y plazo.

Una vez dictada condena a un hacer no personalísimo se decía<sup>359</sup> que lo idóneo era requerir al condenado, aunque el requerimiento no estaba expresamente previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y señalarle un plazo para cumplir.

La nueva LEC, posiblemente influenciada por la práctica forense, ha recogido para las condenas de hacer ese requerimiento. Por un lado establece en el artículo 699 LEC (contenido en las disposiciones generales de la ejecución no dineraria) que, en el auto por el que se despache ejecución, se requiera al ejecutante para que, dentro del plazo, cumpla en sus propios términos lo establecido en el título ejecutivo. El requerimiento se realizará tanto si la condena es a dar cosa distinta a dinero o a hacer como si es a no hacer. En el mismo sentido, el artículo 705 LEC (dentro de las disposiciones relativas a la ejecución por obligaciones de hacer y no hacer) establece que si el título

---

diferencian de las obligaciones genéricas en las que se elige la calidad media. En este sentido, PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, I, vol. II, cit., págs. 190-191.

<sup>358</sup> En este sentido, CASTÁN VÁZQUEZ, J. M<sup>a</sup>., *El "favor debitoris" en el Derecho español*, en ADC, 1961, pág. 842.

<sup>359</sup> RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 1.022.

ejecutivo obliga a hacer alguna cosa se requerirá al deudor para que la haga dentro de un plazo que el tribunal fijará.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia tienen demasiada fe en los beneficios que la concesión de ese plazo pueda reportar. Para TAPIA FERNÁNDEZ<sup>360</sup> conceder un nuevo plazo es inútil puesto que simplemente supone alargar más el cumplimiento específico del pertinaz deudor. Se pregunta, además, el grado de presión que este plazo puede producir en el deudor “cuando ni su propia conciencia, ni la letra de la Ley, ni una declaración judicial en forma ha propiciado su cumplimiento. Sinceramente, creemos que el legislador arbitró tal medida, más que con fines coercitivos, guiado por la inercia histórica (el Derecho antiguo fijaba un término dentro del cual se debía dar cumplimiento a lo ordenado en la ejecutoria)”. Por su parte, la SAP de Zaragoza de 11 de enero de 1995 [AC 1995/39] se refiere a la “generosidad de la Ley ante unos deudores que lesionan el derecho de los demandantes, son condenados y resisten a la ejecución voluntaria de la condena, obligando a la ejecución forzosa y tampoco cumplen en el plazo que el Juzgado les señala”.

La ley no fija cuál es el plazo de que dispone el deudor-ejecutado para “cumplir”. Si la sentencia de condena estableció algo al respecto, se estará a lo que ella prescriba y, en caso contrario el plazo será el que, atendiendo a las características y circunstancias del “hacer” (*la naturaleza del hacer y las circunstancias que concurran*: art. 705 LEC), fije el juez<sup>361</sup> en el auto por el que despacha la ejecución.

---

<sup>360</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas...*, cit., pág. 108, pie de pág. n.º. 188. Por su parte, entiende VERDERA SERVER (*El cumplimiento...*, cit., pág. 284) que “en el fondo, la ley procesal responde a un sistema jurídico y económico, hoy ya superado, en el cual el tiempo de cumplimiento de las obligaciones no revestía una importancia decisiva...”.

<sup>361</sup> Para MORENO CATENA (*Derecho procesal...*, cit., pág. 445) el juez al fijar el plazo “puede tener en cuenta la indicación que en tal sentido haya hecho el ejecutante en la solicitud”.



Entendemos que el plazo deberá ser el “estrictamente necesario”<sup>362</sup> puesto que prolongar el momento de la ejecución sólo beneficia al deudor.

El plazo puede ser de varios tipos:

1. Plazo único: si se trata de un hacer sencillo, como por ejemplo, tapiar una puerta o ventana. En estos supuestos el juez dará un plazo determinado para realizar totalmente el hacer, es decir, para iniciarlo y terminarlo.

Por ejemplo, el juez fijó un plazo de setenta y dos horas para tapiar una puerta abierta (STS de 4 de febrero de 1997 [El Derecho 97/277]), o un plazo no superior a 40 días para realizar las obras de reparación de un edificio ruinoso (STS de 5 de mayo de 1998 [RA 3233]). Sin embargo, se fijó un plazo de 15 días para iniciar la demolición de varias escaleras y para “proseguir sin interrupción, procediendo seguidamente de terminadas a retirar el material procedente de las mismas, dejando el paso libre de obstáculos para el tránsito” (STS de 10 de octubre de 1977 [RA 3718]).

2. Varios plazos sucesivos: si se trata de un hacer más complicado, como por ejemplo, la demolición de un edificio y su construcción con los mismos planos, el juez no fijará solamente un plazo, v.gr. de dos años, para la realización total de la obra porque, si así lo hiciera, el hecho de que durante año y medio el deudor no realizara actividad alguna no podría considerarse incumplimiento de la obligación. En este supuesto, el acreedor sólo podría pedir la realización por un tercero a costa del deudor por incumplimiento de éste o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios, una vez transcurridos los dos años.

---

<sup>362</sup> Opina CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., pág. 108) que “un exceso en la fijación del tiempo puede conculcar la garantía de la tutela judicial efectiva del ejecutante –si el retraso lo convierte *de facto* en inaccesible-, y viceversa, un plazo exiguo imposible de cumplir podría afectar al derecho de defensa o a la propia tutela del ejecutado”.

Por eso, el juez irá fijando plazos sucesivos para que el deudor vaya realizando las distintas actividades que conforman la actividad total, es decir, el hacer al que se condenó en la sentencia. En este sentido, y siguiendo con nuestro ejemplo, el juez fijará un plazo para demoler el edificio (v. gr. de un mes), otro para realizar la cimentación del mismo (por ejemplo de 3 meses) y así sucesivamente hasta la realización total de la obra. De esta forma, el incumplimiento de cualquiera de estos plazos, demuestra, por un lado, la intención reticente del deudor a cumplir y, por otro, permite al acreedor pedir la realización de la obra por un tercero a costa del ejecutado o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios.

En cuanto al cómputo del plazo se realiza de la forma siguiente: *dies a quo* será el día siguiente a aquel en que se efectúe el requerimiento y *dies ad quem* será el último día del plazo (cfr. art. 133.1 LEC)<sup>363</sup>, salvo que fuera inhábil en cuyo caso será el siguiente día hábil (art. 133.4 LEC). Si el plazo ha sido señalado por meses (o por años) se computará de fecha a fecha (art. 133.3 LEC). Finalmente señalar que cuando el plazo es por días, se descuentan los días inhábiles (art. 133.2 LEC).

Una vez señalado el plazo por el juez y transcurrido éste, la actitud del deudor puede haber sido de cumplimiento o de incumplimiento (el cumplimiento puede ser también parcial o defectuoso que, en definitiva, es igual que si no se hubiera cumplido). En el supuesto de incumplimiento ¿es posible prorrogar el plazo para intentar que el deudor cumpla?

Sobre esta posibilidad (prórroga que verdaderamente supone dilatar aún más la satisfacción del acreedor-ejecutante), la doctrina se ha mostrado dividida.

---

<sup>363</sup> Artículo 133.1 LEC: "Los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquél en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo, y se contará en ellos el día del vencimiento, que expirará a las veinticuatro horas".

Mientras MANRESA<sup>364</sup> entendía que el plazo es prorrogable siempre y cuando, ante las justas razones alegadas por la parte interesada, así lo decida el juez; FERNÁNDEZ LÓPEZ<sup>365</sup> considera que debe ser improrrogable, salvo que el éxito de la ejecución dependa de la prórroga.

Por nuestra parte, pensamos que el deudor ya ha dispuesto de suficientes oportunidades para realizar el hacer al que se obligó y, por tanto, excepto que el éxito de la ejecución dependa de ello, no entendemos posible prorrogar el plazo. El hecho de que se concedan varios plazos en los supuestos de obras complicadas o extensas en el tiempo, no supone conceder prórrogas. No puede interpretarse la ley en un sentido tan estático que impida “dividir” ese plazo, al que se refiere el artículo 705 LEC, en varios. Lo que no entendemos posible es la prórroga en sentido estricto, es decir, que una vez concedido un plazo (ya sea para la realización total de la obra, ya para realizar una actividad concreta integrante de la obra total), y antes de su vencimiento, se solicite y se conceda al deudor-ejecutado un nuevo plazo para realizar esa misma actividad. Refuerza nuestra posición el hecho de que la ley en ningún momento se refiera a la posibilidad de fijar una prórroga.

En el *requerimiento* que el juez realiza al deudor para que “cumpla” dentro del plazo señalado se le podrá apercebir de que, en caso contrario (es decir, en caso de incumplimiento), se podrá realizar a su costa la obra o reclamársele el resarcimiento de daños y perjuicios<sup>366</sup>.

---

<sup>364</sup> *Comentarios a la Ley...*, cit., pág. 182. En esta línea, MORENO CATENA (*Derecho procesal...*, cit., pág. 445) para el caso de que el deudor haya realizado un cumplimiento parcial opina que “debe quedar al criterio del juzgador concederle una ampliación de plazo, parece aconsejable que previa audiencia del deudor y del acreedor...”. También, CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., pág. 109)

<sup>365</sup> *El proceso...*, cit., pág. 232, pie de pág. 2, y en *Derecho Procesal...*, cit., pág. 325.

<sup>366</sup> Por ejemplo, la sentencia anteriormente citada en relación a la fijación del plazo (STS de 4 de febrero de 1997 [El Derecho 97/277]), en su fundamento de derecho primero señala que “la

En conclusión, la primera medida dentro de la ejecución<sup>367</sup> será el requerimiento con señalamiento de un plazo al deudor para que cumpla aquello a lo que se le condenó en la sentencia; plazo que fijará el juez en atención a las circunstancias concretas del hacer y que es improrrogable.

## VII. Forma de la ejecución.

### A) Ejecución por el deudor dentro del plazo.

#### a) Cumplimiento completo y correcto.

En ocasiones, aunque seguramente no demasiadas, el plazo, primera medida de presión dentro de la ejecución, cumple su finalidad y el deudor-ejecutado realiza la actividad, cumpliéndose así la condena.

La actividad que el ejecutado realice será la misma que hubiera realizado si hubiese cumplido voluntariamente la sentencia, e incluso, si hubiera cumplido voluntariamente su obligación ya que “la condena de hacer no puede extenderse a más de lo que la propia Sala admite como consecuencia del contrato” (STS de

---

providencia de 12 de mayo de 1992, donde se acordaba requerir a la misma para que, en el término de setenta y dos horas, procediese a tapiar la puerta, bajo *apercibimiento* de realizarse a su costa...”.

<sup>367</sup> Entiende GUASP (*Derecho procesal...*, cit., pág. 235) que “no es forzoso entender que forma parte del procedimiento de la ejecución transformativa un requerimiento del Juez al ejecutado, para que cumpla la sentencia, y una fijación de plazo, y que sólo emitido ese requerimiento y desatendido ese plazo, procede que el juez decida del modo que es propio en ese tipo de ejecución. Sin embargo, por benignidad con el ejecutado se podrían insertar en el procedimiento de la ejecución uno y otro trámite como premisa o antecedente de la decisión propiamente dicha”. También PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. (*El objeto del proceso*, en “Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 116, pie de pág. 3) considera que “el requerimiento que con posterioridad a la condena exige la Ley, a veces, es preparatorio de la ejecución”.

24 de noviembre de 1981 [RA 4626]), sin tener en cuenta, claro está, la condena en costas.

Si se trata de un contrato atípico, “no es lo importante el ‘nomen iuris’ para establecer la disciplina normativa y efectos entre las partes sino su completa o incompleta regulación por las mismas, es decir, las especificaciones de los contratantes respecto del programa contractual”; además, “como establece el artículo 1.258 del CC, la eficacia y obligatoriedad del contrato se extiende a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, lo que puesto en relación con el artículo 1.283 del mismo Código –que prohíbe la extensión obligatoria del contrato a lo no previsto (...)- quiere lisa y llanamente decir que no se puede imponer al contratante acusado de incumplidor más obligaciones que las previstas o las razonablemente previstas o las que razonablemente se deriven de sus actos en relación con el objeto, términos y sentido del contrato” (STS de 24 de noviembre de 1981 [RA 4626])<sup>368</sup>.

*b) Cumplimiento parcial o defectuoso.*

Si el deudor cumple la ejecución termina. Pero ¿qué pasaría si el deudor-ejecutado cumpliera sólo parcialmente o de forma defectuosa? El artículo 706 LEC no ha previsto ni el supuesto de cumplimiento parcial ni el de cumplimiento defectuoso pero, es evidente, que si el cumplimiento es parcial la ejecución debe continuar hasta conseguir la realización total del hacer.

---

<sup>368</sup> La sentencia, que condenaba a la extracción de tierra, imponía “al demandado la obligación de nivelar la finca, es decir, la de transformar, no de reponer, la superficie de la misma, superficie que no era llana según las fotografías muestran”.

Si, en vez de parcialmente, el deudor cumple de forma defectuosa es posible que la reacción del acreedor vaya en una doble dirección. Puede el acreedor conformarse con la prestación defectuosa considerándose, en ese caso, la prestación como bien realizada y terminando ahí la ejecución. Si, en cambio, el acreedor no resulta satisfecho, lo pondrá en conocimiento del juez que decidirá sobre el carácter defectuoso del hacer. Para realizar esta labor, comparará lo realizado con el título ejecutivo<sup>369</sup>.

Si el juez determina que la ejecución de la obra es defectuosa por no ajustada a la pericia profesional exigible, asistirá al acreedor-ejecutante la oportuna acción frente al deudor-ejecutado para exigirle la reparación 'in natura' o prestación específica, realizando las obras de corrección indispensables, por sí mismo o a su costa (arts. 1.091 y 1.098 del Código y 706 de la LEC) o bien instando el cumplimiento por equivalencia (ejecución genérica) que ha de cubrir todo el quebranto o desequilibrio patrimonial sufrido a causa del incumplimiento imputable al constructor (cfr. STS de 21 de octubre de 1987 [RA 7308]). Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho (art. 1.098, II CC).

Por otro lado, debemos tener en cuenta que tanto la construcción defectuosa como la viabilidad de las correcciones a realizar deben ser probadas, "no resultando ajustado a derecho, salvo coyunturas de emergencia, que el propio comitente determine, por su exclusiva y libre voluntad, llevar a efecto la

---

<sup>369</sup> Cfr. VERDERA SERVER, *El cumplimiento...*, cit., pág. 286. El autor pone también de manifiesto que "puede chocar que, tratando de delinear la ejecución específica como una forma de protección del interés específico del acreedor, se deje en manos del juez una decisión de tanta trascendencia. Sin embargo, debe notarse que si el acreedor resulta satisfecho con la prestación (defectuosa) nada alegará, y por lo tanto la intervención del juez resulta un adecuado mecanismo para evitar los posibles abusos por parte del ejecutante".

realización de las obras, sin someterse a mecanismo de control alguno” (STS de 21 de octubre de 1987 [RA 7308]).

*B) ¿Ejecución por el propio deudor una vez transcurrido el plazo? Sobre la posibilidad de utilización de medios de coerción.*

Según el artículo 706 LEC tras el incumplimiento del deudor en el plazo, el acreedor-ejecutante puede optar, salvo que el título ejecutivo disponga expresamente otra cosa, entre la realización de la obligación por un tercero (cosa que, en principio, no debería resultar muy difícil al tratarse de una obligación fungible), y a costa del ejecutado, o el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le hubieren causado. Sin embargo, nos preguntamos si es posible (a pesar de que la fungibilidad supone, al menos teóricamente, que la prestación puede ser realizada por otras personas) obligar al propio deudor a que sea él quien la realice. Tengamos por otro lado en cuenta que el artículo 706 LEC en ningún momento se refiere a la posibilidad de apremiar al deudor para que sea él mismo quien cumpla.

Advertimos, no obstante, que si el deudor no quiere de ningún modo cumplir, no habrá presión suficiente que le haga cambiar de idea y que, el acreedor-ejecutante, en situaciones normales probablemente preferirá, puesto que el resultado va a ser el mismo, que la actividad sea realizada por un tercero en vez de por el deudor reticente.

El punto de partida para alcanzar una solución son los artículos 699 LEC, 18.2 LOPJ, 24 CE y 118 CE. El 699 LEC, primero de los artículos que la LEC dedica a la ejecución no pecuniaria, dice que en el auto por el que se despache ejecución se requerirá al ejecutado para que, dentro del plazo que el tribunal

estime adecuado, *cumpla en sus propios términos* lo que establezca el título ejecutivo. En el requerimiento, el tribunal podrá *apercibir* al ejecutado con el *empleo de apremios personales o multas pecuniarias*.

Por su parte, el artículo 18.2 LOPJ considera que “*las sentencias se ejecutarán en sus propios términos*”, regla a la que no opone excepción alguna. Únicamente para los casos en que la ejecución sea imposible establece que “*el juez o tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente...*”. Este artículo no distingue entre obligaciones fungibles y obligaciones infungibles, ni entiende que solamente las segundas deban ser, obligatoriamente, ejecutadas en sus propios términos.

En tercer lugar, el artículo 118 CE señala: “*Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto*”. Como vemos, no sólo obliga a cumplir las resoluciones judiciales firmes, sino que también se debe colaborar para que se ejecute lo resuelto.

Por último, el artículo 24.1 CE al establecer que “*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva...*” ha venido a reconocer el derecho del acreedor a recibir lo mismo que le era debido y, como ha dicho el TC en numerosas ocasiones, sólo cuando existan *razones atendibles* (que para nosotros son, únicamente, los supuestos de imposibilidad) es posible sustituir la ejecución *in natura* por el equivalente pecuniario.

Este derecho fundamental (derecho a la tutela judicial efectiva) despliega sus efectos en varios momentos diferentes y, uno de ellos supone o significa que, una vez dictada sentencia, debe darse plena efectividad a sus



pronunciamientos. Si el derecho a la tutela jurisdiccional comporta la efectividad del fallo, los tribunales han de poder adoptar las medidas que sean conducentes para conseguirlo<sup>370</sup>. También la jurisprudencia se ha manifestado en este sentido. A modo de ejemplo citamos la STC 26/1983, de 13 de abril: “El derecho a que se ejecuten los fallos judiciales que reconocen derechos propios sólo se satisface cuando el órgano judicial adopta las medidas oportunas para llevar a efecto esa ejecución”.

A pesar de los argumentos esgrimidos entendemos que no es posible, en el caso de ejecución de condenas de hacer fungibles, el empleo de medidas de coerción que compelan al deudor a que sea él mismo quien realice la actividad. Dos son, principalmente, las razones que nos llevan a esta conclusión:

En primer lugar, porque tanto el artículo 18.2 LOPJ como el 24.1 CE lo que están garantizando es la ejecución *en sus propios términos* o *in natura*, y aunque la actividad sea realizada por un tercero no deja de ser *in natura*; no olvidemos que la esencia de una conducta fungible radica, precisamente, en poder ser realizada por otras personas (además de por el propio deudor), produciendo las mismas consecuencias y satisfaciendo igualmente al acreedor. Lo que queremos poner de manifiesto es que consideramos que el cumplimiento por un tercero es ejecución en forma específica, *in natura* o *en sus propios términos*, no ejecución genérica o por equivalente<sup>371</sup>.

Por su parte, el artículo 118 CE exige colaborar con los órganos jurisdiccionales en el curso del proceso y en la ejecución del fallo, pero esa colaboración puede entenderse referida simplemente a facilitar la ejecución por subrogación. Como la ejecución por subrogación es también ejecución en forma

---

<sup>370</sup> El razonamiento en ARAGONESES MARTÍNEZ, *Las astreintes...*, cit., pág. 138.

específica, no creemos que el deber de colaboración permita la utilización de medios coercitivos.

La segunda de las razones, que nos llevan a negar la posibilidad de utilización de medios coercitivos sobre la voluntad del deudor, radica en que entendemos que la ejecución ha de conjugar la satisfacción del acreedor con el menor perjuicio posible para el deudor<sup>372</sup>. Si la ley permitiera la utilización de medidas coercitivas no se conseguiría un resultado más beneficioso para el acreedor (el resultado sería el mismo que si “hace” un tercero) y, en cambio, sí que se le produciría un mayor perjuicio al deudor.

En conclusión, entendemos acertada la solución dada por nuestro ordenamiento para el caso de incumplimiento de condenas de hacer fungibles<sup>373</sup> (otra cosa es que critiquemos las lagunas existentes en la regulación, por ejemplo, en cuanto a quien ha de elegir a ese tercero, etc).

A pesar de lo dicho, no olvidamos que existen actividades que en teoría son fungibles pero que en la práctica (en la realidad) son infungibles, por ejemplo, las actividades realizadas en régimen de monopolio. Para este tipo de

---

<sup>371</sup> Sobre este punto, puede verse un análisis más detallado que realizamos en el subapartado *d) Naturaleza del hacer por subrogación*, del apartado C), del epígrafe VII, de esta misma Sección.

<sup>372</sup> Cfr. PEREDA GÁMEZ, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 52. En palabras de ALLORIO (*Problemas...*, cit., pág. 185) las exigencias a las que debe responder el proceso son dos: “por un lado, la inmediata adherencia a las necesidades y a los intentos de la persona en cuyo interés se lleva a cabo el proceso; por otro, imparcialidad de desenvolvimiento, en forma que se reduzcan al mínimo inevitable el perjuicio y la perturbación de la otra parte”. En el mismo sentido, también, DE MIGUEL Y ALONSO, C. (*Últimas evoluciones en materia de ejecución forzosa singular*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1983, pág. 94): “En la moderna evolución de la ejecución singular se nos muestran unos rasgos sociológicos y humanitarios muy destacados. No tiene la ejecución por finalidad humillar al deudor. En el drama de la ejecución hay que procurar humanitariamente causar el menor perjuicio al deudor y el mayor beneficio al acreedor”.

<sup>373</sup> PRIETO-CASTRO (*Tratado...*, cit., pág. 836) no hace objeción alguna a esta solución, es más, entiende que es la solución común “en las principales legislaciones”. Para FERNÁNDEZ

actividades es necesario arbitrar una solución distinta porque el cumplimiento a costa del deudor es imposible. En el Epígrafe *E (Situaciones especiales)* de esta misma Sección nos ocupamos de este punto más detenidamente.

En cuanto a la opinión de la doctrina científica, ésta, en su mayor parte, se muestra contraria a la posible coerción (cuando se trata del cumplimiento de obligaciones fungibles o no personalísimas) sobre la voluntad del deudor para conseguir el cumplimiento<sup>374</sup>. Dentro de esta corriente, FERNÁNDEZ LÓPEZ<sup>375</sup> entiende que “el propio deudor no puede ser judicialmente compelido a que realice, contra su voluntad, el hacer a que se niega. La ejecución podrá alcanzarle de otra manera, pero no exigiéndole que realice la concreta conducta debida (...)”. Además, considera correcta la solución del legislador (realización por un tercero): “la ejecución, parece, será más eficaz encargando a otra persona el hacer que presionando sobre la voluntad del ejecutado. Sencillamente porque éste ya se negó a realizarla en el plazo concedido, la presión sobre su voluntad nunca es fácil y, presionando, quizá no la realice correctamente”.

Postura minoritaria es aquella que defendía, estando vigente la LEC de 1881, la posible utilización de medios coercitivos. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI<sup>376</sup> consideraba que “si el condenado a hacer alguna cosa que pueda ser

---

LÓPEZ (*El proceso...*, cit., pág. 233) “el procedimiento es, desde luego sencillo; y no parece, además, que convenga –aunque se pudiera– obrar de otra forma”.

<sup>374</sup> De hecho, la mayor parte de autores ni siquiera se refieren a ello, sino que, dando por supuesta la imposibilidad de utilizar medios de coerción sobre la voluntad del deudor, se refieren directamente al cumplimiento de la obligación por un tercero.

<sup>375</sup> *Derecho procesal práctico*, cit., págs. 660-661 y en *Derecho procesal...*, cit., págs. 326-327. Según VERDERA SERVER (*El cumplimiento...*, cit., pág. 287) “lo que implícitamente se niega en la regulación de la ejecución de las condenas a un hacer no personalísimo es que el deudor pueda ser compelido judicialmente, contra su voluntad, para realizar la prestación”.

<sup>376</sup> *Ejecución forzosa...*, cit., pág. 856. Respecto a la utilización de astringencias, en general, entiende CALDERÓN CUADRADO (*Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pág. 143) que “en principio, el artículo 24.2 CE permitiría tácitamente la utilización de astringencias. La consagración del principio a la tutela judicial efectiva (...) junto con lo dispuesto en el ya mencionado artículo 18.2 LOPJ, lo posibilitaría. La remisión del artículo

ejecutada por un tercero no cumpliera con lo que se le ordene para la ejecución dentro del plazo que el juez al efecto le señale, el acreedor podrá solicitar se le constriña a hacerlo dentro de un nuevo plazo mediante la imposición de una pena pecuniaria, sin sujeción a límites. Transcurrido este segundo plazo, el Tribunal acordará realizarlo a costa del deudor”.

En esta línea, CATALÀ COMAS<sup>377</sup>, que parte de la derogación de la restricción “y que se expresan en los artículos que siguen” del artículo 923, I LEC de 1881 por la CE y por la LOPJ<sup>378</sup>, no ve “inconveniente alguno en defender la posibilidad de su empleo (del empleo de medios de coerción) para compeler al ejecutado a realizar la conducta impuesta en el título, aunque sea fungible”. “No ha de olvidarse que lo perseguido por el ordenamiento en su conjunto es el cumplimiento de las sentencias en sus propios términos, y justamente dentro de esos *términos* figura con un rango preponderante la realización por la persona que consta en el título como la condenada a llevar a cabo el hacer. El 18.2 LOPJ es la clave en este sentido”. Y concluye diciendo que “realmente el hecho de que pueda obtenerse el mismo resultado a través de la subrogación por tercero no inhabilita los medios coercitivos, (...) aunque el hecho que aquí quepa un cumplimiento por tercero puede influir en la decisión del juez de no prolongar excesivamente la coacción”.

---

923.1 LEC a los artículos siguientes frena cualquier intento de aplicación de esta técnica, aunque siempre sería muy dudosa, o al menos discutible, la prevalencia de dicha limitación sobre normas de claro rango superior”.

<sup>377</sup> *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 244.

<sup>378</sup> El principal inconveniente para poder utilizar medidas coercitivas en el sistema anterior era la restricción contenida en el párrafo primero del artículo 923 porque los artículos siguientes (924 a 926) no establecían instrumentos adecuados para poder alcanzar la ejecución *in natura*.

C) *Realización por tercero a costa del deudor.*

Si transcurrido el plazo señalado por el juez para que el ejecutado cumpla, éste no lo hace<sup>379</sup>, y puesto que entendemos imposible utilizar medios coercitivos sobre la voluntad del deudor para obtener el cumplimiento en primera persona, el acreedor-ejecutante puede solicitar (o el título ejecutivo disponerlo) que se le faculte para encargar el hacer a un tercero a costa del deudor-ejecutado.

Aunque la actual LEC ha integrado muchas de las lagunas existentes en la regulación anterior (art. 924.1 LEC de 1881 *-se hará a su costa-* y art. 1.098 CC *-se mandará ejecutar a su costa-*) como, por ejemplo, quién debe hacer o quién debe elegir al tercero, todavía existen aspectos sobre los que la ley no se pronuncia (v.gr. qué características debe reunir el tercero, cuando se le debe pagar, con que carácter actúa en la ejecución...).

a) *¿Quién puede hacer?*

El primer paso es concretar quién es susceptible de poder realizar el hacer. Antes de la LEC de 2000, en teoría (puesto que la ley decía simplemente *“se hará”, “se mandará ejecutar”*), era posible que la actividad fuera realizada tanto por el acreedor-ejecutante, como por un tercero. Únicamente parecía

---

Por eso si se entendía que esa restricción estaba derogada se daba un paso adelante en relación a la posible utilización de medidas coercitivas.

<sup>379</sup> Primer requisito para que la condena sea realizada por un tercero es la negativa del condenado. En este sentido la STS de 6 de mayo de 1993 [El Derecho 93/4241]: “...no existiría persona concretamente obligada a cumplir lo acordado ni tampoco cabría que el juez, en ejecución de sentencia, procediera al otorgamiento, ya que para ello se requiere ineludiblemente la negativa de la persona condenada a efectuar el otorgamiento...”.

excluirse directamente al deudor-ejecutado: la actividad será realizada por persona diferente al deudor y a costa de él<sup>380</sup>.

Sin embargo el artículo 706 LEC dice expresamente que el hacer se encargará a un tercero (a una persona distinta, por tanto, del acreedor y del deudor), en el que, evidentemente, tendrán que concurrir unas características determinadas. Por lo menos, deberá ser apto para realizar aquello que se le encomienda. Deberá reunir unas características similares a las del deudor, por ejemplo, si la condena incumplida es a construir un obra con características especiales, el tercero, al que se le encargue realizar la actividad, habrá de poder hacer la obra con esas características<sup>381</sup>, lo que puede exigir que disponga de los medios adecuados para poder realizar la actividad que se le encomienda<sup>382</sup>.

Puesto que el artículo 706 LEC se refiere expresamente a que se encargue el hacer a un tercero, nos planteamos la posibilidad de que el hacer

---

<sup>380</sup> Pero, además, como indica FENECH NAVARRO, M. (*Derecho procesal civil*, Agesa, Madrid, 1986, 2ª ed., pág. 584) “hay que tener en cuenta que no es el juez executor el que puede actuar realizando la prestación que no quiso cumplir el condenado...”. Entendemos que, en un sistema de solución de conflictos heterocompositivo como es el nuestro, en el que las partes acuden a un tercero situado *supra no inter partes* para que ponga fin al conflicto entre ellas existente, no tiene ningún sentido siquiera el plantearse la posibilidad de que el juez fuera quien realizara el “hacer”.

<sup>381</sup> Se podría contratar a un tercero cuyas características fueran superiores a las del ejecutado aunque teniendo en cuenta que la diferencia de precio, entre el fijado por el perito tasador y el de la obra realizada por esa persona de características superiores es de cuenta del acreedor-ejecutante. Sin embargo, para MORENO CATENA (*Derecho procesal...*, cit., pág. 447) no sería aceptable contratar con un tercero cuyas características fueran muy superiores a las del ejecutado. Considero que lo que trata el autor es de evitar que se elija a una persona que, por tener cualidades superiores, pretenda cobrar más de lo inicialmente establecido en la obligación. De todas formas puede que el coste de la actividad sea el mismo, a pesar de tener ese tercero cualidades superiores a las del deudor. Ya se sabe que dentro de una misma profesión, los precios de una actividad pueden variar considerablemente y que, no siempre, hay una relación calidad-precio. No estamos de acuerdo con el profesor Moreno Catena porque aunque el precio fuera superior al fijado por el perito la diferencia sería pagada por el acreedor-ejecutante.

<sup>382</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 328. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, (1998) cit., pág. 501. CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 258.

sea realizado por el acreedor-ejecutante. Gran parte de la doctrina no encontraba (con la LEC de 1881) ningún inconveniente<sup>383</sup>. Tengamos en cuenta que en el acreedor pueden concurrir aquellas características de las que hablábamos en el párrafo anterior e, incluso, puede que prefiera ser él mismo quien realice la actividad, en vez de un tercero. Sin embargo, la LEC/2000 habla expresamente de “tercero”, por eso si el acreedor-ejecutante posee las características apropiadas y quiere él mismo realizar la actividad, lo normal es que opte por el resarcimiento de perjuicios y, obtenidos éstos, realice él mismo el hacer.

*b) Elección y contratación del tercero.*

El siguiente paso es determinar quién elige al tercero que se va a encargar de realizar la actividad. La controversia se planteaba antes de la aprobación de la LEC de 2000 respecto a si debía ser elegido por el juez, en cuanto a él le corresponde la “dirección” de la ejecución y, además, el artículo 1.098 CC establece que “*se mandará ejecutar a su costa*” siendo el juez el único capacitado para mandar dentro del proceso de ejecución<sup>384</sup>; o, en cambio,

---

<sup>383</sup> Entre otros: FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 328. MORENO CATENA, *Derecho procesal...*, cit., pág. 447. VERDERA SERVER, *El cumplimiento...*, cit., pág. 293. CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 258-259. Se muestra, sin embargo, contrario a esta posibilidad BORRÈ (*Esecuzione forzata degli...*, pág. 322): “l’ammissione di tale possibilità equivarrebbe a ripristinare, sotto mentite spoglie, la figura dell’autotutela..., il che contrasterebbe, nell’attuale disciplina processualistica dell’istituto, con il canone fondamentale dell’imparzialità, senza il quale non si concepisce nei civili reggimenti amministrazione di giustizia”.

<sup>384</sup> Entiende MONTERO AROCA, J. (*La acción (Un intento de aclaración conceptual)*, en “Ensayos de Derecho Procesal”, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 125) que cuando el artículo 1.098 CC establece “...se mandará ejecutar a su costa”, o el artículo 1.096 CC dice “...podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor”, está claro que, quien mandará o a quién se pedirá es al juez. Considera que en estas normas “el Código Civil está dirigido a regular algo distinto de las relaciones privadas entre particulares; atiende a la relación

si debía ser elegido por el acreedor-ejecutante, puesto que él es el perjudicado por el incumplimiento del deudor-ejecutado.

Con la nueva regulación la cuestión se ha clarificado (“...*el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero...*”: art. 706 LEC). Si el acreedor-ejecutante debe realizar el encargo, previamente deberá elegir al tercero. La elección corresponde, por tanto, al ejecutante, aunque quien finalmente mande ejecutar sea el juez. No es labor del juez ir buscando a la persona adecuada para llevar a cabo la actividad<sup>385</sup>, y más si tenemos en cuenta que no siempre puede ser sencillo encontrarla; no olvidemos que una actividad no deja de ser fungible porque solamente un grupo reducido de personas pueda llevarla a cabo. Incluso, puede pasar que, aun siendo fungible el acto, no se encuentre a la persona idónea para realizarlo (este supuesto y sus consecuencias será analizado un poco más adelante).

Elegido el tercero no parece necesario comunicar dicha elección al juez, a efectos de que decida sobre su conveniencia o no, porque previamente ya se le solicitó permiso para encargar el hacer a un tercero y, además, si ese tercero tiene una tarifa más elevada de la fijada por el perito ese exceso no repercutirá en el deudor.

Elegido el tercero, el paso siguiente es determinar a quién corresponde contratar con él. La cuestión es más importante de lo que a primera vista podría

---

individuo-juez; se trata de normas que dicen lo que un individuo puede hacer en un proceso y lo que el juez puede hacer en el mismo”.

<sup>385</sup> Considera, sin embargo, FENECH (*Derecho procesal...*, cit., pág. 585) que “el juez habrá de llevar a cabo en sede ejecutiva los actos necesarios para encontrar la persona que ha de llevar a cabo la prestación”.

El derecho uruguayo (art. 398.2 Código General del Proceso) establece que el ejecutante podrá solicitar “que el tribunal determine el tercero que debe realizarlo” (el hacer, se entiende). Sin embargo la doctrina discute la solución de que sea el tribunal quien designe el tercero que debe realizar la obra. En la práctica, se dice, será el ejecutante quien propondrá al



pensarse puesto que, quien contrate con el tercero será quien quede vinculado con él. Entendía FENECH<sup>386</sup> que estamos ante una relación jurídica entre el juez ejecutor y el tercero, en virtud de la cual éste resulta obligado a efectuar la prestación y el juez a pagarla, a costa del ejecutado. Según el autor correspondería, por tanto, al juez la contratación del tercero, correspondiéndole a aquel pagar a éste a costa del deudor, pero ¿y si el deudor-ejecutado resulta insolvente? ¿Correspondería, entonces, al juez de su propio bolsillo, o a la Administración de Justicia, pagar al tercero?

No estamos de acuerdo con el profesor Fenech; ni antes ni después de la promulgación de la nueva LEC entendemos posible defender que la contratación del tercero sea deber del juez. En la actualidad porque la ley es muy clara al fijar que es el ejecutante quien, facultado previamente por el juez, encargará la actividad al tercero (cfr. art. 706 LEC). Antes de la promulgación de la LEC de 2000 porque<sup>387</sup> -a pesar del tenor literal del Código Civil (art. 1.098: “se mandará ejecutar...”, tengamos en cuenta que es el juez el único que puede *mandar* en el proceso)-:

---

juez al tercero para su formal designación por el juez (TEITELBAUM, *Proceso de ejecución...*, cit., pág. 528).

<sup>386</sup> *Derecho procesal...*, cit., pág. 585.

<sup>387</sup> FENÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit., págs. 328-329 y *Derecho procesal práctico*, cit., págs. 662-663. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, (1998) cit., pág. 502. CORSARO, V., *Manuale dell'esecuzione forzata*, con BOZZI, S., Giuffrè editore, Milano, 1996, terza edizione, pág. 436. CATALÀ COMAS *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 262. Por su parte, entiende VERDERA SERVER (*El cumplimiento...*, cit., págs. 293-294) que “en la medida que ha de ser en último término el deudor quien sufrague la actividad del tercero, podría ser lógico que la relación se estableciera entre ellos, lo cual tiene un claro fundamento económico (por su sencillez y brevedad). No obstante, establecer una relación jurídica entre el tercero y el deudor, peca de solución poco realista: raros serán los casos en que un tercero se avenga a ser considerado acreedor de un deudor que por su actitud le inspira a buen seguro poca confianza. Por ello se sugiere que es el ejecutante quien asume el riesgo de la insolvencia del ejecutado.

1. No existía precepto legal que impusiera al juez una obligación de este tipo.

2. No existiría explicación alguna para entender que el Estado, la Administración de Justicia o, incluso, el propio Juez personalmente, debieran pagar al tercero en el supuesto, hipotético pero no por ello extraño, de que el deudor resultara insolvente.

*c) Valoración y obtención del coste del hacer.*

Según el artículo 706.2, párrafo primero, LEC de forma previa a la realización del encargo debe valorarse el coste del hacer por un perito tasador que será designado por el tribunal. Para que el perito pueda realizar su función es necesario que se le realice un encargo lo más detallado posible de la conducta a realizar porque, no olvidemos que, él no conoce los términos ni de la obligación inicial entre las partes ni del posterior título ejecutivo. Creemos que la determinación de lo que debe hacerse debe realizarla el juez, porque así se evita el riesgo de que al realizarla una de las partes (ya sea el acreedor-ejecutante ya el deudor-ejecutado) no sea totalmente objetiva en su descripción<sup>388</sup>.

---

<sup>388</sup> Nada se decía en la legislación anterior (arts. 924 LEC y 1.098 CC) sobre este aspecto. La jurisprudencia en alguna ocasión ha entendido (SAP de Barcelona, de 16 de diciembre de 1993) que "...parece oportuno, como en el caso ha ocurrido, que el ejecutante presente un presupuesto inicial de la actividad a desarrollar, lógicamente ajustado al título de ejecución, al objeto de obtener la aprobación judicial, con la que, además del embargo preventivo del artículo 923.2 LEC, puede procederse...". En sentido parecido, aunque ampliando las posibilidades, la AP de Vizcaya, en Auto de 11 de septiembre de 1997 [AC 1997/1899], considera que "el cauce procesal para una ejecución de hacer a partir del momento en que se obtiene la autorización judicial para acometerla a costa del ejecutado (artículo 924 LEC) no se encuentra especificado en la Ley Rituaria. Bien es cierto que lo más acorde al principio de contradicción (...) es procurar del juzgado la previa aprobación respecto al presupuesto inicial y al tercero que podría verificar la actividad correspondiente. Ahora bien, *tampoco debe*

Por ejemplo, la ejecución de la sentencia que condena al cierre de las ventanas y huecos que fueron abiertos por el condenado para recibir luz “no podrá hacerse mediante la colocación en los mismos de material traslúcido, sino que habrá de procederse lisa y llanamente a su cegamiento con material opaco”, por otro lado, sí sería admisible la utilización de material traslúcido “cuando la sentencia no declare el cierre de los huecos, sino que tan solo condene al demandado a realizar las obras necesarias para la desaparición de la intromisión ilegítima” ([El derecho 96/2929] Auto de 30 de abril de 1996). Si nos fijamos, no tiene el mismo coste colocar unas persianas que tapiar una ventana, por eso, el perito debe conocer los términos exactos de la actividad para poder elaborar un presupuesto adaptado a la realidad.

Fijado el coste por el perito tasador se da traslado del mismo al deudor-ejecutado a los simples efectos de oírlo, sin que, por supuesto, haya de tramitarse un incidente<sup>389</sup>. Finalmente es el juez quien, mediante providencia<sup>390</sup>, aprueba la cantidad.

---

*descartarse el empleo de otras fórmulas, siempre que el actor no se prevaliese de su situación para obtener más de lo que le concedió el fallo judicial”.*

<sup>389</sup> Cfr. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, (1998) cit., pág. 501. Sin embargo, para CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., pág. 260) la tramitación o no de un incidente “dependerá de la oposición que efectúe el ejecutado y del criterio del juez, puesto que la tutela judicial efectiva debe proporcionarse a ambos litigantes sin producir indefensión aunque también sin entrañar abuso de derecho ni fraude de ley o procesal (art. 11.2 LOPJ”.

<sup>390</sup> Entendemos que la resolución por la que el juez aprueba la cantidad fijada por el perito no debería revestir forma de providencia, sino de auto. Según el artículo 206.2 LEC se dictará providencia cuando la resolución se refiera a *cuestiones procesales* que requieran una decisión judicial... Si las decisiones de *contenido material* (no de contenido procesal) son aquellas que pueden afectar al contenido de fondo de la sentencia final, es evidente que la resolución por la que el juez fija el coste del hacer no es una decisión procesal sino material y que, por tanto, debe ser resuelta mediante un auto en el que se motive por qué ha sido esa y no otra la cantidad fijada. Respecto a las facultades procesales y materiales de dirección, véase FENECH, M y CARRERAS, J., *La función del juez en la dirección del proceso civil*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Bosch, Barcelona, 1962, págs. 241 y ss.

El hecho de que la LEC/2000 exija que se resuelva mediante providencia y no mediante auto se debe a la enmienda nº 972 que el Grupo Parlamentario Popular en el

Aprobado el coste por el juez, la actitud del deudor-ejecutado puede ir en una doble dirección:

1. Puede ocurrir que el deudor deposite la cantidad o afiance el pago, en cuyo caso ya puede el acreedor encargar el hacer al tercero.

2. Si el deudor ni deposita la cantidad ni afianza el pago, se procede al embargo de sus bienes y a la realización forzosa de los mismos.

Tanto el depósito como el afianzamiento como, en su caso, el embargo, no serían necesarios si el acreedor-ejecutante hubiera sido precavido y hubiera solicitado nada más iniciada la ejecución el embargo preventivo del artículo 700, II LEC.

En conclusión, el orden legalmente establecido (y lógico, para evitar que el acreedor financie al deudor) de la actividad ejecutiva una vez ha optado el acreedor por la realización de la actividad por un tercero, es el siguiente: valoración del coste por un perito, aprobación por el juez, depósito, afianzamiento o embargo de bienes del deudor (realización forzosa, en su caso), encargo de la actividad al tercero, realización de la actividad y pago al tercero. Puede, sin embargo, ocurrir que razones de urgencia obliguen a alterar este orden. No existe ningún problema -el acreedor solicita que se le faculte para

---

Congreso realizó al Proyecto de LEC. El artículo 547 del Proyecto rezaba de la siguiente manera: *“Salvo los autos acordando el despacho de la ejecución, provisional o definitiva, y los que resuelvan sobre la oposición a la ejecución, la suspensión de ésta y las tercerías, las resoluciones que procedan en la ejecución forzosa se dictarán a propuesta del Secretario Judicial del tribunal correspondiente”*. Según la enmienda el artículo debería decir: *“En los procesos de ejecución adoptarán la forma de auto las resoluciones del tribunal que acuerden el despacho de la ejecución, provisional o definitiva, que ordenen el embargo o su alzamiento, sobre la oposición a la ejecución, sobre la suspensión, el sobreseimiento o la reanudación de la misma, sobre las tercerías, y aquellas otras que se señalen en esta Ley.*

*El tribunal decidirá por medio de providencia en los supuestos en que así expresamente se señale, y en los demás casos, las resoluciones que procedan se dictarán por el Secretario Judicial a través de diligencias de ordenación”*.

La enmienda se justificaba de la siguiente manera: “clarificar la forma que deben revestir las resoluciones dictadas en el proceso de ejecución forzosa”.

realizar el encargo y paga con su propio dinero, sin esperar a que el perito valore el hacer y a conseguir dinero del deudor - pero, en este caso, el acreedor correrá el riesgo de que al ir a cobrar del deudor éste resulte insolvente.

*d) Naturaleza del hacer por subrogación.*

¿Puede considerarse como (parte del) proceso de ejecución la realización de la actividad por un tercero (hacer por subrogación), o no es más que una relación de derecho privado que, en virtud de un contrato, une a dos personas (acreedor-ejecutante y tercero)?

Se ha dicho<sup>391</sup> que “esta prestación no constituye un acto procesal del proceso de ejecución ya que el sujeto que lleva a cabo la prestación es ajeno al proceso, aunque reciba el encargo de efectuarla por orden judicial, sin que pueda matizarse de pública su actividad, sino que se desarrolla dentro del ámbito del derecho privado, y se integra en una relación jurídica entre el juez ejecutor y el tercero...”.

En esta misma línea, se ha argumentado<sup>392</sup> que la ejecución por tercero no tiene carácter ejecutivo porque “sólo existe sanción o medida ejecutiva cuando ésta comporta una penetración en la esfera jurídica del ejecutado (...). Sólo existen tres sanciones o medidas ejecutivas específicas, a saber: la entrega de la posesión de un inmueble; la entrega o dación de una cosa mueble, y la

---

<sup>391</sup> FENECH, *Derecho procesal...*, cit., pág. 585. En esta línea, entiende SATTA (*L'esecuzione forzata*, cit., pág. 33) que “la autorizzazione dell'articolo 1.220 deve intendersi como un provvedimento di carattere costitutivo: il che vuol dire che l'attività successiva a questo provvedimento, non solo non è esecutiva ma nemmeno giurisdizionale. Il ragionamento fatto per le obbligazioni di fare vale immutato per le obbligazioni di non fare. Anche qui infatti, a parte i danni, il creditore può domandare che sia distrutto ciò che si è fatto in contravvenzione all'obbligazione di non fare.

<sup>392</sup> CARRERAS, *Las medidas cautelares...*, cit., págs. 479-480.

destrucción de lo hecho indebidamente o de lo mal hecho (...). En todas estas medidas se observa esta inmisión en el patrimonio o esfera jurídica del ejecutado; en cambio, en aquella otra medida que muchas veces se ha considerado como ejecutiva, y que viene sancionada en el párrafo primero del artículo 1.098 del Código civil, y en el artículo. 924 de la Ley procesal (LEC de 1881), falta por completo esta introducción del ejecutor en la esfera jurídica del ejecutado, y por ello debe negársele naturaleza ejecutiva propiamente dicha (...).

Si mi sastre incumple su deber de hacerme un traje y el ejecutor encarga a otro la confección de la prenda, no puede decirse que el ejecutado sufra lesión alguna en su patrimonio por el hecho de que el segundo sastre lleve a cabo el trabajo. La esfera jurídica del ejecutado no se ve perturbada en ningún momento, y la decisión del juez ejecutor en ningún momento adquiere valor ejecutivo. Sólo cuando se recabe del ejecutado que pague la cuenta del segundo sastre se iniciará una actividad contra aquel; y si el ejecutado no paga, y se procede al embargo de bienes y a la realización forzosa para obtener el importe preciso para pagar al segundo sastre, entonces, y sólo entonces, aparecerá la sanción ejecutiva propiamente dicha. Piénsese que si, luego de confeccionada la prenda por el segundo sastre, resultara insolvente el ejecutado, el actor ejecutante no quedaría excusado de pagar el traje a quien confeccionó la prenda y, entonces, a pesar de haberse dado cumplimiento a lo dispuesto en los preceptos legales, nadie puede tener la menor duda de que el ejecutado no habría sufrido medida ejecutiva alguna”.

En conclusión<sup>393</sup>, “la ejecución sólo comienza cuando, ante la negativa del ejecutado a pagar la factura que el acreedor ya pagó, debe procederse, al embargo de bienes y a la realización forzosa para obtener el dinero necesario”.

No estamos de acuerdo con la posición expuesta. La ejecución ha comenzado en el momento en que el juez ha dictado auto despachándola. El hecho de que el deudor-ejecutado no cumpla en el plazo que el juez le da al efecto, no significa el fin de la ejecución, la ejecución continua. El acreedor-ejecutante solicitará, a la vista de los acontecimientos, y el juez decretará que *se haga a su costa*, a la del deudor. Nunca, en ese tiempo, deja de haber actividad ejecutiva, lo que ocurre es que, y siempre dentro del proceso de ejecución, se pasa de ejecutar de una forma (realización por el propio deudor) a ejecutar de otra (realización por un tercero).

Tampoco entendemos determinante el argumento de que si finalmente el deudor resulta insolvente, deberá pagar el acreedor y, por consiguiente, el ejecutado no habrá sufrido actividad ejecutiva alguna. No podemos negar que con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 la afirmación era cierta, pero no era menos cierto que la existencia de actividad ejecutiva no dependía ni depende del éxito o fracaso de la ejecución, ni de la colaboración del deudor. Está claro que no se conseguía que el deudor cumpliera, ni en primera persona ni a su costa, pero no creo que esto determinara la inexistencia de actividad ejecutiva. Además, como el deudor responde con sus bienes presentes y futuros (art. 1.911 CC)<sup>394</sup>, la ejecución continuaría en el momento en que el deudor-ejecutado obtuviera nuevos bienes. Pero, además, con la regulación actual el riesgo de que una vez pagada por el acreedor la obra, el deudor resulte

---

<sup>393</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 330.

<sup>394</sup> Sobre este punto, puede verse el epígrafe II (La responsabilidad “universal” del deudor) del Capítulo IV de este mismo trabajo.

insolvente, ya no se corre porque la actividad es valorada y pagada (voluntariamente por el deudor o mediante el embargo y realización forzosa de sus bienes) de forma previa a su realización por el tercero.

Por último, tampoco estamos de acuerdo en la calificación de la actividad de privada, no de pública. La relación entre el Juez (órgano del Estado) y cualquier sujeto (sea el tercero, el ejecutante o el ejecutado) no es una relación de igualdad sino de subordinación o de supremacía, lo que determina que la actividad sea calificada de derecho público<sup>395</sup>.

Consideramos, por tanto, que forma parte del proceso de ejecución la realización de la actividad por un tercero a costa del deudor-ejecutado. La afirmación de que nos encontramos ante un proceso de ejecución trae consigo una nueva pregunta obligada: ¿puede ser calificada de ejecución *in natura* (en forma específica o en sus propios términos) o no es más que una ejecución genérica o por equivalente? Como ya hemos adelantado, el cumplimiento por tercero es ejecución *in natura*, no ejecución genérica o por equivalente, y lo es porque el acreedor va a recibir exactamente la misma prestación que fue comprometida al constituirse la obligación, quedando su interés perfectamente satisfecho.

Así lo ha entendido también la doctrina más reciente<sup>396</sup>; por ejemplo TAPIA FERNÁNDEZ<sup>397</sup> considera que la realización por un tercero “en cuanto que tiende a restituir al titular del derecho lesionado su específico interés sin recurrir al resarcimiento por equivalente, es una medida que perfectamente se encuadra en el tipo de ejecución especial (por no recurrir al equívoco nombre de específica) que tratamos en esta obra”. En el mismo sentido, entiende VERDERA

---

<sup>395</sup> Cfr. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, I, cit., pág. 464.

<sup>396</sup> Y la no tan reciente. Por ejemplo, MICHELI, *Derecho procesal...*, cit., págs. 356 y ss.

<sup>397</sup> *Las condenas...*, cit., pág. 110.



SERVER<sup>398</sup> que “estos supuestos pueden encuadrarse dentro del marco de la tutela satisfactoria o específica” ya que “pretende conferir al acreedor justamente la prestación debida, y no una suma equivalente a los daños que se le han causado”.

Puede resultar instructivo utilizar la fórmula empleada por gran parte de la doctrina<sup>399</sup>: el hacer por subrogación es a la vez, y según la óptica desde la que miremos, ejecución específica (o *in natura*) y ejecución genérica (o por equivalente). Desde el punto de vista del acreedor-ejecutante la realización del hacer por un tercero, a costa del deudor, es ejecución en forma específica, porque él va a recibir la misma prestación que le era debida quedando su interés específico perfectamente satisfecho. La única diferencia será que la prestación la recibirá (el acreedor) de un tercero en vez de recibirla del deudor, lo que, en definitiva, le es indiferente puesto que la condena es a un hacer fungible.

Desde la perspectiva del deudor-ejecutado la ejecución es genérica, porque el deudor va a entregar una cantidad de dinero (la cantidad necesaria para pagar el coste del hacer, los daños y perjuicios probados y las costas)<sup>400</sup>.

---

<sup>398</sup> *El cumplimiento...*, cit., págs. 289-290.

<sup>399</sup> Entre otros, MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, (1998) cit., pág. 501. RAMOS MENDEZ, *Derecho procesal...*, cit., págs. 1028-1029. CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 243.

<sup>400</sup> VERDERA SERVER (*El cumplimiento...*, cit., págs. 288-289) ha criticado esta visión porque entiende que aunque “puede ser una forma gráfica de explicar la situación, no ofrece el suficiente rigor, en especial cuando se llega a considerar que supone a la vez un caso de ejecución o cumplimiento (para el acreedor) y un resarcimiento del daño (para el acreedor): se combina así la perspectiva del deudor y del acreedor, sin inclinarse por ninguna de ellas y seccionando arbitrariamente la realidad”. A CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., págs. 250-251) está especial característica de la actividad realizada por el tercero, que lleva a la doctrina a clasificar la ejecución como genérica y específica a la vez, y según la óptica desde la que miremos, “sirve para poner de relieve la poca utilidad de los conceptos específico/genérico referido a los tipos de ejecución y, sobre todo, la posibilidad de que el ejecutante obtenga satisfacción específica aunque el ejecutado no cumpla”.

*e) La realización de la actividad por el tercero. Su contenido.*

El tercero debe realizar la misma actividad que el deudor-ejecutado debió hacer y, sin embargo, no hizo. Es imprescindible que quede delimitada dicha actividad porque el tercero no fue parte en el contrato y no conoce ni los términos exactos a los que se comprometieron las partes ni la posterior sentencia de condena<sup>401</sup>. No siempre el hacer consiste en una actividad sencilla, como por ejemplo, tapiar una ventana, sino que, en muchas ocasiones, se trata de haceres complejos compuestos por actividades de diversa naturaleza, como ocurre por ejemplo, cuando la condena es a construir una nave industrial.

Por ejemplo, la condena a “cancelar la puerta de la zona de bar del local litigioso que da acceso a la de uso privativo de la comunidad accionante (...) no se cumple con la mera colocación de una persiana enrollable, siendo precisa una unión fija que impida su apertura sin menoscabo de los materiales empleados para anularla, y, efectivamente, la seguridad jurídica que pretende el fallo (...) no se consigue al emplear simples materiales desmontables con facilidad que dejen en la voluntad del condenado restablecer el acceso sin apenas trabajo...” ([El Derecho 91/1530] Sentencia de 14 de febrero de 1991). Si en el encargo realizado al tercero no le especificamos cómo debe “cancelar la puerta” es posible que realizara el encargo incorrectamente.

No olvidemos, además, que el “hacer” incluye también un “dar”: para que la prestación, quede totalmente realizada, para que se cumpla la condena, el

---

<sup>401</sup> No olvidemos que “la ejecución de una sentencia (aunque sea por subrogación) debe ajustarse estrictamente al contenido del fallo sin que pueda desviarse del mismo”, SAP de Huesca de 22 de diciembre de 1993 [El Derecho 93/14495].

tercero debe entregar lo realizado mediante la *traditio* (que, en su caso, será simbólica)<sup>402</sup>.

Si el tercero realiza correctamente la actividad no se produce complicación alguna: será remunerado por la persona y en la forma que, a continuación, veremos. Si la realiza defectuosamente, él será el responsable, no el deudor-ejecutado, porque ha contratado directamente con el acreedor y el vínculo (la relación) ha surgido únicamente entre ellos. Pero puede que el tercero no realice un cumplimiento defectuoso sino que se exceda en la realización de la actividad. No es posible ni justo repercutir el coste de la actividad adicional en el deudor. ¿Quién deberá, entonces, pagar? Estos puntos son analizados en el apartado siguiente dedicado al pago al tercero.

Por último, y en aquellos supuestos en que sea necesario, podrá solicitarse del juez que obligue al deudor a facilitar la realización de la actividad. Por ejemplo, que se obligue al demandado a permitir la entrada en su casa para que le pueda ser cortado el suministro del agua ([El Derecho 95/9074] SAP de Murcia de 12 de enero de 1995).

*f) El pago al tercero.*

El último paso respecto a la ejecución por subrogación es el pago al tercero por la actividad realizada. En relación al pago podemos distinguir varios supuestos:

1. Que se pague al tercero el coste total de la obra una vez esté completamente terminada. Esto ocurrirá normalmente cuando se trate de

---

<sup>402</sup> Ya hemos tenido ocasión de manifestar, que las obligaciones de hacer incluyen la entrega de la obra. La distinción, entonces, entre una obligación de hacer y una de dar es que, en las

obligaciones de hacer sencillas, como por ejemplo, tapiar una puerta o una ventana.

2. Por otro lado, las partes (acreedor y tercero) pueden, en el contrato entre ellas realizado, pactar el pago anticipado de la actividad.

3. Por último, es posible, y así sucede generalmente cuando se trata de realizar actividades complejas como, v. gr., construir un edificio, que acreedor y tercero decidan que se vayan adelantado determinadas cantidades de acuerdo con la certificación de obra realizada. En este caso, cuando el tercero finalice la obra, se le abonará la diferencia entre las cantidades adelantadas y el precio total establecido. Sobre este aspecto, por ejemplo, la AP de Barcelona, en sentencia de 16 de diciembre de 1993 estimo que “...en cuanto ésta (la prestación) ha de realizarse a su costa, no aparece inconveniente en realizar los bienes del ejecutado, *abonando las cantidades adelantadas que se precisen en la ejecución y haciendo pago de lo que reste cuando la actividad del tercero termine...*”.

Respecto a quién debe realizar materialmente el pago, entendemos que lo realizará el juez directamente sin perjuicio de que, en ocasiones, se ha realizado a través del acreedor-ejecutante<sup>403</sup>.

Era habitual en el sistema anterior que tras la realización de la actividad y la presentación de la factura<sup>404</sup> por el tercero, fuera el acreedor-ejecutante, con su propio dinero, quien pagara y, sólo posteriormente, se realizaba el embargo

---

obligaciones de dar lo importante es la entrega de la cosa mientras que en las de hacer lo realmente importante es la actividad, no la entrega.

<sup>403</sup> Para CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., pág. 396) el pago lo realiza el juez o el acreedor-ejecutante en atención a cual sea la costumbre de cada juzgado.

<sup>404</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ (*Derecho procesal práctico*, cit., pág. 665 y *Derecho procesal...*, cit., pág. 331) considera que a causa de la autorización o apoderamiento previos del acreedor, la factura que presenta el tercero es título ejecutivo, razón por la que no es necesario acudir a un proceso de declaración en el que se condene al pago de una cantidad líquida.

ejecutivo y la enajenación de bienes suficientes del deudor para pagar al acreedor. Por este motivo podía decirse con razón que el acreedor ejecutante estaba financiando, sin fundamento alguno, al deudor-ejecutado. Esta era la causa de que MONTERO AROCA<sup>405</sup> considerara que lo correcto (salvo que el carácter urgente determine la necesidad de alterar este orden) era que previamente se decretara el embargo preventivo de bienes suficientes del deudor, de forma que una vez aprobado el tercero y el presupuesto por el juez se procediera a ejecutar el embargo<sup>406</sup>. De este modo, tras la realización de la actividad y la presentación de la factura por el tercero, se le podía pagar, directamente, con el dinero del ejecutado. Este problema se ha solucionado con la nueva LEC (art. 706) al prever que, de forma previa a la realización (incluso al encargo) del hacer por el tercero, el deber del deudor de depositar la cantidad que fije el perito tasador (y que apruebe el juez) y si voluntariamente no lo hace, se hará de manera forzosa (embargo y realización de los bienes).

¿Qué es lo que debe pagar el deudor-ejecutado? La actividad realizada, los daños y perjuicios producidos y probados y, en principio, también las costas del proceso<sup>407</sup> (art. 539.2 LEC). La cantidad a pagar en concepto de daños y perjuicios será la que resulte de aplicar los artículos 712 y ss. LEC.

---

<sup>405</sup> MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, (1998) cit., pág. 502.

<sup>406</sup> En este sentido se han manifestado también nuestros Tribunales. Así, el Auto de la AP de Lugo de 2 de febrero de 1998 [AC 1998/3210] considera que el incumplimiento del deudor dentro del plazo que el juez le señala determina “la facultad de conseguirse por el acreedor el dinero suficiente a costa del ejecutado para hacer frente a los gastos que esa obra por el tercero va a ocasionar, y ello incluso antes de encargar a éste la realización de tales obra, tanto porque puede esa otra persona pedir sumas anticipadas, como porque no puede obligarse a que el acreedor tenga que “financiar” al deudor durante el tiempo existente entre que satisface al tercero su obra (caso de tener además medios económicos para ello) y aquel en que recibe el dinero por la realización de los bienes del deudor, cuyo importe, por otro lado, puede ser inferior al valor nominal de lo embargado”.

<sup>407</sup> En este sentido el Auto de 19 de septiembre de 1995 [El Derecho 95/8275] establece que los honorarios del perito, puesto que la ley exige su intervención deben “considerarse como gastos necesarios y serían susceptibles de ser incluidos dentro de los correspondientes a la

El coste de la actividad es aquel que el tercero establece en la factura que presente para poder cobrar. El deudor deberá pagar la factura presentada por el tercero en tanto en cuanto se ajuste al precio fijado por el perito tasador y aprobado por el tribunal mediante providencia. ¿Quién deberá pagar la diferencia? Deberá examinarse cada caso concreto.

Por ejemplo, el juez aprueba un presupuesto de veinte millones de pesetas para construir un edificio, pero el tercero presenta una factura de veinticinco millones, ¿quién pagará los cinco millones de diferencia?. Es necesario distinguir varios supuestos:

1. Si en el contrato realizado entre el acreedor y el tercero se fijó como presupuesto un precio de veinticinco millones: el deudor pagará veinte millones y los cinco millones restantes correrán a cargo del acreedor.

2. Si en el contrato (acreedor-tercero) se fijó un presupuesto de veinte millones de pesetas pero "...se produce un aumento de obra con consentimiento del dueño -lo que no precisa necesariamente constancia documental-, bastando la verbal e incluso la tácita, surge la consecuente obligación de su pago al realizador" (STS de 16 de marzo de 1998, [RJ 1998/1570]<sup>408</sup>) (art. 1.593 CC). Es lógico que si el dueño (acreedor-ejecutante) ha consentido, sea él quien se haga cargo de la diferencia económica.

3. La solución no es tan clara en aquellos supuestos en los que el dueño (acreedor-ejecutante) no ha tenido conocimiento del exceso (y, por tanto, no ha podido ni siquiera tácitamente consentirlo) hasta la finalización de la actividad, aunque parece que puede concluirse que no es posible repercutir

---

ejecución, los cuales son contemplados, con sentido amplio en el 923 LEC" y, por tanto, debe pagarlos el ejecutado.

<sup>408</sup> En el mismo sentido, entre otras, las SSTS de 5 de marzo de 1996 [RA 1879] y de 28 de marzo de 1996 [RA 2199].

económicamente el exceso en el acreedor (evidentemente, tampoco en el deudor-ejecutado).

4. Incluso podría ocurrir que un cambio de circunstancias produjera la necesidad de un hacer más complicado y más caro. Siguiendo con nuestro ejemplo, el juez aprueba un presupuesto de veinte millones de pesetas pero, debido a lluvias torrenciales, se hace necesario reforzar los cimientos, con la consecuencia inmediata del encarecimiento necesario de la obra en 1 millón de pesetas. ¿Quién será el obligado a pagar dicho millón?

Partimos de la base de que según la cláusula “rebus sic stantibus” sería posible revisar un contrato si se ha producido una alteración de las circunstancias. Por otra parte, el artículo 1.105 CC establece que “nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”. Sin embargo, creo que es muy dudoso que, una vez recaída sentencia firme de condena, sean de aplicación la cláusula y el artículos citados. Es decir, si por razones de necesidad el hacer deviene más caro, será el deudor-ejecutado quien deba hacer frente a dicho encarecimiento porque, al fin y al cabo, el cambio de circunstancias se ha producido por su reiterada negativa al cumplimiento<sup>409</sup>.

De todas formas, si el encarecimiento es desproporcionado sería lícita, según ha entendido el Tribunal Constitucional, la transformación de la condena de hacer en una cantidad de dinero (aunque el acreedor-ejecutante prefiriera la

---

<sup>409</sup> En este sentido, entiende TAPIA FERNÁNDEZ (*Las condenas...*, cit., pág. 126) que si el “desequilibrio desproporcionado de las prestaciones resulta no ya de una convención entre las partes, sino como consecuencia de una sentencia firme que en su día declaró la existencia de un derecho a favor del acreedor y condenó al deudor a una determinada prestación. En este caso, entendemos nosotros que la cláusula ‘rebus sic standibus’ ha de ser interpretada con mayores reservas aún, puesto que, en definitiva, esa onerosidad excesiva o ese desequilibrio desproporcionado puede ser imputable no a una conducta prudente atenta a las eventualidades

realización por un tercero). Así lo ha entendido la jurisprudencia que equipara dificultad absoluta, con prestación que deviene extraordinariamente difícil y/o desproporcionada. Por ejemplo: se condena a entregar una determinada finca pero, de la prueba pericial practicada y del reconocimiento judicial, se desprende que levantar el carbón depositado en la finca, construir unos muros de contención y otras operaciones costaría más de 50 millones de pesetas, lo que resulta excesivamente oneroso y desproporcionado para los condenados si tenemos en cuenta que la finca de secano sólo puede valorarse en 116.025 pesetas. El juez, en vez de la entrega real del inmueble, acordó la indemnización sustitutoria (STC 194/1991, de 17 de octubre). Aunque la sentencia que hemos recogido trata de una condena a dar, no a hacer, nos sirve como ejemplo para poner de manifiesto la equiparación jurisprudencial entre la imposibilidad y la dificultad extraordinaria y desproporcionada, con la consecuencia de la sustitución de la ejecución en forma específica por la ejecución por equivalente.

*g) Iter procedimental.*

1. INTRODUCCIÓN.

Llegados a este punto entendemos necesario ver cuál el procedimiento que se sigue para ejecutar las condenas que venimos analizando. El título ejecutivo<sup>410</sup> en la ejecución no pecuniaria es, necesariamente, uno de los

---

que el curso de la vida permite esperar, sino a una persistente negativa por parte del condenado a cumplir lo que le incumbe”.

<sup>410</sup> El título ejecutivo puede ser definido como aquel documento que da derecho a que la ejecución solicitada sea despachada (*nulla executio sine titulo*). Para DE LA OLIVA SANTOS, A. (*Conceptos fundamentales de la ejecución forzosa civil*, en Revista La Ley,



jurisdiccionales. Por tanto, a pesar de que existen otros títulos ejecutivos (cfr. números 4º, 5º, 6º y 7º del art. 517 LEC: títulos ejecutivos extrajurisdiccionales) nosotros nos referimos a la ejecución de sentencia firme de condena (o títulos a ella equiparados) porque los títulos extrajurisdiccionales siempre contendrán obligaciones pecuniarias, es decir, éstos no pueden documentar obligaciones de hacer o de no hacer (tampoco de dar cosa distinta a dinero).

La sentencia de condena (el título en general) para que sea ejecutiva, ha de ser formalmente válida, no siendo necesario que materialmente la obligación del deudor contenida en la misma todavía exista<sup>411</sup>. Quizá la mejor forma de

---

1981, vol. 4º, págs. 935-936) el título ejecutivo es “un documento al que la Ley liga la obligación o el deber de actuar sanciones y que se presenta con las características...” siguientes: “a) fundamentar, directa o indirectamente, la actuación de sanciones (que proceden cuando se infringe un deber), b) determinar la legitimación activa y pasiva, c) delimitar el sentido, la medida y el alcance de los actos jurisdiccionales”. Considerando que no se opone a esta concepción documental del título ejecutivo “la existencia de alguno como el n.º. 3º del artículo 1.429 LEC: la confesión hecha ante Juez competente”. Por dos motivos: “1. Porque una excepción no invalida la regla, 2. Porque de poco valdrá esa confesión si no se documenta”. Según la nueva LEC (cfr. art. 517) la confesión hecha ante juez competente ya no es título ejecutivo.

Respecto a la postura que entiende que el título ejecutivo es un acto (hoy superada) puede verse LIEBMAN, E.T., *Manual de derecho procesal civil*, (trad. Sentís Melendo) Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980, págs. 155-158. Para el autor el título ejecutivo “es la fuente inmediata y directa de la acción ejecutiva del acreedor y de la responsabilidad ejecutiva del deudor; y primero y sobre todo, del poder del órgano ejecutivo de proceder a la ejecución”, y continúa “no debe confundirse la existencia de título ejecutivo, que corresponde a *acto*, con la eficacia que el mismo tiene en otros campos”. Entre considerar el título ejecutivo como documento y considerarlo como acto existen posiciones intermedias. Para un análisis de las diferentes posturas existentes véase MAZZARELLA, F., *Contributo allo studio del titolo esecutivo*, Giuffrè editore, Milano, 1965.

<sup>411</sup> La sentencia firme de condena es el título ejecutivo por excelencia. No es necesario en nuestro sistema, para que se inicie el proceso de ejecución, requisito alguno adicional, basta con que la sentencia de condena haya adquirido firmeza (dejando a salvo la ejecución provisional). En otros sistemas, como por ejemplo el alemán o el italiano, es necesaria una cláusula formal ejecutiva dado que la función de ejecutar viene encomendada a un órgano ejecutor cuyo oficio es autónomo y, por lo tanto, estos órganos, al no poseer los autos, no pueden saber si existe o no título ejecutivo. El ejecutor (*Gerichtsvollzieher, ufficiale giudiziario*) actúa sobre la base de una copia legalizada ejecutiva. Ésta es una copia fehaciente,

entender esta afirmación sea a través de un ejemplo: si la sentencia condena a la reedificación de la chimenea del acreedor (SAP de Zaragoza de 11 de enero de 1995 [AC 1995/39]) y el deudor cumple su obligación, ésta se extingue. Sin embargo, la sentencia continua siendo título ejecutivo. Título que daría lugar al despacho de la ejecución si así lo solicitase el acreedor<sup>412</sup>. Será el deudor el que, oponiéndose a la ejecución<sup>413</sup>, deba alegar y probar la extinción de la obligación (ya que el acreedor no tiene la obligación de probar nada).

Incluso antes de iniciarse la ejecución forzosa, si el deudor, que ya ha cumplido su obligación, sospecha que quien era acreedor tiene intención de iniciar proceso de ejecución contra él, puede incoar proceso de declaración para que en él se declare la extinción de la obligación. “Mientras el título exista como documento y el legitimado activamente en él lo pida, el órgano judicial competente despachará la ejecución, por lo que en previsión de esa

---

en la cual la autoridad competente certifica la naturaleza ejecutiva del título por medio de dicha cláusula formal ejecutiva (*Vollstreckungsklausel, formula esecutiva*). Como dice KISCH, W. (*Elementos de derecho procesal civil*, (trad. Prieto Castro) Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pág. 338) “la fórmula es, pues, por su naturaleza, un testimonio de la ejecutabilidad del título”.

En Derecho español la idea de fórmula ejecutiva es totalmente extraña, “nunca se ha sentido la necesidad de que los títulos, sean éstos los que fuere, se conviertan en ejecutivos por el añadido de una fórmula determinada. Si la sentencia se ejecuta normalmente por el mismo juez que la dictó y éste es autoridad y forma parte del poder público, sería absurdo que él se diera a sí mismo la orden de proceder a la ejecución” (MONTERO AROCA, J., *La ejecución en España de títulos ejecutivos italianos*, en “Ensayos de Derecho Procesal”, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 408).

<sup>412</sup> Incluso, aunque el juez conociera la extinción de la obligación, es decir, aunque supiera que el derecho a la tutela reconocido en la sentencia ha desaparecido, tendría la obligación de despachar la ejecución ante la petición del deudor y la existencia de título ejecutivo (cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El proceso...*, cit., pág. 54).

<sup>413</sup> La LEC de 1881 no establecía expresamente sistema alguno de oposición a la ejecución. Del conjunto de la ley procesal civil, parecía que la mejor vía para encauzar la oposición era la vía incidental. La LEC/2000 sí regula la oposición a la ejecución (arts. 556 y ss) permitiéndola por defectos procesales (art. 559 LEC) y por motivos de fondo (arts. 556 y 557 LEC). La oposición por motivos de fondo es un incidente declarativo intercalado en la ejecución que no la suspende si el título es judicial (art. 556.2 LEC). Sobre este punto vid. SENÉS MOTILLA, C., *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa*, La Ley, Madrid, 2000, págs. 105 y ss.

circunstancia el aparentemente deudor conforme al título puede adelantarse para enervar en su momento la ejecución futura”<sup>414</sup>.

Una vez ha recaído sentencia condenando al deudor a la realización de una determinada actividad, puede éste cumplir voluntariamente. Pero puede ocurrir, y de hecho en muchas ocasiones así pasa, que el condenado no cumpla. Los órganos jurisdiccionales están dotados de potestad para imponer "por la fuerza" al deudor el cumplimiento de su obligación, porque no existiría verdadera tutela judicial si no hubiera forma de hacer cumplir, en los casos en los que es necesario, lo decidido en sentencia al finalizar el proceso de declaración. Pero no es al Órgano Jurisdiccional a quien corresponde, de oficio, iniciar el proceso de ejecución, la ejecución comienza a instancia de parte (de cualquiera de ellas). Lo normal es que sea el acreedor quien solicite la ejecución pero nada impide que sea el propio deudor<sup>415</sup> (el condenado) quien la pida.

---

<sup>414</sup> MONTERO AROCA, J., *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 99.

<sup>415</sup> Véase, por ejemplo, la STS de 15 de febrero de 1989 [RA 968]. No es esta, sin embargo, la postura que mantiene la AP de Vizcaya en sentencia de 20 de abril de 1993 [El Derecho 93/12156]: “consecuencia de la bilateralidad en que se desarrolla todo proceso, tiene derecho el ejecutante a intervenir en el desarrollo del proceso de ejecución que sólo se inicia a su instancia –art. 919 LEC- consecuencia del dominio del objeto del proceso civil que las partes tienen sobre el mismo”. De intermedia puede calificarse la posición mantenida por PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., al comentar la STS de 10 de julio de 1945 (*Ejecución de sentencia a instancia del deudor*, en “Estudios y comentarios para la teoría y práctica procesal civil”, II, Madrid, 1950, págs. 544-545). Dice la resolución que “aunque no es discutible, como tesis genérica, la afirmación de que la ejecución de las resoluciones judiciales puede ser solicitada por cualquiera de los litigantes atendiendo al interés que en la ejecución pueda tener, y no faltan algunas resoluciones que, por razón de la *mora accipiendi*, facultan al deudor para pedir el cumplimiento..., no puede negarse que normalmente el proceso de ejecución está trazado sobre la base de que el vencedor de la litis, al usar del título que la misma le procura (la sentencia), actúa contra el condenado... o contra el deudor...”. Para Prieto-Castro “es imaginable una ejecución de sentencia a instancia del condenado; pero *el presupuesto o requisito indispensable para ello es que la instancia pueda derivarse y se funde en derecho reconocido en el fallo al deudor...* Pero la sentencia condenatoria, en la que el condenado aparece pura y simplemente como un obligado o deudor, sólo es ejecutable a instancia del acreedor”. Sin embargo, posteriormente (*Correcciones al derecho sobre ejecución forzosa de*

## 2. LA DEMANDA EJECUTIVA.

El artículo 549 LEC nos dice, haciendo frente una vez más a una laguna contenida en la LEC de 1881, cual debe ser el contenido del escrito de solicitud, es decir, de la demanda ejecutiva por la que se solicita la ejecución. Cuando el título ejecutivo es una sentencia o resolución dictada por el tribunal competente para conocer de la ejecución (art. 549.2 LEC), la demanda ejecutiva puede limitarse a la solicitud de que se despache ejecución, identificando la sentencia o resolución cuya ejecución se pretenda. Sin embargo, entendemos más conveniente que se realice una demanda ejecutiva con el contenido siguiente:

1. Designación de la sentencia (título ejecutivo) que debe ejecutarse. La sentencia, que es la *causa petendi*, contendrá la condena a una obligación de hacer fungible.

2. La identificación de las partes (la legitimación). Generalmente son parte en el proceso de ejecución aquellas personas que aparecen en el título ejecutivo; por eso, normalmente, se ha pensado que en el proceso de ejecución la legitimación viene determinada en el título ejecutivo. Pero no siempre el título determina quien está legitimado activa y/o pasivamente; en este sentido, entendemos preferible afirmar que son parte en el proceso de ejecución la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución y la persona o personas frente a las que ésta se despacha (art. 538.1 LEC)<sup>416</sup>.

---

la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, en "Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 502) afirma tajantemente la legitimación del deudor para instar la ejecución.

<sup>416</sup> Siguiendo a ALLORIO (*Problemas...*, II, cit., pág. 252), y a MANDRIOLI, C. (*Corso di diritto processuale, III, L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, il processo del lavoro e il processi locatizio e agrario*, Giappichelli editore, Torino, 1991, 8ª ed., pág. 49 y ss) y, en nuestra doctrina, a MONTERO AROCA, J (*La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Civitas, 1994, pág. 35) entendemos necesario distinguir entre titularidad activa o pasiva de la relación

La legitimación ordinaria viene determinada por los artículos 538 y 540 LEC. En cuanto a la legitimación activa la tiene quien aparece como acreedor en el título ejecutivo (cfr. art. 538.2 LEC) y también el sucesor de quien figure como ejecutante en el título ejecutivo (legitimación derivada, art. 540 LEC). Respecto a la legitimación pasiva, la ejecución sólo podrá despacharse (art. 538.2 LEC)<sup>417</sup>:

a) Frente a quien aparezca como deudor en el título ejecutivo.

b) Frente a quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, responda personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento acreditado mediante documento público.

c) Frente a quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afección derive de la Ley o se acredite mediante documento fehaciente. La ejecución se concretará respecto de estas personas, a los bienes especialmente afectos.

d) Frente a quien acredite ser sucesor de quien en el título ejecutivo aparece como ejecutado (legitimación derivada, art. 540 LEC).

Por otro lado y al igual que en el proceso de declaración, también en la ejecución es posible estar legitimado de forma extraordinaria, es decir, sin afirmar la titularidad activa de la relación jurídica. En este sentido es posible utilizar la acción subrogatoria del artículo 1.111 CC<sup>418</sup>.

Es necesaria también la identificación y firma de los representantes de las partes (cfr. art. 399.2 LEC) cuando intervengan, debiendo tenerse en cuenta que, por regla general, las partes deben comparecer en juicio (no sólo en el proceso de

---

jurídico material que se discute en el proceso y “posición habilitante para formular pretensión (legitimación activa) o para que contra él se formule (legitimación pasiva).

<sup>417</sup> Respecto de supuestos especiales, véanse los artículos 541, 543 y 544 LEC.

<sup>418</sup> Cfr. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, cit., págs. 512-513.

declaración sino también en el de ejecución, art. 539 LEC<sup>419</sup>) por medio de procurador y deben ser defendidas por abogado.

3. La tutela judicial que se pretende, en relación con el título ejecutivo que se aduce, es decir, debe fijarse tanto el objeto inmediato -el despacho y la realización de la ejecución- como el mediato (el hacer concreto). Respecto al objeto mediato el ejecutante deberá precisar si opta, para el caso de incumplimiento del deudor y en atención al artículo 706.1 LEC, por el hacer contenido en el título ejecutivo o por el resarcimiento de daños y perjuicios. El derecho de opción del ejecutante tiene una excepción (art. 706.1, párrafo segundo, LEC): que la sentencia de condena contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor.

Si en la demanda ejecutiva en vez de hacer una referencia genérica al objeto mediato (el hacer concreto contenido en la sentencia de condena) se determina también la opción del ejecutante para el caso de incumplimiento del deudor, se acorta el tiempo de desarrollo de la ejecución, porque si finalmente el deudor no cumple en el plazo que el juez le señale, directamente se pasará a ejecutar según la opción elegida por el acreedor-ejecutante, sin necesidad de

---

<sup>419</sup> El artículo 539 LEC, que está situado en el Título III del Libro III, que contiene las disposiciones generales de la ejecución, establece: *“El ejecutante y el ejecutado deberán estar dirigidos por Letrado y representados por Procurador, salvo que se trate de la ejecución de sentencias dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales”*. Este precepto evita los problemas interpretativos que se podían suscitar con la LEC de 1881 porque ésta no contenía disposición alguna respecto a la necesidad o no de Abogado y Procurador en ejecución de sentencia. De todas formas se entendía que sí era necesaria la actuación de dichos profesionales siempre que se tratara de la ejecución de sentencias que se habían dictado en procesos declarativos en los que también era preceptiva la intervención de Abogado y Procurador. En este sentido la SAP de Ávila de 26 de enero de 1995 [El Derecho 961/1995] establecía que “es claro que si la Ley no exige su intervención (la del abogado) en fase declarativa, tampoco la impone en ejecución de sentencias” lo que *a contrario sensu* significa que es preceptiva su asistencia en ejecución si también fue necesaria su intervención en fase de declaración.

convocarlo para que responda a cómo, en qué forma, quiere que continúe la ejecución.

4. Solicitud, si así lo desea, del embargo preventivo del art. 700, II LEC<sup>420</sup>. Designación de los bienes del ejecutado susceptibles de embargo de los que tuviere conocimiento y, en su caso, si los considera suficientes para el fin de la ejecución.

5. En el caso de que el ejecutante no pueda designar bienes del ejecutado sobre los que practicar el embargo, precisará las medidas de localización e investigación que interese. Este apartado también es necesario en el caso de condenas a hacer porque puede ser necesario ejecutar el embargo preventivo del artículo 700, II LEC.

La demanda ejecutiva debe ir acompañada de los documentos expresados en el artículo 550 LEC<sup>421</sup>, pero teniendo en cuenta que no es necesario que a la demanda ejecutiva se acompañe la sentencia cuya ejecución se pide porque ésta se encuentra en los autos del juzgado competente para ejecutar.

Órgano competente para la ejecución es aquel que ha conocido del asunto en primera instancia (arts. 61 y 545.1 LEC), siguiéndose, por tanto, el criterio funcional<sup>422</sup>. No existe en nuestro sistema una figura similar al ejecutor judicial<sup>423</sup>

---

<sup>420</sup> Aunque la colocación del artículo 700 LEC después de 699 relativo al despacho de la ejecución hiciera pensar que el embargo preventivo sólo puede solicitarse una vez se ha despachado la ejecución, entendemos que no es así y que también se puede, e incluso es preferible, solicitarlo en la demanda ejecutiva.

<sup>421</sup> Los documentos a los que se refiere el artículo 550 LEC son: 1. El título ejecutivo. 2. El poder a procurador. 3. Los documentos que acrediten los precios o cotizaciones aplicados para el cómputo en dinero de deudas no dinerarias, cuando no se trate de datos oficiales o de público conocimiento. 4. Los demás documentos que la ley exija para el despacho de la ejecución. 5. Los documentos que contengan datos de interés para despachar la ejecución y que el ejecutante considere útiles para su mejor desarrollo.

<sup>422</sup> Este es el criterio usado cuando se debe ejecutar una sentencia española. Si el título ejecutivo es una sentencia extranjera, una vez examinado que concurren los requisitos (*exequatur*) rigen los criterios objetivo y territorial. Véanse al respecto los artículos 931 a 958 LEC de 1881 declarados en vigor por la Disposición Derogatoria 1, 3ª LEC/2000.

que es un oficio autónomo, cuya función es, exclusivamente la de ejecutar. Es el caso del *Gerichtsvollzieher* alemán, del *huissier de Justice* francés o del *uffiziale giudiziario* italiano.

Puede pasar que la sentencia de primera instancia sea recurrida, conociendo del recurso el órgano superior correspondiente. En este supuesto la solución es la misma y, por tanto, también será competente para conocer de la ejecución el órgano que resolvió en primera instancia, resultando indiferente a estos efectos que la resolución a ejecutar haya sido dictada por un órgano superior al conocer del recurso<sup>424</sup>.

---

<sup>423</sup> La doctrina se ha manifestado tanto a favor como en contra respecto de la conveniencia de introducir una figura similar en nuestro sistema. A favor se ha manifestado, por ejemplo, PUYOL MONTERO, F. J. (*La figura comunitaria del "Huissier de Justicia"*, en Boletín de información del Ministerio de Justicia, Año L, 1 de mayo de 1996, n.º. 1773, pág. 15), para quien no se trata de importar una figura extranjera con los ojos cerrados sino que, teniendo en cuenta las figuras existentes en otros ordenamientos, apoyarnos en figuras similares existentes en nuestro derecho (ej. los Comisarios y los Síndicos de las quiebras) para constituir así el futuro del profesional ejecutor. Y propone (*El procurador ante la ejecución procesal: algunos criterios prácticos*, en Actualidad Civil, n.º. 4, semana del 22 al 28 de enero, 1996, pág. 101) "la creación de la figura del Procurador-Ejecutor, que sin duda revitalizará de una manera definitiva esta fase procesal".

Sin embargo otros, por ejemplo DE MIGUEL Y ALONSO (*Problemática...*, cit., pág. 42), entienden más perfecto un sistema que mantenga la función judicial completa. En esta línea, considera PEDRÁZ PENALVA, E. (*El secretario en la ejecución*, en Justicia, 1997, n.º. 2, con MORAL MORO, M.ª.J., pág. 427) que "la introducción de estos órganos administrativos en España, si fuera sustituyendo y no completando a los judiciales, comportaría no sólo modificar la LOPJ sino, además, ignorar la Constitución y nuestra tradición histórica". La razón en la que basa esta afirmación es que "nuestra Carta Magna, junto con el artículo 2 LOPJ, encomienda la tarea de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a los Juzgados y Tribunales". También para VIERA RUIZ, L.A. (*Reflexiones sobre la ejecución forzada*, en Revista mexicana de Derecho Procesal, 1975, págs. 272 y ss) la ejecución debe llevarse a cabo por órganos jurisdiccionales aunque considera que "los órganos competentes en la cognición sólo excepcionalmente deben entender en la ejecución". "Esta separación orgánica entre cognición y ejecución, establecida por razones puramente de conveniencia, no debe ocurrir, sin embargo, en aquellos casos en que, en lugar de útil, ella pueda ser perjudicial".

<sup>424</sup> Como afirma SERRANO BUTRAGUEÑO (*Ejecución de sentencias...*, cit., pág. 20) "las ventajas de que sea el 'juez natural', que ha conocido y resuelto el asunto en primera instancia, el que ejecute finalmente la resolución, pueden ser contrarrestadas fácilmente, en la práctica, en caso de que la sentencia haya sido revocada total o parcialmente por otro tribunal superior,



El despacho de la ejecución por el juez se producirá si se ha respetado el doble plazo establecido por la ley. Por un lado, la acción ejecutiva<sup>425</sup> fundada en sentencia, en resolución judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso o en resolución arbitral caduca (art. 518 LEC), si no se interpone la demanda ejecutiva dentro de cinco años a contar desde la firmeza de la sentencia o resolución. Por otro lado, es necesario esperar veinte días (art. 548 LEC) desde la notificación al ejecutado de la resolución de condena o de la aprobación del convenio<sup>426</sup>.

---

por cuanto entonces el Juez de Primera Instancia se verá obligado a exigir el cumplimiento de una resolución contraria o, al menos, distinta a su propia decisión. Asimismo, es bastante frecuente, debido a la tardanza de los procedimientos, que el Juez o Magistrado que tenga que ejecutar una sentencia firme sea persona diferente de la que conoció del asunto en primera instancia”.

<sup>425</sup> Respecto de la acción pueden distinguirse dos grandes posturas: por un lado están aquellos autores que entienden que la acción es única. En este sentido considera SATTÀ (*L'esecuzione forzata*, cit., pág. 21) que hablar de varios tipos de acciones “spezzi l'unità dell'azione è compreso e alteri la realtà delle cose... La dimostrata unità dell'azione fa che all'azione esecutiva siano applicabili tutti i principi enunciati di sopra a proposito dell'azione in genere”. Para GOLDSCHMIDT, J. (*Derecho procesal civil*, (trad. Prieto-Castro), Editorial Labor, Barcelona, 1936, pág. 538), la acción es única aunque tenga, por así decirlo, diversas manifestaciones (acción declarativa, acción ejecutiva, acción cautelar). También MANDRIOLI, C. (*L'azione esecutiva, contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Giuffrè editore, Milano, 1955, págs. 113-114) mantiene esta postura.

Otra parte de la doctrina defiende la existencia de acción declarativa, ejecutiva... Así, por ejemplo, CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil, I*, (trad. Casais y Santoló) Reus SA, Madrid, 1977, pág. 69; LIEBMAN, *Manual de derecho procesal...*, cit., pág. 154; AYARRAGARAY, *Introducción a la ejecución...*, cit., pág. 104; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El proceso...*, cit., pág. 47.

<sup>426</sup> Para SENÉS MOTILLA (*Disposiciones generales...*, cit., págs. 32-33) este plazo de veinte días, denominado por la autora *de cortesía*, “no condiciona el ejercicio de la acción ejecutiva, siendo admisible, por tanto, la demanda presentada por el acreedor ejecutante antes del transcurso del citado plazo; es un presupuesto del despacho de la ejecución que brinda al deudor la posibilidad de cumplir voluntariamente la resolución condenatoria en un plazo breve y razonable”.

Por otro lado, no fijaba la LEC de 1881 expresamente dentro de que plazo debía solicitarse la ejecución pero, en todo caso, el término inicial (art. 1.971 CC: “*El tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme*”) era la firmeza de la sentencia de condena (título ejecutivo) y el final a los quince años que es el plazo general de prescripción de

3. DESPACHO DE LA EJECUCIÓN.

Solicitada la ejecución, y siempre que concurren los requisitos y presupuestos procesales, el título no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título (art. 551.1 LEC), el juez la despachará, sin oír al ejecutado, por medio de Auto<sup>427</sup> que no será susceptible de recurso alguno.

En caso de existencia de defectos, y aunque la LEC no lo prevé expresamente, concederá el juez o tribunal un plazo para subsanar (si se trata de defectos subsanables), y tras la subsanación despachará la ejecución.

Si el tribunal entiende que no concurren los presupuestos y requisitos exigidos, si no se subsanan los defectos o si son insubsanables, denegará el juez el despacho de la ejecución<sup>428</sup>, por medio de resolución motivada que revestirá, también, forma de Auto que será directamente apelable o previa reposición, según lo considere oportuno el acreedor. La apelación se sustancia sólo con el acreedor (art. 552.2 LEC).

---

las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción (art. 1.964 CC).

<sup>427</sup> La resolución por la que se despacha la ejecución reviste forma de Auto pero, a pesar de esto y quizás porque en la LEC de 1881 no existía un precepto que expresamente así lo estableciera, es práctica generalizada su despacho mediante providencia, como si el comienzo de la ejecución fuera un acto de “mera tramitación”. Veamos un ejemplo: “Por *providencia* de fecha 14 de octubre de 1975, el Juzgador acordó la pedida ejecución de la referida sentencia firme y, en consecuencia, practicar el requerimiento solicitado con el apercibimiento ya dicho” (STS de 23 de mayo de 1989 [El Derecho 89/5315], fundamento de derecho primero). Este vicio se evitará con la nueva LEC, porque ésta sí contiene un precepto, el artículo 551.2, que expresamente establece la necesidad de resolución en forma de Auto para despachar la ejecución.

<sup>428</sup> Entiende FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ (*La ejecución de sentencias...*, cit., págs. 26-27) que “la decisión de no ejecutar una sentencia debe apoyarse siempre en una causa prevista en una norma legal” y que “esta norma debe ser interpretada en el sentido más favorable a la ejecución”, además, “la denegación de la ejecución no puede ser arbitraria ni irrazonable ni proceder de una interpretación restrictiva del derecho fundamental”.

El Auto por el que se despacha ejecución, que será notificado al deudor-ejecutado, contendrá (art. 553 LEC) la determinación de la persona o personas frente a las que se despacha ejecución, con las precisiones que sea precedente realizar, acuerdo del embargo preventivo del artículo 700, II LEC (si fue solicitado y concurren los requisitos y presupuestos necesarios), las medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado que procedan, las medidas ejecutivas que sean procedentes y dentro de éstas, como primera medida, se fijará el plazo dentro del cual el deudor debe cumplir (art. 705 LEC).

#### 4. PLAZO PARA REALIZAR O INICIAR EL HACER.

La primera de esas medidas es la fijación del plazo al que se refiere el artículo 705 LEC, para que el deudor-ejecutado cumpla. Como vimos, el plazo puede ser para realizar totalmente el hacer o para realizar alguna de las actividades (v. gr. realizar los planos) que conforman el hacer (v. gr. construir un edificio); fijándose, en este segundo supuesto, plazos sucesivos hasta la realización total de la actividad.

Una vez transcurrido el plazo concedido por el juez al deudor-ejecutado para que cumpla, su actitud puede haber seguido una doble dirección:

1. Si el deudor cumple dentro de plazo, la ejecución termina o, mejor dicho, la ejecución continuará únicamente para la determinación y el pago de las costas del proceso. Tengamos, además, en cuenta que si el cumplimiento no depende de un único acto, sino que la realización se extiende en el tiempo (por ejemplo, cuando se trata de obligaciones derivadas de un contrato de suministro) habrá de garantizarse la realización total de la condena.

2. Si el deudor-ejecutado no cumple en plazo (o cumple de forma defectuosa o parcial), la ejecución continua. Para poder determinar en qué forma

continua la ejecución es preciso aclarar, en primer lugar, si el hacer es fungible o infungible. En muchas ocasiones es fácil saber si estamos ante una obligación personalísima o, en cambio, ante una no personalísima, pero existen supuestos que pueden generar dudas porque, como ya hemos tenido ocasión de manifestar, la fungibilidad es un concepto relativo.

El deudor-ejecutado dentro del plazo que se le dio para cumplir el requerimiento pudo alegar lo que estimó conveniente sobre el carácter personalísimo o no de la prestación (cfr. art. 709 LEC) pero la decisión final acerca de la (in)fungibilidad corresponde al juez por medio de providencia.

#### 5. ELECCIÓN POR PARTE DEL DEUDOR DE LA FORMA DE LA EJECUCIÓN.

Si el título ejecutivo contenía una disposición expresa para el caso de incumplimiento de la condena por el deudor se estará, una vez incumplida la condena, a lo dispuesto en aquel (art. 706.1, párrafo segundo, LEC). Si el título ejecutivo no establecía disposición alguna, el acreedor-ejecutante debe elegir entre la realización de la actividad por un tercero a costa del deudor o reclamar el resarcimiento de perjuicios. Si elige esto último se procederá según la forma establecida en los artículos 712 y siguientes.

La elección dependerá del tipo de obligación (en atención principalmente a si el hacer recae o no sobre bienes del deudor) puesto que no siempre el resarcimiento de perjuicios satisface el interés del acreedor (aunque el hacer sea fungible). Por ejemplo, si ante la inexistencia de una servidumbre de luces y vistas se condena al deudor a que cierre las ventanas realizadas en la fachada de su casa (ej. SSTs de 28 de marzo de 1994 [RJ 1994/2530] y de 8 de mayo de 1991 [RJ 1991/3619]) porque éstas suponen un gravamen sobre la propiedad del acreedor, éste, ante el incumplimiento de la condena por el deudor, elegirá la realización por

subrogación porque la indemnización de daños y perjuicios no satisface su interés (lo que él quiere no es una cantidad de dinero sino que se cierren las ventanas). Sin embargo, si se condena al deudor a reponer la finca del actor a su estado primitivo mediante la destrucción de un carril, retraso de unos mojones y reposición de una valla metálica (ATS de 21 de marzo de 1995 [RJ 1996/704]) y el deudor no cumple, al acreedor le es indiferente que el hacer se realice por un tercero a costa del deudor que obtener el resarcimiento de daños y perjuicios, porque si opta por el resarcimiento con el dinero que obtenga podrá contratar a otra persona para que le realice las obras (destrucción del carril, retraso de los mojones y reposición de una valla metálica) para dejar su finca en su estado primitivo.

#### 6. VALORACIÓN DEL COSTE DEL HACER Y OBTENCIÓN DEL DINERO.

Determinado que el hacer es fungible y que se va a proceder a ejecutar por subrogación, el tribunal designa un perito tasador cuya misión, previa delimitación por parte del juez de la actividad a realizar, es fijar cuánto cuesta dicha actividad.

¿Cómo se nombra el perito<sup>429</sup>? Cada año, en el mes de enero, se realiza por los distintos Colegios profesionales o, en su defecto, por entidades análogas, así como también por las Academias e instituciones culturales y científicas (a las que se refiere el artículo 340.2 LEC) una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos. La primera designación de cada lista se efectúa por sorteo realizado ante el Secretario Judicial, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo (art. 341 LEC). En el plazo de cinco días desde la designación, se comunica ésta al perito titular y se le concede un nuevo

---

<sup>429</sup> Una cosa es el perito que da lugar a la prueba pericial, y otra el perito tasador. El dictamen de éste no es prueba pero esto no impide que se designen de la misma forma.

plazo de cinco días para que manifieste si acepta o no el cargo. En caso afirmativo<sup>430</sup>, se realiza el nombramiento y el perito debe manifestar (art. 342.2 LEC), bajo juramento o promesa de decir la verdad, que ha actuado o que va a actuar con la mayor objetividad posible y que ha tenido en cuenta tanto lo que pueda favorecer como lo que pueda perjudicar a cualquiera de las partes (art. 335.2 LEC).

El perito tasador designado por el tribunal emitirá su dictamen por escrito y lo hará llegar al tribunal en el plazo que éste le hubiera señalado. Del dictamen se da traslado a las partes por si éstas consideran necesario que el perito realice aclaraciones o explicaciones (art. 346 LEC). Finalmente el juez fija el coste de la actividad.

Aprobado el coste, mediante providencia, el ejecutado puede depositar la cantidad o afianzar el pago. Si no deposita ni fianza se procede al embargo (salvo que ya estuvieran embargados: art. 700, II LEC) y a la realización forzosa de sus bienes.

#### 7. ELECCIÓN DEL TERCERO, REALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD Y PAGO.

A continuación, el acreedor-ejecutante pide al juez que le faculte para encargar la realización de la actividad a un tercero, contrata con él y éste comienza a realizarla. Además, si el deudor-ejecutado realizó un cumplimiento defectuoso, el juez decretará que se deshaga lo mal hecho (art. 1.098 CC)<sup>431</sup>. La

---

<sup>430</sup> Cuando el perito adujere justa causa que le impidiera la aceptación, y el tribunal la considerare suficiente, será sustituido por el siguiente de la lista, y así sucesivamente, hasta que se pudiese efectuar el nombramiento (art. 342.2 LEC).

<sup>431</sup> Deshacer lo mal hecho no es más que una nueva condena a “hacer”. Normalmente cualquiera puede “deshacer”, con lo que el “hacer” sería fungible y se ejecutaría de la misma forma que cualquier otro hacer fungible. Pero, como pone de manifiesto CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., pág. 272), el deshacer puede resultar infungible, “porque, por

realización defectuosa por parte del tercero es responsabilidad suya, no del deudor-ejecutado. Terminada la actividad el acreedor-ejecutante o el juez pagará al tercero<sup>432</sup>, con el dinero del deudor procedente de la ejecución del embargo, el precio convenido, salvo que le hubiera adelantado cantidades, en cuyo caso, pagará únicamente lo que falte respecto del importe total.

#### 8. FINALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN.

Para finalizar la ejecución se determinan, según lo establecido en los artículos 712 y ss. LEC, las cantidades que el deudor-ejecutado debe satisfacer al acreedor-ejecutante en concepto de daños y perjuicios. Debemos tener en cuenta que sólo serán indemnizados aquellos daños y perjuicios que producidos resulten probados. Las costas de la ejecución deberá también pagarlas el deudor (cfr. art. 539.2 LEC).

Evidentemente, este orden podrá ser alterado en casos de urgencia, según los intereses del acreedor-ejecutante<sup>433</sup>.

---

ejemplo, la destrucción es monopolio del ejecutado o afecta a derechos de su personalidad". En este último supuesto habría de ejecutar ese hacer (deshacer) tal y como se ejecutan las condenas de hacer personalísimas y que serán estudiadas en la Sección IV de este mismo Capítulo.

<sup>432</sup> Entiende FERNÁNDEZ LÓPEZ (*Derecho procesal...*, cit., pág. 331) que la factura que el tercero presente es título ejecutivo, de ahí que no sea necesario acudir previamente a un proceso de declaración en que se condene a su pago. Por nuestra parte, pensamos que dicha factura no es título ejecutivo porque los títulos ejecutivos extrajurisdiccionales están configurados por la ley como un *numerus clausus*, no existiendo precepto alguno que configure dicha factura como título que da derecho a ejecución. Pero es que, además, en este momento del proceso de ejecución, no necesitamos ningún título ejecutivo para poder reclamar la cantidad fijada en la factura.

*h) Costas.*

1. CONCEPTO.

Consustancial al proceso (a su desarrollo) es la existencia de una serie de gastos, consecuencia de las actividades que en el mismo se realizan. Pero no todos estos gastos tienen la consideración de costas procesales: éstas son una especie de un “*genus* más amplio que abarca todos los desembolsos de carácter económico que el proceso puede producir<sup>434</sup>”. Las costas pueden definirse como aquella porción de los gastos procesales que tiene su origen en la realización de los actos procesales en sentido estricto<sup>435</sup>, “cuyo pago recae sobre las partes que intervienen en un proceso determinado y reconocen a este proceso como causa inmediata y directa de su producción”<sup>436</sup>.

De la definición destacamos tres aspectos identificadores de las costas: 1. El hecho de que son solamente una parte de los gastos de proceso. 2. Corresponde a las partes el pago de las mismas. En consecuencia, determinados conceptos que no son satisfechos por las partes como, por ejemplo, la retribución al juez, no tienen la consideración de costas procesales. 3. Por último, el hecho de tener en el proceso su causa inmediata y directa.

Tienen la consideración de costas (art. 241 LEC) los siguientes conceptos: 1. Los honorarios del abogado y del procurador cuando su intervención sea preceptiva. 2. Inserción de anuncios o edictos que de forma obligatoria deban publicarse en el curso del proceso. 3. Depósitos necesarios

---

<sup>433</sup> Cfr. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, (1998) cit., pág. 502.

<sup>434</sup> GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Aguilar editor, Madrid, 1943, pág. 1.167.

<sup>435</sup> MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 175.

<sup>436</sup> La definición es de GUASP, op. cit. supra, pág. 1.167.



para la presentación de recursos. 4. Derechos de peritos y demás abonos que deban realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso. 5. Copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la Ley, salvo los que se reclamen por el tribunal a registros y protocolos públicos, que serán gratuitos. 6. Derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso.

## 2. RÉGIMEN.

Es el artículo 539.2 LEC el que se ocupa de determinar quién debe hacerse cargo de las costas producidas en el proceso de ejecución, sin que sea posible que las partes pacten otra cosa. Es necesario precisar que las costas son pagadas por las partes al tiempo que se va desarrollando el proceso: en líneas generales el ejecutante va satisfaciendo todos los gastos y costas que se van produciendo en el proceso, salvo que se trate de actuaciones que se realicen a instancia del ejecutado o de otros sujetos, en cuyo caso las paga quien las ha solicitado (cfr. art. 539.2 LEC). Posteriormente, una vez finalizado el procedimiento y en aplicación del precepto que a continuación desarrollamos, quien ha pagado aquéllas que no debía, es reembolsado de la cantidad anticipada. Del artículo 539.2 LEC pueden distinguirse dos apartados:

1. Si se trata de actuaciones para las que la ley prevé expresamente pronunciamiento sobre las costas, éstas serán a cargo de la parte a la que se le hubieren impuesto (art. 539.2, párrafo primero LEC). Por ejemplo, cuando el ejecutado se opone a la ejecución por defectos procesales y el tribunal entiende que el defecto es subsanable, concede al ejecutante un plazo de diez días para subsanarlo. Si el defecto o falta no se subsana en ese plazo (o no es subsanable),

se dictará auto dejando sin efecto la ejecución despachada, con *imposición de las costas al ejecutante* (art. 559. 2 LEC).

2. Aquellas costas no comprendidas en el párrafo anterior (no comprendidas en el artículo 539.2, párrafo primero LEC) son a cargo del ejecutado sin necesidad de expresa imposición (art. 539.2, párrafo segundo LEC). La justificación podría encontrarse<sup>437</sup> en el hecho de que las costas se originan como consecuencia del incumplimiento por el condenado<sup>438</sup>.

---

<sup>437</sup> MARTÍN CONTRERAS, L., *La tasación de costas y la liquidación de intereses y sus impugnaciones en los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social (legislación, doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, Comares, Granada, 1998, pág. 173 y GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Las costas en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1998, pág. 375.

<sup>438</sup> En la LEC de 1881 (art. 950) se fijaban dos apartados bien diferenciados: por un lado, las costas que eran consecuencia de las diligencias ejecutivas las pagaba, en atención al principio de vencimiento, la parte condenada en la sentencia ahora ejecutada. Por otro lado, las costas que eran consecuencia de los incidentes promovidos durante la ejecución eran pagadas de la siguiente forma: si nada decía el tribunal cada una pagaba las causadas a su instancia y las comunes por la mitad; si el tribunal se pronunciaba, las costas las pagaría la parte a la que se le hubiesen impuesto. Parte de la doctrina consideraba que el juez o tribunal podía no imponer estas costas pero necesariamente habría de razonar por qué no las imponía. Para un análisis más profundo de esta postura puede verse MARTÍN CONTRERAS, *La tasación de costas...*, cit., págs. 174 y ss. También MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ (*Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., pág. 790) era de esta opinión. El autor afirma que en “caso de haber vencimiento, el Juez o Tribunal vienen obligados o a imponerlas al perdedor o a explicitar el porqué no se le imponen al mismo”.

*D) Resarcimiento de daños y perjuicios: ¿es posible como respuesta primera ante el incumplimiento?*

*a) Solución en la LEC de 1881.*

1. POSTURA JURISPRUDENCIAL.

¿Podía el acreedor-ejecutante ante el incumplimiento del deudor-ejecutado optar por la ejecución genérica o, necesariamente, había de cumplirse la obligación por un tercero a su costa que era la solución que establecía expresamente el artículo 924 LEC de 1881?

La jurisprudencia ha venido considerando que, ante el incumplimiento de un hacer fungible por el deudor, no cabe pedir directamente la indemnización de daños y perjuicios. En este sentido el AAP de Asturias (de 16 de febrero de 1995 [AC 1995/330]) entiende que “ni el artículo 928, ni los artículos 937 y 938 son aplicables para el supuesto de ‘ejecución a costa’ del artículo 924”.

Por su parte, en el supuesto tratado en el AAP de Segovia (de 6 de febrero de 1997 [AC 1997/311]) en el que la actora, ante el incumplimiento del deudor en el plazo fijado por el juez, presentó escrito haciendo constar que optaba por la indemnización de daños y perjuicios, se resuelve que al tratarse “ciertamente de una obligación no personalísima (...) en caso de no realización de la obligación debida la consecuencia no es la sustitución de la obligación de hacer por otra de indemnizar los perjuicios derivados de su incumplimiento, como establece el artículo 924 LEC para las obligaciones personalísimas, sino que la consecuencia consiste en que el comportamiento no cumplido ‘se hará a su costa’ (art. 924 LEC) (...), y por lo tanto no puede confundirse esta forma de ejecutar a su costa la obligación ‘de hacer’, con la sustitución de ésta por otra

‘de resarcir perjuicios’...”. Y puntualiza la SAP de Zaragoza (de 11 de enero de 1995 [AC 1995/39]) que no es posible esa sustitución porque no se trata de obligaciones alternativas (fundamento jurídico segundo)<sup>439</sup>.

## 2. NUESTRA OPINIÓN.

Nos preguntamos si ante el incumplimiento de la condena a un hacer fungible por el deudor-ejecutado, podía el acreedor-ejecutante optar por el resarcimiento de perjuicios, en vez de que el hacer fuera realizado por un tercero a costa del deudor, que era la solución que establecía el artículo 924 LEC de 1881. Como ya hemos manifestado no siempre la indemnización satisfará el interés del acreedor (por ejemplo si la condena es a que el deudor tapie las ventanas realizadas en la medianera de su casa y que suponen un gravamen para el acreedor) pero, en aquellos casos en los que la indemnización sí satisface su interés ¿puede directamente optar por ella? Tengamos en cuenta que si el ejecutante no había solicitado el embargo preventivo del artículo 923 LEC podía encontrarse, al ir a cobrar del deudor-ejecutado la cantidad que él (el acreedor-ejecutante) había adelantado, con la sorpresa de que aquel sea insolvente.

Parece claro que para el acreedor podía ser preferible el resarcimiento de perjuicios que la ejecución por subrogación, porque con el sistema diseñado por la LEC de 1881 en la mayoría de supuestos el acreedor-ejecutante financiaba al

---

<sup>439</sup> En esta misma línea la SAP de Cantabria de 6 de febrero de 1997 [AC 1997/221] respecto de una condena a reparar los vicios de un edificio -concretados en la red de saneamiento, junta de dilatación, solares exteriores, fisuras y grietas en cajas de escalera, humedades en foso del ascensor y defectos en un hastial en bajo cubierta- considera que “la responsabilidad del deudor debe entenderse primordialmente como de hacer, cabiendo por ello, frente a una petición de indemnización por equivalente, acordar la reparación ‘in natura’ sin incurrir en incongruencia...”.

deudor-ejecutado. En algunos casos con el dinero que obtuviera del resarcimiento, podría contratar, si todavía lo deseaba, con el tercero para que éste le realizara la obra sin temer ya una futura insolvencia del deudor<sup>440</sup>. Y además, desde el punto de vista del deudor, era y es indiferente uno u otro tipo de ejecución porque él, en los dos casos, va a tener que pagar una cantidad de dinero (la misma cantidad de dinero)<sup>441</sup>.

A primera vista, encontrábamos dos inconvenientes para admitir como solución primera, ante el incumplimiento del deudor, el resarcimiento de daños y perjuicios:

1. Nuestra posición, defendida a lo largo de todo el trabajo, se ha decantado en todo momento por la necesidad de ejecutar en forma específica siempre que sea posible; el orden lógico entre la ejecución específica y la genérica es que aquélla es prevalente, teniendo ésta carácter subsidiario. Además, la línea divisoria entre una y otra formas de ejecución radica en la imposibilidad, siendo la ejecución en forma específica posible, su sustitución por la ejecución genérica es, o debería ser, inconstitucional.

La siguiente es una pregunta obligada: ¿Es que acaso ese orden sólo rige respecto del ejecutado, pudiendo ser alterado por la voluntad del ejecutante?, es decir, ¿es constitucional la sustitución de la ejecución en forma específica, siendo ésta todavía posible, por la ejecución genérica por la simple voluntad del acreedor-ejecutante?

---

<sup>440</sup> En este sentido, VERDERA SERVER, *El cumplimiento...*, cit., págs. 294-295. También en esta línea entiende MONTERO AROCA (*Derecho jurisdiccional...*, (1998) cit., pág. 502) que “para el ejecutante puede ser mucho más grave que se realice la conducta por el tercero, pero a costa de él, ante la insolvencia del ejecutado (...), que la condena de la sentencia quede sin ejecutar”.

<sup>441</sup> Recordemos el doble aspecto que el cumplimiento a costa del deudor tiene: por un lado, o desde el punto de vista del acreedor, es cumplimiento en forma específica porque éste va a

2. El segundo inconveniente lo encontramos en el propio texto legal. El artículo 924 LEC de 1881 establecía para el supuesto de incumplimiento de condenas de hacer fungibles, la ejecución a costa del deudor, no el resarcimiento de perjuicios.

A pesar de lo dicho, creemos, que, principalmente, el artículo 1.124 CC facultaba al acreedor-ejecutante a solicitar y obtener la ejecución genérica aunque la específica fuera posible<sup>442</sup>. Este artículo establece que *“la facultad de resolver<sup>443</sup> las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.*

*El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”.*

También el artículo 1.101 CC justificaría recurrir a la ejecución genérica en primer lugar. El citado precepto establece que *“quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas”.*

---

recibir la misma prestación que le era debida. Por otro lado, o desde el punto de vista del deudor, es ejecución genérica porque éste debe pagar una cantidad de dinero.

<sup>442</sup> También lo entiende así, aunque no lo justifica con referencia a el artículo 1.124 CC, CAPILLA RONCERO (*La responsabilidad...*, cit., págs. 98-100). Además, matiza el autor, que “lo que no parece posible es, sin embargo, que si se intenta la ejecución de la obligación de indemnizar, pueda posteriormente el acreedor instar la ejecución específica, pues en el sistema configurado por nuestra legislación la indemnización sustituye a la prestación original, pero no a la inversa.

*b) Solución en la actual LEC.*

Con la LEC de 2000 la respuesta es clara: el acreedor puede solicitar y obtener el resarcimiento de daños y perjuicios aunque la ejecución específica (por subrogación) sea posible, porque así se lo permite expresamente el artículo 706.1 LEC. Evidentemente elegirá la indemnización de daños y perjuicios en aquellos casos en que ésta también satisfaga su interés; en aquellos otros supuestos en los que la indemnización no satisfaga su interés, lógicamente optará por que se le faculte para contratar a un tercero que realice la actividad a costa del deudor.

Creemos, además, que la ley ha establecido (siguiendo las bases establecidas en el Código Civil) la solución correcta porque, en primer lugar, al deudor le da lo mismo una u otra forma de ejecución: en ambos casos va a tener que pagar una cantidad de dinero (la elección, en primer lugar, de la indemnización no supone ningún perjuicio para él). Y, en segundo lugar, porque aunque por, regla general, el acreedor-ejecutante ya no tenga que financiar al deudor-ejecutado<sup>443</sup>, no corriendo el riesgo de la posterior insolvencia de éste, puede ser que aquél prefiera, por la causa que sea obtener una cantidad de dinero.

---

<sup>443</sup> Respecto a la facultad del acreedor de resolver el contrato por incumplimiento del acreedor, puede verse CLEMENTE MEORO, M. E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

<sup>444</sup> Decimos que “por regla general” porque aunque casi siempre se obtendrá el dinero del deudor de forma previa a la realización del hacer por el tercero, entendemos posible que en casos de urgencia el orden legalmente establecido de los actos ejecutivos pueda ser alterado y, en estos casos, pagaría el acreedor con su propio dinero sin esperar a la realización de los bienes del deudor.

*E) Situaciones especiales.*

*a) Conductas teóricamente fungibles pero infungibles en la práctica.*

Hemos analizado la forma en que se ejecutan las sentencias que condenan a haceres fungibles, llegando a la conclusión de que no es posible utilizar medios de coerción sobre la voluntad del deudor para que sea él quien cumpla, puesto que al ser el hacer fungible puede ser realizado, con los mismos resultados, por otras personas a costa del deudor, quedando satisfecho igualmente el acreedor.

Sin embargo, no se nos pasa por alto la existencia de actividades que en teoría son fungibles pero que, en la práctica, resultan infungibles<sup>445</sup>. Son ejemplos típicos las actividades prestadas en régimen de monopolio (por ejemplo, grandes gruas en el puerto), o aquellos servicios que, sin estar prestados en régimen de monopolio, sólo un grupo reducido de personas pueden realizarlos<sup>446</sup>.

No es difícil adivinar que la solución a la que hemos llegado para la generalidad de las conductas fungibles (realización por tercero a costa del deudor-resarcimiento de daños y perjuicios) no tiene sentido para estas conductas fungibles particularizadas. Por ejemplo, si a una persona le cortan el

---

<sup>445</sup> No lo entiende así VERDERA SERVER (*El cumplimiento...*, cit., pág. 291). El autor considera que “dado que por hipótesis se trata de un hacer fungible, no resulta fácil configurar un supuesto en que no se pueda recurrir a la ejecución por tercero. Si no se es estricto en la valoración de estos casos, las ventajas derivadas del carácter fungible de la prestación desaparecen...”.

<sup>446</sup> Una actividad no deja de ser fungible por el hecho de que sólo unas pocas personas puedan realizarla. Piénsese también que, en ocasiones, puede ser muy complicado y costoso encontrar la persona que pueda realizar la actividad. Respecto a actividades de este tipo puede verse la STS de 2 de junio de 1998 [RJ 1998/3751] con relación al monopolio de petróleos y la



suministro del agua, el hecho de que el juez condene a la realización de la prestación a costa del deudor no satisface su interés porque ningún tercero va a poder cumplir la condena. ¿Es lícito que el acreedor-ejecutante deba optar necesariamente por el resarcimiento de daños y perjuicios?, ¿Satisface el resarcimiento el interés del acreedor-ejecutante que, al fin y al cabo, es lo que se pretende con la ejecución?, ¿Qué solución, a la vista de nuestra legislación, podemos adoptar?

Las razones que esgrimíamos para negar la posible utilización de medios de coerción sobre la voluntad del deudor (posibilidad de obtener la misma prestación pero por un tercero y conjugar la satisfacción del acreedor con el menor perjuicio para el deudor) ahora ya no se cumplen. En primer lugar porque no es posible obtener la misma prestación que es debida por subrogación (es decir, por medio de un tercero), lo que, en definitiva supone que no es posible el cumplimiento en forma específica a través del tercero. En segundo lugar, porque lograr la satisfacción del acreedor supone necesariamente conseguir el cumplimiento en forma específica, aunque de este modo se perjudique más al deudor que con la indemnización de daños y perjuicios.

Entendemos, por tanto, que en estos supuestos deberán poder utilizarse los mismos mecanismos de coerción que veremos respecto de la ejecución de condenas a un hacer infungible o personalísimo. Sería de especial importancia el apercibimiento al deudor de poder ser procesado por el delito de desobediencia a la autoridad aunque los apremios pecuniarios, a pesar de estar limitados en la cuantía y en la duración, pueden también resultar útiles.

*b) Obligaciones de tracto sucesivo.*

Las obligaciones de tracto sucesivo son aquellas en las que la prestación no es realizada en un solo acto, sino que debe ser reiterada por el deudor durante un tiempo determinado. Respecto a este tipo de obligaciones como, por ejemplo, contrato de suministro y montaje (vid. STS de 22 de julio de 1999 [RJ 1999/6774]), contrato de suministro de energía eléctrica (vid. STS de 18 de mayo de 1998 [RJ 1998/4030]), contrato de suministro de gas (vid. SAP de Guadalajara de 8 de marzo de 1999 [AC 1999/4530])<sup>447</sup>, deberá garantizarse no sólo el comienzo de la realización de la actividad, sino también su realización continuada<sup>448</sup>.

Varios son los supuestos con los que, en la práctica, nos podemos encontrar:

1. Que el deudor no inicie la actividad en el plazo dado por el juez. En este supuesto se actúa de la misma forma que hemos visto para las actividades que no son de tracto sucesivo, es decir, se permite optar al acreedor entre la realización de la actividad por subrogación o el resarcimiento de daños y perjuicios. Si elige esto último recibirá una cantidad de dinero, si opta por la

---

mortuorios.

<sup>447</sup> El contrato de hospedaje es también un contrato de tracto sucesivo. En este sentido la AP de Ciudad Real en Sentencia de 24 de febrero de 1998 [AC 1998/4122] entiende que el contrato de hospedaje tiene “una naturaleza compleja como un contrato de tracto sucesivo en el que se combina arrendamiento de cosas, arrendamiento de servicios, de obra y depósito”. Vid. también la SAP de Badajoz de 19 de enero de 1999 [AC 1999/10].

<sup>448</sup> Entiende PEREDA GÁMEZ (*Ejecución de condenas...*, cit., pág. 57) que “en la ejecución de estas sentencias deben tenerse en cuenta por el juez los límites naturales de la ejecución. Ésta responde a unos parámetros materiales y temporales determinados, de manera que por muy claro que sea el hacer sucesivo o periódico del condenado conforme a la sentencia el propio paso del tiempo, puede dar lugar a cambios de circunstancias o dejar vacío el contenido del fallo. Nos encontraríamos pues con causas de oposición a la ejecución de sentencia en cuanto al fondo con posibilidades de éxito”.

realización por subrogación se contratará a un tercero que realizará la actividad (en toda su extensión) a costa del deudor.

2. Que el deudor inicie la realización de la condena, pero que en un determinado momento deje de cumplir, no consiguiéndose la realización total de la actividad. En estos supuestos, calificados también de incumplimiento, la actividad dejada de realizar se hará por subrogación, es decir, en el momento que se ha dejado de cumplir se elegirá a un tercero para que realice la misma actividad que el deudor debía realizar, tercero que será remunerado a costa del deudor, a no ser que el acreedor-ejecutante prefiera ser resarcido por el tiempo que falta por cumplir.

3. Es posible también que el deudor realice la actividad durante el tiempo determinado por el juez, pero de forma parcialmente defectuosa. En estos caso lo normal es que se solicite la indemnización por los daños y perjuicios producidos<sup>449</sup>. Por ejemplo, la STS de 22 de diciembre de 1995 [RJ 1995/9205] se refiere al cumplimiento defectuoso de un contrato de suministro de electricidad. El contrato es clasificado de defectuoso porque durante los meses de febrero de 1989 hasta marzo de 1990 se produjeron cortes en el fluido eléctrico. “Estos cortes le ocasionaban (al acreedor) paradas en la cadena de producción de los plásticos, repercutiendo en la puesta a punto de la maquinaria, daños en la misma y retrasos en la planificación productiva, pérdida de materia prima...”. Por eso se solicita la indemnización de los daños y perjuicios producidos.

---

<sup>449</sup> En este caso cabrían las mismas soluciones dichas respecto del cumplimiento defectuoso de cualquier conducta fungible (vid. Epígrafe VII, apartado A), subapartado b) *Cumplimiento parcial o defectuoso*, de esta misma Sección), es decir, el acreedor-ejecutante puede elegir, en atención a su interés, entre solicitar la reparación *in natura* o el resarcimiento de daños y perjuicios, pero en la práctica lo normal es que se solicite la indemnización de los daños y perjuicios producidos. También puede decretarse que se deshaga lo mal hecho.

## VIII. Condena a la publicación del contenido de la sentencia.

### A) Regulación y forma en que se ejecutan este tipo de condenas.

El artículo 707 LEC recoge un supuesto totalmente novedoso en una ley de enjuiciamiento civil, aunque ya recogido en otras disposiciones legales, como es la publicación de la sentencia en medios de comunicación<sup>450</sup>. En este sentido, por ejemplo, el artículo 9.2 de la LO 1/1982, de 5 de marzo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen<sup>451</sup> y el artículo 6, párrafo segundo de la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación<sup>452</sup>.

El artículo 707 LEC dice así:

*“Cuando la sentencia ordene la publicación o difusión, total o parcial, de su contenido en medios de comunicación a costa de la parte vencida en el proceso, podrá despacharse la ejecución para obtener la efectividad de este*

---

<sup>450</sup> El Anteproyecto no hacía referencia a la posibilidad de publicación de la sentencia en medios de comunicación. El Grupo Socialista en las enmiendas del Congreso propuso (enmienda n.º. 606) la adición de un nuevo artículo (art. 710 bis) con el contenido siguiente: *“Para restablecer el derecho violado, reconocido en el título podrá acordarse la publicación o difusión del fallo en medios de comunicación, a costa del ejecutado”*. La motivación era simplemente “corregir una omisión del prelegislador”.

<sup>451</sup> Artículo 9.2: *“La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados”*.

<sup>452</sup> Según el precepto *“el fallo se limitará a denegar la rectificación o a ordenar su publicación o difusión en la forma y en los plazos previstos en el artículo 3 de esta Ley, contados desde la notificación de la sentencia...”*.

*pronunciamiento, requiriéndose al ejecutado para que contrate los anuncios que resulten procedentes.*

*Si el ejecutado no atendiera el requerimiento en el plazo que se le señale, podrá contratar la publicidad el ejecutante, previa obtención de los fondos precisos con cargo al patrimonio del ejecutado de acuerdo con lo que se dispone en el apartado segundo del artículo anterior”.*

La condena a la difusión total o parcial del contenido de una sentencia en medios de comunicación es un supuesto de condena a un hacer<sup>453</sup> fungible, ya que cualquier persona puede contratar los anuncios procedentes, consiguiéndose idénticos resultados que si lo realizara el deudor. Así lo ha entendido la ley al permitir al acreedor-ejecutante, en caso de incumplimiento por el deudor, que sea él mismo quien realice la actividad, por supuesto, a costa del deudor.

La ejecución comienza con la demanda ejecutiva en la que el acreedor solicitará el cumplimiento de la condena. El juez, en el auto por el que despacha la ejecución, requerirá al deudor-ejecutado para que en el plazo que le señale contrate los anuncios que resulten procedentes. Si el deudor cumple en plazo, termina la ejecución (es decir, continua solamente para la determinación de las costas) pero si no cumple en plazo, la ley permite (como es lógico puesto que se trata de una obligación de hacer no personalísima o fungible) que sea el acreedor-ejecutante quien contrate la publicidad a costa del deudor.

Varias son las matizaciones que la regulación legal nos merece:

1. El artículo 707 LEC se refiere a *publicar* o *difundir* la sentencia. En principio se trata de dos conceptos distintos para referirse a un mismo comportamiento: hacer notoria o patente una cosa que se quiere hacer llegar a noticia de todos. En este sentido el diccionario de la Real Academia Española,

en la quinta acepción de *publicar*, dice que es “*difundir* por medio de *imprensa u otro procedimiento cualquiera* un escrito, estampa, etc”, por tanto, en rigor, difundir y publicar hacen referencia a un mismo comportamiento<sup>454</sup>.

Sin embargo, en el lenguaje cotidiano publicar tiene el matiz de prensa escrita y difundir está relacionado con otros medios (imagen, sonido) y, por eso pensamos que el artículo 707 LEC se está refiriendo a dos cosas distintas. En consecuencia, si la sentencia ordena la *publicación* total o parcial de su contenido, ésta se realizará en prensa escrita. Mientras que si ordena la *difusión*, ésta se realizará por (otros) medios no escritos. Finalmente, si ordena la *publicación* y la *difusión*, para el cumplimiento o la ejecución deberá utilizarse tanto prensa escrita como medios distintos (imagen y sonido).

2. Al no determinar la ley unos concretos medios para realizar la publicación o difusión, será posible la publicación/difusión en cualquier medio de comunicación o difusión<sup>455</sup> (aunque siempre teniendo en cuenta si se trata de publicar o de difundir).

¿Cuántos anuncios pueden o deben realizarse? El artículo 707 LEC señala únicamente que “los anuncios que resulten procedentes”, pero ¿a quien corresponde determinar cuántos anuncios son procedentes? La cuestión no es un

---

<sup>453</sup> Aquel hacer consistente en contratar los anuncios que sean procedentes para conseguir la publicación, total o parcial, de la sentencia en medios de comunicación.

<sup>454</sup> Por otro lado la jurisprudencia utiliza indistintamente los términos medios de difusión/medios de comunicación (véase por ejemplo las SSTC 74/1982, de 7 de diciembre y 219/1992, de 3 de diciembre).

<sup>455</sup> La Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre) establece que el órgano jurisdiccional puede ordenar la publicación total o parcial de la sentencia en la forma que estime adecuada y a costa del anunciante, sin establecer tampoco el mecanismo a través del cual debe efectuarse la misma. Entiende BARONA VILAR, S. (*Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 475) que aunque se ha hablado del Boletín Oficial del Estado como éste es ineficaz frente al consumidor, “es más lógico que se efectúe a través de un medio de comunicación social”. En el mismo sentido, CUCARELLA GALIANA, L. A., *El proceso civil en materia de patentes*, Comares, Granada, 1999, pág. 258.

inútil; tengamos en cuenta que no supone el mismo coste económico publicar/difundir la sentencia en un solo medio que en cinco.

Si la sentencia de condena contenía disposición sobre dónde debe realizarse la publicación se estará a lo en ella establecido<sup>456</sup> pero, si la sentencia nada estableció, será el juez el que, en el requerimiento al ejecutado, determine no sólo el número de anuncios sino también los concretos medios de comunicación/difusión<sup>457</sup> en los que los anuncios deben fijarse. Se evita así que el acreedor pretenda publicar (a costa de deudor) la sentencia en todos los medios de comunicación, resultando el coste de la publicidad desproporcionado o que el deudor quiera publicarla en un único medio y pueda esto resultar insuficiente para la finalidad perseguida. Por otro lado, si el juez determina el medio (o medios) y el modo en que se debe realizar la publicación o difusión, el precio queda ya (indirectamente) fijado porque los medios de comunicación tienen tarifas de publicidad fijas.

3. En relación a quien debe pagar la publicidad está claro que corre a cargo del ejecutante, pero respecto a cómo y cuándo se obtiene el dinero el artículo 707 LEC nos remite al apartado segundo del artículo anterior. La

---

<sup>456</sup> Si se trata de rectificar la información inexacta publicada o difundida por un medio de comunicación, la rectificación se realiza por el mismo cauce por el que la noticia fue difundida entre el público. En este sentido, entiende BARONA VILAR (*Tutela civil y penal...*, cit., pág. 255) que aunque “nada se dice por el legislador acerca del medio o mecanismo a través del cual debe procederse a la rectificación. No obstante hay que pensar que podría ser el o los mismos medios de comunicación a través de los cuales se difundió la publicidad, o, en todo caso, similares o bien a través de los cuales se está difundiendo”. Por su parte, considera VICENT CHULIÀ, F. (*Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo I, vol. 2, Barcelona, 1991, pág. 1086) para el supuesto de condena a realizar publicidad correctora, que será el juez quien fije “el periodo de duración de la publicidad correctora, *medios en que se difundirá*, contenido y extensión en espacio...”.

<sup>457</sup> Por ejemplo, la AP de Madrid en Sentencia de 4 de octubre de 1994 [AC 1994/2199], al estimarse una pretensión de rectificación, manda publicar la parte dispositiva de la sentencia en los periódicos ABC y El País. Sobre esta sentencia puede verse BARONA VILAR, S.,

remisión puede entenderse en el sentido de que es necesario que el tribunal designe un perito tasador, que éste valore la actividad, que el tribunal la apruebe, depósito de la cantidad o afianzamiento del pago por el ejecutado o (en caso contrario) embargo de sus bienes y realización forzosa. Sin embargo, pensamos que la remisión no tiene un sentido tan amplio, sino que es simplemente a la forma de obtener el dinero (depósito/afianzamiento o embargo y realización), pero no a la previa valoración de la actividad por un perito. Esta es la solución lógica a la vista de que la contratación de anuncios no necesita valoración por perito porque está sujeta a unos precios fijos.

De todas formas, es posible que se produzca alguna de estas dos circunstancias:

3.a) Que el acreedor no pueda esperar a que se embarguen y realicen los bienes, porque ese periodo de tiempo puede frustrar la finalidad que la publicidad de la sentencia persigue. En este supuesto, como ya dijimos para el resto de haceres fungibles, es posible alterar el orden legalmente establecido de forma que el acreedor contratará la publicidad y la pagará con su dinero y, posteriormente, se dirigirá al deudor para que éste haga frente a la factura (voluntariamente o, en caso contrario, a través de la ejecución forzosa).

3.b) Que en la demanda ejecutiva o posteriormente el acreedor hubiera solicitado y el juez acordado el embargo preventivo del artículo 700, II LEC. En este caso el embargo preventivo se transformará en ejecutivo procediéndose conforme a lo establecido en los artículos 634 y ss. LEC (vía de apremio).



*B) Derecho al honor y a la intimidad y la publicación/difusión de sentencias.*

El artículo 18 de la Constitución garantiza, como derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona (entre otras, STC 231/1988, de 2 de diciembre de 1988), el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Este precepto es desarrollado por la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

La sentencia evidentemente hace referencia a aspectos de la vida de una persona (el condenado), por lo que su publicación o difusión podría entenderse que colisiona con el derecho a la privacidad y buena reputación de las personas y más si tenemos en cuenta que, según el artículo 7, apartados tercero y séptimo, de la LOPHIPI constituyen intromisiones ilegítimas a estos derechos *“la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre...”* y *“la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”* .

Por otro lado, el hecho de que ni la Constitución ni la LO 1/1982 delimiten el derecho al honor y a la intimidad, comporta la dificultad de concretar si determinados comportamientos vulneran o no estos derechos. Ha sido la jurisprudencia la que ha venido asumiendo esta labor, aunque no de una forma positiva sino negativa, es decir, no ha delimitado expresamente qué comportamientos conforman estos derechos, sino que ha ido señalando, en cada caso concreto, si el comportamiento discutido vulnera o no alguno de estos

derechos. En general se entiende que aunque estos derechos son fundamentales no son ilimitados, “su ejercicio se sometería al respeto de otros bienes jurídicos igualmente dignos y necesitados de protección, y, en concreto, por lo que al presente caso se refiere, a *exigencias derivadas de la acción de la justicia*” (ATC 257/1987, de 17 de abril de 1985)<sup>458</sup>.

Pero rápidamente nos percatamos que la publicación/difusión de la sentencia no puede, en ningún caso, chocar con el derecho al honor y a la intimidad, no sólo porque la publicación es ordenada por Autoridad competente y de acuerdo con la ley -según el artículo octavo de la LOPHIPI “*no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante*- sino también porque el proceso y la sentencia son por sí mismos públicos. Además, como el TC ha tenido ocasión de reconocer (ATC 374/1986, de 23 de abril de 1986) “las medidas judiciales, legalmente tomadas, no conllevan en sí mismas deshonra, descrédito o menosprecio alguno, al ser ajeno a todo *animus iniuriandi* el cumplimiento del derecho”.

#### **IX. Ejecución de condenas de hacer fungible en derecho comparado.**

Los ordenamientos de nuestro entorno recogen también, como regla general, la ejecución por subrogación.

---

<sup>458</sup> Para un estudio de la jurisprudencia constitucional véase PUYOL MONTERO, F. J., *Manual práctico de doctrina constitucional en materia de derecho al honor, a la intimidad y derecho de rectificación*, con GENEROSO HERMOSO, M<sup>a</sup> F., Edigener, Madrid, 1991; PUYOL MONTERO, J., *Derecho al honor, libertad de expresión, información y medios de comunicación social, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional I y II*, PPU, Barcelona, 1994.

La ZPO alemana establece la posibilidad de que el acreedor solicite para el caso de incumplimiento del deudor (parágrafo 510 b) la indemnización de daños y perjuicios pero en caso de no haber solicitado ésta, ante el incumplimiento del deudor, el acto se ejecutará por un tercero a costa del deudor<sup>459</sup> (parágrafo 887 ZPO<sup>460</sup>).

La ejecución de las condenas de hacer en el sistema italiano se rige por lo establecido en el artículo 1.931 del Codice Civile<sup>461</sup> y los artículos 612 a 614 del Codice di Procedura Civile. Quien pretenda la ejecución acude al juez para que éste, tras oír a la parte obligada, determine la modalidad de la ejecución. En caso de que es hacer sea fungible la ejecución se realiza por tercero a costa del obligado y, en su caso, se decretará la destrucción de lo mal hecho<sup>462</sup>.

Para finalizar, resulta interesante destacar que si bien la regla general en los ordenamientos europeos es la imposibilidad de utilización de medidas coercitivas que obliguen al propio deudor a cumplir el hacer fungible al que se le condena en la sentencia, en derecho francés –a pesar de que se regula la ejecución por subrogación y la destrucción de lo mal hecho, artículos 1.143 y

---

<sup>459</sup> Vid. ROSENBERG, *Zwangsvollstreckungsrecht*, C.H. Beck, München, 1987, págs. 747 y ss., mit GAUL und SCHILKEN; BROX, H., und WOLF, W., *Zwangsvollstreckungsrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, 1996, págs. 585 y ss; STEIN und JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21 Auflage, Band 7, Teilband 1, parágrafos 864-945, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996, págs. 122 y ss.

<sup>460</sup> Parágrafo 887 ZPO: “Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so ist der Gläubiger von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen”.

<sup>461</sup> Artículo 1.931 Codice Civile: “Se non è adempiuto un obbligo di fare, l’avente diritto può ottenere che esso sia esguito a spese dell’obbligato nelle forme stabilite del codice di procedura civile”.

<sup>462</sup> Cfr. PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene editore, Napoli, 1999, 3ª ed., págs. 812 y ss; BONSIGNORI, A., *L’esecuzione forzata*, Giappichelli editore, Torino, 1996, 3ª ed., págs. 302 y ss; SATTA, S. y PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, dodicesima edizione, CEDAM, Padova, 1996, págs. 851 y ss y MANDRIOLI, C., *Corso di diritto processuale...*, cit., págs. 119 y ss.

1.144 del Code Civile- la ley permite la utilización de astringencias también para obligar al propio deudor a cumplir un hacer fungible<sup>463</sup>.

---

<sup>463</sup> Véase el artículo 33 de la Ley n°. 91-650, de 9 de julio de 1991.

**Sección III:**  
**Ejecución de condenas a la emisión**  
**de una declaración de voluntad.**

**X. Introducción**

En ocasiones la sentencia condena a realizar determinadas actuaciones que más que físicas deben calificarse de jurídicas, por ejemplo, a concluir un determinado contrato, a otorgar escritura pública, etc. La doctrina, por lo general, ha entendido que en estos supuestos se trata de condenas de hacer cuyo verdadero contenido es la emisión de una declaración de voluntad, es decir, la emisión del consentimiento necesario para realizar dichas actividades.

El supuesto que ahora tratamos puede calificarse, como mínimo, de peculiar, principalmente porque no siempre puede hablarse, con rigor, de la existencia de lo que la ley llama (art. 708 LEC) condenas a la emisión de una declaración de voluntad<sup>464</sup>. A lo largo de nuestra exposición trataremos de fijar cuál es el verdadero contenido o alcance de este tipo de condenas, es decir, si

---

<sup>464</sup> Entiende RAMOS MÉNDEZ (*Derecho procesal...*, cit., pág. 1.029) que “la terminología ‘emisión de una declaración de voluntad’, arraigada en la tradición procesal, es una fórmula descriptiva que encierra un significado mucho más profundo del que las palabras dejan traslucir. Hasta el punto de que, examinado el problema a fondo, la expresión resulta una redundancia explicativa de los efectos jurídicos de una sentencia como acto creador del ordenamiento jurídico, aún en una visión dualista de las relaciones entre derecho y proceso”.

realmente a lo que se condena es a emitir una declaración de voluntad, y/o si verdaderamente, o en qué supuestos, podemos calificar la sentencia como de condena.

Las condenas a la emisión de una declaración de voluntad aparecen reguladas en la nueva LEC en el artículo 708, terminando, de este modo, con el vacío legal existente en la LEC de 1881<sup>465</sup> y respondiendo a una necesidad de la vida real, ya que en ésta se celebran multitud de promesas de contratos a las que debía ligarse una consecuencia jurídica concreta para no hacer ilusoria la voluntad de los contratantes de quedar obligados en el futuro y para dar firmeza y seguridad al tráfico jurídico<sup>466</sup>.

En cuanto al momento adecuado para tratarlas, la doctrina<sup>467</sup> por lo general las ha analizado tras el estudio de las condenas a un hacer fungible,

---

<sup>465</sup> La doctrina ha manifestado reiteradamente la necesidad de regulación de este punto. Vid. PRIETO-CASTRO, *Correcciones al derecho sobre ejecución...*, cit., pág. 503. MONTÓN REDONDO, A. (*Los pactos precontractuales y la exigencia judicial de su cumplimiento. Algunas sugerencias para la reforma del artículo 1.451 del Código Civil*, La Ley, 1990, n.º. 3, pág. 1.000) propone, además de modificar el artículo 1.451 del CC relativo a la promesa de comprar y vender, "incluirse dentro de un precepto muy concreto, el artículo 360, (referido al contenido de la condena en la sentencia), las previsiones siguientes, como su párrafo tercero: 'Si fuere condenatoria al cumplimiento de una promesa de contrato, declarará éste formalmente celebrado y exigible de acuerdo con sus términos, si no se formaliza voluntariamente por el obligado en el plazo que, a tales efectos, se le otorgue, en función de las circunstancias'. Reitera el autor la necesidad de una modificación legislativa en *La eficacia de la promesa de venta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en La Ley, 1991, 1, pág. 922.

<sup>466</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas...*, cit., pág. 170.

<sup>467</sup> MONTERO AROCA (*Derecho jurisdiccional...*, cit., págs. 650 y ss) las estudia después de las obligaciones de hacer (tanto fungibles como infungibles) y antes de las de no hacer, y las califica de supuesto especial. MORENO CATENA (*Derecho procesal...*, cit., págs. 447-448) las analiza dentro de las obligaciones de hacer no personalísimas porque considera que si bien la obligación de emitir una declaración de voluntad es personalísima, es sustituible cuando el ordenamiento jurídico así lo establezca. RAMOS MÉNDEZ (*Derecho procesal...*, cit., págs. 1.029 y ss) las trata después de las obligaciones de hacer fungibles pero, a diferencia de Moreno Catena, lo hace en un apartado independiente. FERNÁNDEZ LÓPEZ (*El proceso...*, cit., págs. 241 y ss; *Derecho procesal...*, cit., págs. 343 y ss) las estudia como último apartado tras el análisis de las condenas de hacer, no hacer y dar. TAPIA FERNÁNDEZ (*Las*

como un supuesto especial de éstas. La nueva ley, posiblemente influenciada por la doctrina y porque las configura como haceres fungibles, las regula detrás de las condenas de hacer fungibles o no personalísimas y antes de las condenas de hacer infungibles o personalísimas, y por esto, principalmente, entendemos que es ahora el momento adecuado de tratarlas y no en uno posterior o anterior.

Las condenas a la emisión de una declaración de voluntad surgen como consecuencia de la necesidad de cumplimiento de los precontratos, y más concretamente de la promesa de vender o comprar que es el único precontrato recogido expresamente por nuestra ley sustantiva (art. 1.451 CC).

El punto de partida debe ser, por tanto, el análisis del precontrato en general, de los requisitos para su existencia, de los efectos que produce, respecto de qué contratos cabe precontrato, pero, principalmente, la naturaleza de la sentencia que le da eficacia jurídica y qué responsabilidad cabe deducir del incumplimiento de estos “contratos”, es decir, si su incumplimiento da lugar (o en qué casos da lugar) simplemente a la indemnización de los daños y perjuicios producidos o, en cambio, es posible exigir el cumplimiento específico de lo “programado” en el precontrato.

Sólo partiendo del examen de los puntos citados (aún a sabiendas de que interferimos en cuestiones pertenecientes a otras disciplinas) y del análisis de las soluciones, en muchas ocasiones contradictorias, dadas por la jurisprudencia

---

*condenas...*, cit., pág. 199, nota al pie nº. 299) las trata por separado y no al estudiar la ejecución de las sentencias que contienen una obligación de hacer personalísimo porque, dice, no están reguladas ni en la LEC (entiéndase la de 1881) ni en el CC. Por su parte, CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., págs. 289 y ss) las analiza después de las condenas a un hacer fungible.

Pero es que incluso, como veremos, hay quien señala que su ubicación lógica es fuera de la ejecución forzosa porque estamos ante un supuesto de una sentencia constitutiva y no de condena (Cfr. MONTÓN REDONDO, *Los pactos precontractuales...*, cit., pág. 1.000).

podemos entender el fenómeno de las declaraciones de voluntad y realizar un estudio crítico de la regulación introducida por la nueva LEC (art. 708).

## XI. El precontrato.

### A) Denominación, origen y regulación.

El precontrato es una figura discutida, por la doctrina y por la jurisprudencia, incluso en lo relativo a su denominación. Así se utilizan los términos promesa de contrato<sup>468</sup>, contrato de promesa<sup>469</sup>, precontrato<sup>470</sup> (como traducción literal del término alemán *Vorvertrag*), *pactum de contrahendo*, contrato preliminar, contrato preparatorio, *contratto preliminare*, etc<sup>471</sup>; llegándose a afirmar que “ninguna de estas denominaciones es plenamente satisfactoria. La misma de *precontrato* adolece del defecto de incidir en aquella

---

<sup>468</sup> En este sentido, DE CASTRO Y BRAVO, F. (*La promesa de contrato (Algunas notas para su estudio)*), en Anuario de Derecho Civil, 1950, tomo III, julio-sept., págs. 1.170) afirma que a esta figura “sería quizás preferible denominarla promesa de contrato (en vez de precontrato), pues su esencia, como han apuntado algunos autores, es un querer obligado contractualmente (al contrato proyectado) dependiente de la voluntad de una (o de cada una) de las partes”; CÓRDOBA GRACIA, D., *La promesa de contrato según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en Revista de Derecho Judicial, 1960, págs. 159 y ss.

<sup>469</sup> Se decanta por esta denominación ROCA SASTRE. R.M<sup>a</sup>., *Contrato de promesa*, en “Estudios de Derecho Privado”, tomo I (Obligaciones y contratos), Madrid, 1948, págs. 323 y ss.

<sup>470</sup> Utilizan este término, entre otros, MORO LEDESMA, S., *El precontrato. Notas para su estudio*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1934, págs. 6 y ss; ALGUER, J. *Ensayos varios sobre temas fundamentales de derecho civil*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1931, págs. 112 y ss y *Para la crítica del concepto del precontrato*, en Revista de Derecho Privado, 1935, tomo 22, pág. 22 y ss; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., págs. 1 y ss.

<sup>471</sup> También la jurisprudencia se refiere a las diversas denominaciones de este contrato. Por ejemplo la STS de 7 de febrero de 1966 [RA 793] destaca que “la figura del contrato preliminar llamado también precontrato, compromiso, *pactum de contrahendo* o simplemente promesa de contrato...”.



confusión con los tratos preliminares, pues parece aludir a un acto que aún no es contrato: *pre o antes de un contrato*<sup>472</sup>.

Se ha dicho<sup>473</sup> que los antecedentes del precontrato se encuentran en la conjunción de dos figuras históricas: el *pactum contrahendo* del derecho romano<sup>474</sup> y el *wadiatio* del derecho germánico<sup>475</sup>. El *pactum contrahendo* era un acuerdo de voluntades por el que las partes se comprometían a celebrar posteriormente un contrato. Por su parte, el *wadiatio* era una especie de compromiso para reservar una cosa para una venta posterior. En todo caso esta teoría se admite con reservas porque, parece ser, que el antiguo Derecho de obligaciones no conoció como tal esta especial y compleja figura jurídica<sup>476</sup>.

---

<sup>472</sup> ROCA SATRE, *Contrato de promesa*, cit., pág. 324. Por su parte la STS de 11 de noviembre de 1943 (citada por CÓRDOBA GRACIA, *La promesa de contrato...*, cit., pág. 160) estima que “la denominación de precontrato es una calificación técnica más moderna pero menos acertada”.

<sup>473</sup> Así lo recoge MONTÓN REDONDO, *Los pactos precontractuales...*, cit., pág. 994 y en *¿Es ejecutable la sentencia exigente de una declaración de voluntad?*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1995, págs. 973-974. Para el autor “la conjunción de estos antecedentes puede ofrecernos las bases de lo que hoy conocemos como precontrato si consideramos su característica esencial: la falta de coincidencia en el tiempo de la entrega material de la cosa o, en general, el cumplimiento de lo pactado con la efectiva conclusión del contrato definitivo”.

<sup>474</sup> No falta quien afirma que el *pactum contrahendo* no es una institución de origen romano. Véase al respecto, MONTÓN REDONDO, *Los pactos precontractuales...*, cit., págs. 993-994, nota al pie nº. 5. Por su parte, señala ALGUER (*Para la crítica del concepto...*, cit., pág. 328) que “que la expresión *pactum de contrahendo* no es romana ni se encuentra en las fuentes, es algo que todos reconocen de buen grado. Pero, además, es muy probable que si ante cualquiera de los jurisconsultos clásicos romanos se profiriese la frase, no comprendería su significado y quedaría perplejo”. También en este sentido, afirma ROCA SASTRE (*Contrato de promesa*, cit., pág. 325) que el *pactum de contrahendo* careció de una regulación global en el derecho romano. Se conocía la promesa de vender y de comprar (*pactum de vendendo* y de *emendo*), de dar a préstamo (*pactum de mutuo dandum*), de constituir prenda o hipoteca (*pactum de pignorando*), etc.

<sup>475</sup> Para un estudio más detenido de esta figura, puede verse, ROMÁN GARCÍA, A., *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Montecorvo, SA, Madrid, 1982, págs. 39 y ss.

<sup>476</sup> ROMÁN GARCÍA, *El precontrato...*, cit., pág. 44.

El término precontrato (*Vorvertrag*) se debe a THÖL que lo acuñó en la tercera edición de su Tratado de Derecho Mercantil (*Handelsrecht*, 1854)<sup>477</sup>, como traducción del conocido *pactum de contrahendo*, fijando que el precontrato es un contrato anterior a otro, es decir, un contrato que se concluye para que deba ser concluído otro contrato. Sin embargo, fue DEGENKOLB el primero en desarrollar dicha figura<sup>478</sup> y lo hizo en el sentido de determinar que a lo que obligaba el precontrato era a un “contrahere”, es decir, a un “facere”.

En cuanto a su regulación, el precontrato no aparece recogido expresamente, como categoría general, en ningún precepto de nuestro Ordenamiento Jurídico<sup>479</sup>, pero es admisible, por no existir ninguna prohibición legal, con base en el artículo 1.255 CC<sup>480</sup>: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”. Sí existe, en

---

<sup>477</sup> Cfr. ALGUER, *Para la crítica del concepto...*, cit., pág. 323.

<sup>478</sup> En *Zur Lehre vom Vorvertrag*, en “Archiv für die Zivilistische Praxis”, 1887, págs. 2 y ss. En la doctrina italiana es de señalar el trabajo de COVIELLO, L., *Contratto preliminare*, en “Enciclopedia Giuridica Italiana”, aparecido de forma refundida en 1902 (aunque el trabajo originario era de 1896 y se denominaba *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*). La doctrina española será analizada con más detenimiento a lo largo de toda la exposición. De todas formas valga ahora destacar los siguientes trabajos dedicados al tema: MORO LEDESMA, *El precontrato...*, cit., págs. 6 y ss; ALGUER, *Ensayos varios...*, cit., págs. 112 y ss y *Para la crítica del concepto...*, cit., págs. 22 y ss; ROCA SASTRE, *Contrato de promesa*, cit., págs. 323 y ss; DE CASTRO, *La promesa de contrato...*, cit., págs. 1133 y ss; CÓRDOBA GRACIA, *La promesa de contrato...*, cit., págs. 159 y ss; ROMÁN GARCÍA, *El precontrato...*, cit.

<sup>479</sup> Sí aparece recogida esta figura en algunos de los Ordenamientos de nuestro entorno. Entre otros, regulan el precontrato el Código civil austriaco de 1811 (art. 936), el Código civil italiano de 1942 (art. 1.351), el Código civil portugués de 1966 (arts. 410 y 830), etc.

<sup>480</sup> En este sentido es clara la STS de 7 de febrero de 1966 [RA 793]: la figura del precontrato “si bien no está recogida expresamente con carácter general en nuestra legislación positiva, ha sido ampliamente admitida tanto por la doctrina científica, como por la jurisprudencia de esta Sala, estimando que al no estar tampoco prohibida por ninguna disposición en concreto, los contratantes están en condiciones de utilizarla al amparo del principio de libertad contractual establecido en el artículo 1.255 CC sin que tampoco pueda decirse que un pacto de esta clase sea por sí mismo, contrario a la moral ni al orden público...”.

cambio, regulación de un supuesto concreto de precontrato: el artículo 1.451 CC que se refiere a la promesa de comprar y vender<sup>481</sup>.

*B) Los tratos preliminares y el precontrato.*

*a) Fases de la vida de un contrato.*

Los contratos, sobre todo cuando se trata de operaciones complicadas o en las que se mueven sumas importantes de dinero, no suelen generarse de forma instantánea, sino que precisan de un periodo más o menos grande de tiempo para su conclusión. Durante este periodo de tiempo se realizan actos que preparan el contrato futuro.

---

<sup>481</sup> Se ha discutido si el artículo 1.862 CC establece el precontrato de prenda e hipoteca. Este artículo dice: “*La promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que sabían estaban gravadas, o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen*”. Por lo general, se entiende que el precontrato de contrato real es realmente un contrato consensual. Véase, ALGUER, *Para la crítica del concepto...*, cit., págs. 1 y ss. ROCA SASTRE, *Contrato de promesa*, cit., págs. 339 y ss. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, II, 2º, cit., págs. 39-40. No comparte esta opinión MORO LEDESMA, *El precontrato*, cit., pág. 481 y ss. DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, cit., pág. 311) sí parece admitir la que la promesa de prenda e hipoteca sea un precontrato. Abiertamente lo admite ROMÁN GARCÍA (*El precontrato...*, cit., págs. 243 y ss). Estima el autor respecto del precontrato de prenda que “lo habitual será que esta especial vía de preconstitución de la garantía se reserve a aquellos supuestos en los cuales se trata de hacer recaer la misma sobre cosas futuras, que de momento estarían excluidas como elementos reales de la garantía prendaria con desplazamiento posesorio, precisamente por la imposibilidad de su entrega efectiva en la actualidad”. En cuanto al precontrato de hipoteca, dice, que “la preconstitución de hipotecas mediante precontratos en los que se establezca el compromiso de dar efectivamente esa garantía real quedará reservada exclusivamente a aquellos supuestos de hipotecas voluntarias constituídas mediante un contrato”.

Por otro lado, el artículo 6 de la Ley de Arbitraje de 1953, hoy derogada, recogía el precontrato de compromiso. Los términos de la nueva LA de 1988, que no se refiere exactamente a esta figura, serán analizados más adelante.

Estos actos preparatorios, que no constituyen un contrato, debemos deslindarlos de lo que es el precontrato, que sí es un auténtico contrato, porque la responsabilidad por incumplimiento en uno y otro casos es muy distinta.

Siguiendo a DÍEZ-PICAZO<sup>482</sup> distinguimos tres fases en la vida de un contrato:

- La fase de gestación del contrato que comprende los actos preparatorios del mismo y como consecuencia de los cuales surgirá el consentimiento contractual.

- La fase de perfección que supone el nacimiento del contrato por la conjunción de las voluntades de las partes.

- La tercera y última fase es la de consumación, es decir, la de cumplimiento del contrato.

Realmente estas tres fases pueden sintetizarse en dos, la fase anterior a la celebración del contrato, o fase de formación del mismo, y la fase posterior a su celebración. Los tratos preliminares debemos situarlos dentro de esa primera fase.

*b) Distinción entre los tratos preliminares y el precontrato.*

Los tratos preliminares (*Vorverhandlungen, trattative*, según las denominaciones germánica e italiana) consisten en conversaciones, negociaciones, fijación de puntos de vista, remoción de obstáculos, etc., con el fin de debatir, discutir, elaborar el contrato. Constituyen la materia prima para

---

<sup>482</sup> *Fundamentos...*, cit., págs. 267 y ss.

la elaboración del contrato, en la que falta una visión integral y definitiva de la relación jurídica contractual que se debate<sup>483</sup>.

Estos tratos en muchas ocasiones consistiran simplemente en conversaciones o negociaciones orales, pero pueden constar también por escrito, aunque luego el contrato se realice de forma oral. Lo que es necesario dejar claro es que son un procedimiento típico de formación de un contrato (es decir, tienden a la realización de un contrato futuro), pero no constituyen propiamente un negocio jurídico, un contrato.

Por su parte, el precontrato, independientemente de la postura que respecto a él adoptemos, da la idea de ser un contrato por el que las partes se comprometen a la celebración de otro posterior. En cierto sentido, también el precontrato “prepara<sup>484</sup>” o constituye la materia prima de otro contrato posterior y, de ahí su similitud con los tratos preliminares.

Sin embargo, si tenemos en cuenta que no se puede hablar de contrato hasta que existe consentimiento (arts. 1.254, 1.258, 1.261 y 1.262 CC), es decir, conjunción de voluntades en obligarse, las similitudes entre ambas figuras se desvanecen. El precontrato es un verdadero contrato porque las partes han consentido en obligarse a algo, mientras que en los tratos preliminares no hay consentimiento en obligarse, por lo que no hay vinculación de naturaleza contractual (contrato)<sup>485</sup>.

Por otro lado, aunque la jurisprudencia no se manifiesta siempre en este sentido, como más adelante veremos, el precontrato para existir debe reunir,

---

<sup>483</sup> ALONSO PÉREZ, M., *La responsabilidad precontractual*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1971, vol. II, págs. 860-161.

<sup>484</sup> Cfr. MORO LEDESMA, *El precontrato...*, cit., págs. 245 y ss.

<sup>485</sup> Pero que no constituyan un contrato no significa que sean irrelevantes. Como ha puesto de manifiesto DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, cit., pág. 271) “por lo pronto, es clara su trascendencia en orden a la formación de la voluntad contractual y en orden a la interpretación del contrato”.

según entiende la mayoría de la doctrina, los elementos esenciales del contrato proyectado mientras que esto no ocurre, evidentemente, en los tratos preliminares.

De todas formas, esta distinción tan clara en la teoría, aparecerá, en muchas ocasiones, difuminada en la práctica, reduciéndose todo a una cuestión de interpretación de la voluntad contractual<sup>486</sup>. Pero, además, dicha interpretación será independiente de los términos utilizados por las partes; es decir, si las partes utilizaron, por ejemplo, el término compromiso de intenciones, pero de la interpretación de su voluntad se deduce que lo que quisieron realmente fue obligarse, la figura con la que nos encontraremos será la de un precontrato y no simplemente tratos preliminares<sup>487</sup>. En este sentido es clara la STS de 4 de julio de 1991 [RA 5325]: “es sabido por conocida

---

<sup>486</sup> En este sentido, concluye ROMÁN GARCÍA (*El precontrato...*, cit., pág. 376) que “no existe una línea clara de separación, a nivel teórico, entre lo que denominamos genéricamente tratos preparatorios del contrato y lo que conocemos bajo la categoría jurídica de precontrato; sino que más bien las situaciones reales que puedan aparecer en la práctica sólo nos parecen susceptibles de ser calificadas exactamente atendiendo al grado de vinculación concreto, si se ha producido, en cada caso determinado. Por lo que otra vez se pone de relieve que los problemas de calificación jurídica se reconducen en estos supuestos a los resultados de la resolución de los problemas de interpretación de la intención de las partes”. De todas formas, a pie de página (nº. 46) matiza que “esta conclusión puede ser tachada de incorrecta, pero es que huyendo de un planteamiento resolutorio generalizador y más concreto, que nos ha parecido muy arriesgado en el tratamiento de esta cuestión, hemos llegado a ella por considerarla la más coherente con el enfoque conjunto realizado en este trabajo”.

<sup>487</sup> Cfr. MONTÓN REDONDO, *La eficacia de la promesa de venta...*, cit., pág. 915 y 919. En este sentido también la STS de 7 de febrero de 1966 [RA 793]: deben examinarse cuantos elementos se someten a juicio “no pudiéndose detener en el simple estudio de los términos literales del contrato en que se contengan, y buscando cual fue la verdadera intención de los contratantes”. Recoge, sin embargo, el autor (págs. 920-921) algunas resoluciones (SSTS de 16 de octubre de 1965 y de 26 de octubre de 1984) en las que se afirma todo lo contrario, es decir, que los “propios términos de un pacto al que se considera precontractual pueden ser suficientes para calificarlo así”.

jurisprudencia que los contratos no son lo que las partes contratantes hayan denominado, sino lo que efectivamente resulte de su contenido<sup>488</sup>”.

*c) La responsabilidad “pre-contractual” y la responsabilidad derivada del incumplimiento de un precontrato.*

Como hemos dicho, es importante tener claro cuándo estamos simplemente ante unos tratos preliminares y cuándo ante un precontrato, porque las consecuencias que genera el incumplimiento en uno y otro casos son muy distintas.

#### 1. LA RESPONSABILIDAD “PRE-CONTRACTUAL”.

En principio pudiera pensarse que el incumplimiento de los tratos preliminares no genera responsabilidad alguna, puesto que durante ellos rige el principio de libertad y, además, no existe propiamente vinculación jurídica entre las partes. Las negociaciones pueden legítimamente terminar o con la conclusión del contrato negociado o con la ruptura de las mismas.

Sin embargo, las partes, por el hecho de relacionarse entre sí, asumen determinados deberes, derivados de la necesidad de actuar con lealtad y buena fe<sup>489</sup>. De ahí que, cuando se causa un daño injusto<sup>490</sup> en los tratos preliminares,

---

<sup>488</sup> El precontrato puede presentar problemas de deslinde con otras muchas figuras que no vamos a analizar, por entender que excede de lo que es propiamente nuestro objeto de trabajo. En todo caso, puede verse MORO LEDESMA, *El precontrato...*, cit., págs. 245 y ss; ALGUER, *Ensayos varios...*, cit., págs. 116 y ss y *Para la crítica del concepto...*, cit., págs. 372 y ss; ROCA SASTRE, *Contrato de promesa*, cit., págs. 344 y ss; ROMÁN GARCÍA, *El precontrato...*, cit., págs. 357 y ss.

<sup>489</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 271. Señala ALONSO PÉREZ (*La responsabilidad precontractual*, cit., pág. 889-890) que “la buena fe precontractual significa comportamiento leal en las relaciones sociales, causa justificativa de la confianza y, al mismo

defraudando intencionadamente la confianza depositada, se pueda deducir responsabilidad<sup>491</sup>, responsabilidad que se concreta en la indemnización de los daños y perjuicios que se hayan producido, pero no en el deber de cumplir específicamente lo que fue objeto de las negociaciones.

Pero ¿qué daños y perjuicios deben indemnizarse? IHERING distinguió entre interés positivo e interés negativo. El interés positivo se concreta en el interés en el cumplimiento y comprende todas las ventajas patrimoniales que se producirían si el contrato se realizara; mientras que el interés negativo se refiere al daño que se experimenta por haber confiado en la validez de los tratos y que se concreta en los gastos realizados a la vista del contrato proyectado.

---

tiempo, exigencia imprescindible en la conducta preparatoria del negocio. Las partes tienen la obligación de comportarse según la buena fe en el sentido de que a ellas incumbe la carga de una lealtad recíproca de conducta socialmente valorable y exigible... Más la buena fe *in contrahendo*, como elemento de la relación precontractual, no sólo queda vulnerada con el propósito de dañar o conducta dolosa. Cualquier forma de deslealtad en el comportamiento precontractual que suponga violación *consciente* de las legítimas expectativas de las partes, se opondría a la buena fe exigida en la etapa preliminar. No se opondría, en cambio, la mera negligencia o culpa simple, sin cualificar por una actuación intencionada”.

<sup>490</sup> DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, cit., págs. 276 y ss.) agrupa los supuestos de responsabilidad precontractual en las siguientes hipótesis: a) Se concierta un contrato nulo, pero una de las partes era concedora del obstáculo que se oponía a la validez y lo había ocultado a la otra parte faltando al deber de prestar información. b) Cuando se alcanza entre las partes un acuerdo verbal, que por imperio de la ley, de la voluntad de las propias partes o de los usos debe quedar documentado, cuando antes de la suscripción del documento una de las partes desiste del contrato sin justa causa. c) Negociaciones iniciadas de mala fe, sin propósito leal de concluir el contrato en ningún momento, sino buscando un beneficio propio o de un tercero, al tratar de desviar a la otra parte de otras posibles negociaciones. d) Daños personales o accidentes sufridos en el momento de los tratos. Estos supuestos en nuestro derecho se integran dentro de la responsabilidad aquiliana.

<sup>491</sup> Los estudios acerca de la responsabilidad precontractual arrancan de IHERING. El autor admite la posibilidad de existencia de responsabilidad precontractual, o según su terminología “culpa *in contrahendo*”, partiendo del estudio de los textos romanos. La culpa *in contrahendo* a la que se refería IHERING era la derivada de la nulidad del contrato, principalmente por venta de una *res extra commercium*. Para un estudio más detenido de este punto, del fundamento y de la naturaleza (contractual o extracontractual) de esta responsabilidad, puede verse, entre otros, ASÚA, Cl., *La culpa in contrahendo*, Bilbao, 1989; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., págs. 270 y ss y ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., págs. 859 y ss.



Es opinión común que los daños y perjuicios indemnizables son simplemente los derivados del interés negativo y no los producidos como consecuencia del interés positivo<sup>492</sup>. En todo caso, ponemos de manifiesto la dificultad que generará fijar la extensión objetiva del resarcimiento.

## 2. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE UN PRECONTRATO.

Aunque este punto será analizado más adelante con detenimiento, estudiando las diversas posturas doctrinales, jurisprudenciales y la solución adoptada por la nueva LEC (art. 708), estimamos oportuno adelantar ahora, si bien sucintamente, qué responsabilidad deriva del incumplimiento de un precontrato, para, de esta forma, ver el contraste con la responsabilidad derivada de los tratos preliminares.

Debemos distinguir tres supuestos (art. 708 LEC):

1. Si en el precontrato se hubiesen determinado los elementos esenciales y los no esenciales del negocio, condenado el deudor a la emisión de una declaración de voluntad (¿qué declaración?) e incumplida la condena, el tribunal, por medio de auto, tendrá por emitida dicha declaración. Entonces el ejecutante podrá pedir que se libere mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros correspondientes. Es decir, se conseguirán los efectos del contrato definitivo, lo que, a fin de cuentas, supone que se está optando por la ejecución en forma específica y no por la simple indemnización.

2. Si en el precontrato se hubiesen determinado los elementos esenciales pero no todos los no esenciales, el tribunal, mediante auto, los determinará conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico. En este

---

<sup>492</sup> Cfr. ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., págs. 905-906. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., págs. 279-280.

supuesto, se opta también por que el acreedor reciba lo mismo que le era debido y no sólo el equivalente pecuniario.

3. El tercer y último supuesto se refiere a aquél en el que el precontrato no ha fijado todos los elementos esenciales del negocio o contrato. En este caso, ante el incumplimiento del condenado no cabrá otra solución que la indemnización de los daños y perjuicios producidos, porque la obligación de concretar el contenido del contrato tiene naturaleza infungible y, por tanto, no puede ser realizada por otra persona diferente al obligado, ni siquiera por el juez.

En conclusión, la ruptura de los tratos preliminares sin justa causa puede generar únicamente la obligación de indemnizar los daños y perjuicios producidos. En cambio, el incumplimiento del precontrato, si se fijaron en éste los elementos esenciales del contrato proyectado, se traduce en sede de ejecución en la obligación de cumplimiento específico. Únicamente si no se determinaron todos los elementos esenciales, no será posible la ejecución en forma específica, traduciéndose el incumplimiento en indemnización de daños y perjuicios.

Pero, si no se fijaron los elementos esenciales del contrato proyectado ¿habrá verdaderamente precontrato o simplemente tratos preliminares? Faltando algún elemento esencial no se puede hablar, con rigor, de precontrato sino que nos encontramos simplemente ante unos tratos preliminares.

C) *Configuración jurídica del precontrato.*

a) *Aproximación a la eficacia del pacto precontractual.*

A pesar de que nuestro Ordenamiento no nos define el precontrato, éste, en líneas generales o en una primera aproximación, es una categoría que comprende la promesa por la que el promitente se obliga a celebrar un contrato en tiempo futuro<sup>493</sup>.

Cuál sea la naturaleza de este contrato no es ni mucho menos una cuestión pacífica y sin sentido<sup>494</sup>. La naturaleza que otorguemos a esta figura determina en gran medida las posibilidades de su ejecución en forma específica en caso de incumplimiento por el deudor.

Las posturas en cuanto a la eficacia del pacto precontractual las podemos agrupar en dos grandes bloques:

1. Conforme a la primera postura, a lo que obliga el precontrato, es decir, el objeto de la obligación que surge del precontrato, es un *contrahere* o, lo que es lo mismo, un hacer. Hacer que se concreta en la necesidad de prestar el consentimiento necesario para dar vida, para crear, un contrato futuro. Ante el incumplimiento voluntario del deudor la sentencia contendrá la condena a la emisión de una declaración de voluntad, de aquella declaración de voluntad necesaria para dar vida al contrato futuro proyectado.

---

<sup>493</sup> Cfr. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil, II Derecho de obligaciones, vol. 3º Contratos y cuasicontratos*, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 29.

<sup>494</sup> Se ha llegado incluso a negar la existencia y el sentido de esta figura. Esta postura, como veremos, es defendida en nuestra doctrina por ALGUER, *Para la crítica del concepto...*, cit., págs. 321 y ss. El autor recoge una cita muy significativa de Schlossmann (pág. 322) que, creemos, merece la pena reproducir: "Nadie ha visto aún un precontrato como objeto vivo ante sus ojos, sino que aquél es definido y desenvuelto, al modo de esos navegantes que de vez

Llegados a este punto la discusión se centraba en determinar si la emisión de una declaración de voluntad es un acto personalísimo o, en cambio, tiene carácter fungible. Si entendemos que es un acto personalísimo, con la legislación anterior (LEC de 1881) el acto no sería coercible (sólo puede consentir la persona obligada a ello), y ante su incumplimiento por el deudor sólo cabría obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios producidos (no la ejecución *in natura*), puesto que *nemo praecise ad factum cogi potest*.

Esta tendencia, recogida por los autores más antiguos, ha sido duramente criticada en el sentido de que éste es un criterio negativo “pues no admite el juego propio del precontrato, ya que el precontrato ve frustrada su finalidad o utilidad específica, o sea, la conclusión del contrato definitivo. Se le acusa de dar lugar al absurdo de montar toda la construcción de un precontrato para, en la ocasión más interesante, dejarlo reducido a una simple indemnización de perjuicios<sup>495</sup>”.

Si, en cambio, se considera que la emisión de una declaración de voluntad es un acto fungible o no personalísimo (o mejor dicho, infungible naturalmente pero fungible jurídicamente<sup>496</sup>), el incumplimiento por el deudor no desembocará necesariamente en la indemnización de daños y perjuicios porque, al poder ser realizada dicha declaración por persona distinta del deudor (por el juez), podrá darse vida al contrato proyectado, es decir, podrá obtenerse la ejecución en forma específica de la condena.

---

en vez hacen animadas descripciones de la gran serpiente marina, sin jamás haber logrado tener una al alcance de su vista”.

<sup>495</sup> ROCA SASTRE, *Contrato de promesa*, cit., págs. 330-331. En el mismo sentido, DE CASTRO, *La promesa de contrato...*, cit., págs. 1.138-1.139.

<sup>496</sup> Como vimos (véase el apartado C), del Epígrafe II, de la Sección I de este mismo Capítulo) una conducta es fungible jurídicamente cuando ante el incumplimiento del deudor, su actividad puede ser sustituida por una actividad del juez. Por su parte, la fungibilidad natural hace

2. Según la segunda postura, a lo que se obligan las partes con el precontrato no es a emitir una nueva declaración de voluntad, porque el consentimiento (la declaración de voluntad) ha sido ya suficientemente prestado, sino a cumplir en el futuro el contrato proyectado, es decir, a realizar la actividad necesaria para dejar concluso el contrato proyectado.

Por tanto, la sentencia recaída en el proceso no condenará a la emisión de una declaración de voluntad, sino directamente al cumplimiento del contrato. Planteada la cuestión en estos términos es inútil preguntarse sobre el carácter fungible o infungible de la declaración de voluntad, porque, como hemos dicho, no es necesaria una nueva declaración de voluntad. Consecuencia de esta postura es que será posible obtener el cumplimiento específico de la obligación, siempre que en el precontrato se contuvieran los elementos esenciales del contrato proyectado. Únicamente se recurrirá en estos casos al resarcimiento de daños y perjuicios cuando, según la teoría general sobre el cumplimiento forzoso, sea imposible la ejecución en forma específica.

Partiendo de estos dos grandes posicionamientos analizamos seguidamente las distintas posturas mantenidas por la doctrina y por la jurisprudencia a lo largo de los años.

---

referencia a la posibilidad de que la conducta del deudor pueda ser realizada por otro individuo

*b) Posiciones doctrinales respecto al precontrato.*

1. EL PRECONTRATO COMO CONTRATO QUE OBLIGA A LA CELEBRACIÓN DE OTRO POSTERIOR A TRAVÉS DE LA EMISIÓN DE UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD.

Esta tesis es defendida en nuestra doctrina por MORO LEDESMA quien conceptua<sup>497</sup> el precontrato como el “contrato que obliga a emitir una declaración de voluntad a una persona, que juntamente con la declaración que emita la otra parte integrarán los elementos del contrato obligacional principal que se proyecta”. Por tanto, para el autor el precontrato es un verdadero contrato, que obliga a un *contrahere* y cuya diferencia con otros contratos está en su peculiar objeto<sup>498</sup>.

El precontrato es un negocio de seguridad o garantía frente al contrato principal, por lo que no se requiere que se establezcan en él todos los puntos del contrato principal, sino sólo aquellos que le permitan cumplir su fin, que es garantizar la celebración del contrato futuro<sup>499</sup>. En consecuencia, el precontrato aparece como un negocio jurídico incompleto, sin terminar, aunque no por ello imperfecto.

En cuanto a los requisitos<sup>500</sup> para la válida celebración del precontrato entiende, en primer lugar, que la capacidad necesaria es la general para obligarse y no la específica requerida para celebrar el contrato proyectado. Por otro lado, el precontrato deberá recoger los elementos esenciales del contrato

---

que carece de *imperium* y sin penetrar en la esfera jurídica del ejecutado.

<sup>497</sup> MORO LEDESMA, *El precontrato...*, cit., pág. 85.

<sup>498</sup> MORO LEDESMA, op. cit., pág. 90.

<sup>499</sup> MORO LEDESMA, op. cit., pág. 93.

<sup>500</sup> MORO LEDESMA, op.cit., págs. 561 y ss.

futuro y contener el plazo dentro del cual debe celebrarse el contrato futuro. Y concluye<sup>501</sup>:

I- El precontrato es un contrato que asegura la celebración de otro posterior. Su función se cumple obligando a las partes a la celebración de un contrato futuro que de momento no quiere o no puede celebrarse.

II- La esencia del precontrato se pone de relieve en que engendra una acción dirigida a un *contrahere*. No se encamina a obtener una prestación real determinada, sino a lograr la más exacta cooperación para la conclusión de un contrato obligacional futuro.

III- El precontrato ha de determinar suficientemente la clase y el contenido del contrato principal que se proyecta, expresando sus puntos objetivamente esenciales. Es un contrato independiente, que constituirá a veces un estadio extraordinario en la formación del contrato. Produce efectos de carácter personal y ha de expresar el plazo en que deberá concluirse el contrato principal.

IV- Careciendo en nuestro derecho positivo de una reglamentación propia, nos parece que podría regularse en la necesaria reforma que se hará del Código civil.

## 2. INEXISTENCIA PRÁCTICA DEL PRECONTRATO.

La construcción de esta teoría en nuestra doctrina se debe a ALGUER quien ya al principio de su trabajo *Para la crítica del concepto de precontrato*<sup>502</sup> nos adelanta su postura: “Esta es la paradoja del peregrino concepto de precontrato: converge su posibilidad jurídica (al parecer indudable) con su falta

---

<sup>501</sup> MORO LEDESMA, op. cit, págs. 659-660.

<sup>502</sup> Op. cit., pág. 325.

de necesidad. Porque el precontrato requiere, para su posibilidad, según la doctrina dominante, como tendremos ocasión de ver, el principio de libertad de contratación, y este mismo principio lo hace innecesario, pues todos los fines que el precontrato se propone lograr se consiguen con ventaja mediante el contrato principal configurado según la intención que, en cada caso concreto, guíe a los contratantes”.

La obligación derivada del precontrato es un hacer, un *contrahere*: la obligación de emitir una declaración de voluntad. En el precontrato no se trata de obligarse a querer, sino de obligarse a declarar. Pero ahora viene la contradicción: en la obligación el acto debe o tiene que hacerse; en la declaración de voluntad, el acto se hace libremente. Entonces, la pretendida obligación de concluir un cierto negocio jurídico ¿no destruirá acaso la idea más íntima y profunda de éste<sup>503</sup>?

Por otro lado, de la exposición que realiza ALGUER<sup>504</sup> se deduce que considera que el precontrato debe reunir los elementos esenciales del contrato programado.

Añade<sup>505</sup> que “tan pronto como se investiga en serio la causa del precontrato, los resultados llevan a su identificación con el contrato principal. Si la causa de aquél está en éste, y todo contrato ha de tener una causa, no hay más contrato que el contrato principal”.

La conclusión<sup>506</sup> a la que llega es que “dos doctrinas fundamentales disputan acerca de la orientación de la voluntad en el negocio jurídico: la que afirma que aquella tiende a un efecto práctico, a un efecto económico, empíricamente concebido, y la que enseña que la voluntad se propone un efecto

---

<sup>503</sup> ALGUER, op. cit., págs. 421 y ss.

<sup>504</sup> ALGUER, op. cit., págs. 429 y ss.

<sup>505</sup> ALGUER, op. cit., pág. 429.



jurídico. Ante la primera, el precontrato, figura creada por juristas educados en la concepción abstractas habrá de transformarse en las distintas modalidades antes indicadas, que responden plenamente a las finalidades práctico-económicas de los contratantes. Ante la segunda, la consecuencia jurídica del precontrato, o sea el contrato ulterior, debe ser juzgada con todo rigor jurídico, como lo hemos hecho al demostrar la inescindibilidad del contrato y de sus efectos y, por ende, la identidad del llamado precontrato con el llamado contrato principal”.

En resumen<sup>507</sup>, no es necesaria la figura del precontrato porque:

-Si las partes lo que desean es aplazar los efectos del contrato para una fecha futura, cierta o incierta, existirá, pura y simplemente, un contrato a término (art. 1.125 CC) y no un precontrato.

-Si las partes hacen depender los efectos del contrato de la voluntad de una de ellas, estaremos ante un contrato bajo condición *si volet* o derecho de opción, no ante un precontrato.

-Por último, si lo que las partes quisieron es obligarse a un *contrahere* incoercible, el precontrato se corrige dogmáticamente en un contrato principal con cláusula penitenciaría.

### 3. EL PRECONTRATO COMO LEY DE BASES DEL CONTRATO PROYECTADO.

Esta postura es la mantenida por ROCA SASTRE. El autor define<sup>508</sup> el precontrato como “un contrato preparatorio, consensual, bilateral y atípico o general, en virtud del cual las partes sientan las líneas básicas de un contrato

---

<sup>506</sup> ALGUER, op. cit., págs. 14-15.

<sup>507</sup> Cfr. ALGUER, op. cit., pág. 14.

<sup>508</sup> ROCA SASTRE, *Contrato de promesa*, cit., pág. 324.

específico y contraen la obligación de desenvolverlas o desarrollarlas en el futuro, a fin de que aquel último quede en definitiva completo y concluso”.

En el precontrato se convienen unas bases<sup>509</sup> contractuales, dejando para más tarde su complementación o desarrollo. Por tanto, cuando se produce el incumplimiento, lo que se va a exigir no es la emisión de una declaración de voluntad (de una voluntad contractual), pues ésta ya se emitió en el precontrato, sino la realización de la actividad necesaria para desarrollar el precontrato, y como esta actividad es fungible, si el condenado se niega a cumplir voluntariamente, el juez suplirá tal actividad.

En cuanto a los requisitos que debe reunir el precontrato, dice<sup>510</sup> que para otorgarlo las partes deben tener la misma capacidad que se requiera para concluir el contrato principal, no bastando con poseer capacidad general para contratar. Sería absurdo que mediante precontrato pudiera obligarse una persona a algo que no puede hacer por vía de contrato principal. Por otro lado, el precontrato debe reunir los requisitos esenciales (las bases) del contrato principal; y, por lo general, debe establecerse el plazo para el cumplimiento del contrato proyectado. En el supuesto de que no se hubiera fijado plazo, podrá fijarlo el juez conforme a lo establecido en el artículo 1.128 CC<sup>511</sup>.

---

<sup>509</sup> Según palabras de ROCA SASTRE (op. cit., pág. 331) “cabe establecer aquí un símil con una ley de bases que necesita otra ley que la desarrolle o desenvuelva, y que será la ley completa o definitiva. En el precontrato se contienen las bases o líneas fundamentales de un contrato futuro; en él se halla condensada, como en una ley de bases, la sustancia nuclear de un contrato a completar. En el precontrato existe todo el contrato principal o definitivo, pero sólo en germen, en síntesis, en sus directrices o elementos básicos”.

<sup>510</sup> ROCA SASTRE, op. cit., pág. 346.

<sup>511</sup> Esta postura no pasó desapercibida en la jurisprudencia. Por ejemplo, la STS de 5 de octubre de 1961 [RA 3284] considera: “El precontrato o promesa de contrato, no cabe duda

4. EL PRECONTRATO COMO FASE PREPARATORIA DE UN *ITER* NEGOCIAL.

La última de las posturas acerca del precontrato y de su eficacia es la mantenida en nuestra doctrina por DE CASTRO Y BRAVO, quien considera que mediante este contrato las partes lo que quieren es quedar obligados contractualmente respecto a lo proyectado, no a tener un nuevo querer o a emitir una nueva declaración de voluntad. Es innecesario hacer un nuevo contrato cuando ya ha sido convenido el quedar obligado por el contrato proyectado. Hablar de una obligación de contratar es práctica y jurídicamente inexacto<sup>512</sup>.

El precontrato es sólo una etapa preparatoria de un *iter* negocial. En la relación jurídica distinguimos dos momentos: 1. Promesa de contrato, en la que se conviene el contrato proyectado y se crea la facultad de exigirlo. Este contrato es una figura independiente que tiene una causa propia. 2. La exigencia de cumplimiento de la promesa, que origina la vigencia del contrato que fue proyectado<sup>513</sup>.

En cuanto a los requisitos, en primer lugar, las partes deben tener la capacidad necesaria para obligarse por el contrato proyectado, no siendo suficiente con poseer la capacidad general para contratar. Y explica la necesidad de capacidad especial con el siguiente ejemplo: “si el precontrato es válido, un menor emancipado, por ejemplo, que promete vender una finca sin consentimiento de su padre, madre o tutor, al llegar a su mayoría quedaría

---

que origina una obligación para las partes contratantes, la de desenvolver o complementar las bases sentadas en el precontrato, desarrollando la actividad precisa para ello...”.

<sup>512</sup> DE CASTRO, *La promesa de contrato...*, cit., págs. 1.168-1.169.

<sup>513</sup> DE CASTRO, op. cit., pág. 1.169. También la jurisprudencia ha recogido esta postura. Véase, por ejemplo, STS de 29 de julio de 1996 [RJ 1996/6408].

obligado a vender... De este modo, se permitiría eludir todas las disposiciones sobre capacidad especial y prohibiciones de disponer”<sup>514</sup>.

En segundo lugar es necesario que se hayan establecido todos los requisitos necesarios para la eficacia o validez del contrato. Por ejemplo, en el supuesto de promesa de venta, es necesario que se determine o sea determinable (arts. 1.273, 1.447 y 1.448 CC) el precio y la cosa. Lo que no es necesario es fijar aquellos extremos que, a falta de convenio, son regulados por el Derecho dispositivo.

En tercer lugar, es necesario que se preste el consentimiento sobre el objeto y sobre la causa del precontrato. Respecto a la forma, sólo será necesario que el precontrato tenga la forma del contrato proyectado, cuando esta forma sea requerida como esencial, en los demás supuestos el precontrato no requerirá formalidad especial.

Por último, no es necesaria la designación del plazo durante el cual se puede hacer valer la promesa pero, como la naturaleza de la promesa implica siempre la existencia de un plazo, éste podrá deducirse de la interpretación de la voluntad de las partes o, en su caso, será fijado por el Tribunal (art. 1.128 CC)<sup>515</sup>.

De acuerdo con esta postura se manifiesta DÍEZ-PICAZO que entiende que “la formación de un contrato puede, en ocasiones, producirse mediante un *iter* comercial complejo, de formación sucesiva, que se inicia con la celebración de un contrato preliminar o preparatorio, al que se denomina también precontrato o promesa de contrato y al cual sucede en un momento posterior el contrato definitivo”<sup>516</sup>.

---

<sup>514</sup> DE CASTRO, op. cit., pág. 1.173, nota al pie n.º. 144.

<sup>515</sup> DE CASTRO, op. cit., págs. 1.174 y ss.

<sup>516</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 304.

Sin embargo, dice, el diverso alcance que la vinculación tiene en una y otra fase permite considerar a la promesa de contrato como una figura independiente y, en consecuencia, en esta etapa previa todavía no pesan sobre las partes los deberes ni le son concedidos los derechos que constituyen el contenido típico de la relación obligatoria en su fase definitiva. Esto tiene gran repercusión principalmente en las vicisitudes por las que puede atravesar la relación<sup>517</sup>.

De parcial o incompleta califica PUIG BRUTAU la postura de De Castro porque, dice, reduce el concepto de promesa de contrato al vínculo convencional que permite a una o a las dos partes decidir acerca de la efectiva puesta en vigor del contrato ya contemplado en todos sus detalles. Olvida, en cambio, la otra situación en la que las partes han dejado para el futuro no sólo la obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la completa y total determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato, en cuyo caso el incumplimiento no puede conducir más que a la indemnización de los daños y perjuicios que se hayan producido<sup>518</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN.

El precontrato se nos presenta como una figura sumamente controvertida. Ante la profusión de posturas nada cabe innovar; a estas alturas lo más

---

<sup>517</sup> Por ejemplo (DÍEZ-PICAZO, op. cit., pág. 311) “la pérdida o destrucción de la cosa en la fase de compraventa, no hace aplicable el artículo 1.452 CC, ni por consiguiente la regla *periculum est emptori*”.

<sup>518</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, II, vol. 2º, cit., pág. 13. A nosotros nos surge la duda de si este segundo supuesto al que se refiere Puig Brutau, y que, como veremos al analizar la jurisprudencia también ha sido recogido por ella, no es calificable de tratos preliminares en vez de constituir un verdadero precontrato. Se nos hace muy difícil entender la posibilidad de existencia de un precontrato en el que han quedado totalmente indeterminados los elementos y circunstancias esenciales del contrato proyectado.

conveniente es que cada uno se suscriba a aquella que le parezca más convincente en cuanto a su configuración y a sus efectos. Y eso es lo que hemos hecho.

No podemos compartir aquellas posturas que entienden que el precontrato obliga a un hacer (a un *contrahere*), a prestar una nueva declaración de voluntad con el fin de concluir un contrato posterior. No creemos que cuando las partes se obligan lo que quieran realmente sea tener que prestar una nueva declaración de voluntad. Creemos, en cambio, que la declaración de voluntad ya fue suficientemente prestada; no olvidemos que si no hay consentimiento (declaración de voluntad) no hay contrato. Si entendemos que existe un contrato (el precontrato) debe haber habido consentimiento (declaración de voluntad) de las partes. Por otro lado, los efectos que esta posición produce (sobre todo, cuando se entiende que esa declaración de voluntad es infungible) son realmente insatisfactorios.

Tampoco nos parece convincente identificar el precontrato con el contrato principal y asegurar que aquella figura es inútil porque los efectos que la misma produce pueden conseguirse recurriendo a otras figuras jurídicas. Entendemos, en cambio, que el precontrato es una figura muy útil para las partes; éstas, por los motivos que sean (imposibilidad material o física de otorgar en ese momento el contrato programado para evitar impuestos, porque la ley prohíbe ahora determinadas operaciones que se preven lícitas en el futuro, porque el precio infringiría la tasa oficial que está a punto de desaparecer<sup>519</sup>...) desean ahora quedar vinculadas pero quieren que los efectos del contrato se produzcan más tarde.

---

<sup>519</sup> Cfr. LACRUZ BERDEJO, *Elementos....*, cit., pág. 30.

El precontrato ha cumplido siempre una importante función económica<sup>520</sup> y social<sup>521</sup> y, por tanto, no puede considerarse un rodeo inútil<sup>522</sup>. El Derecho ha de dar respuesta a las necesidades de la contratación. Si las partes desean vincularse inmediatamente, pero no desean todavía los efectos del contrato programado, el legislador debe suministrar una figura que llene esta necesidad. Dicha figura no es otra que el precontrato<sup>523</sup>.

Tampoco creemos que el precontrato sea la ley de bases del contrato proyectado. Esta postura ha sido criticada por DE CASTRO<sup>524</sup> porque entiende que según la postura de Roca Sastre no serían precontratos aquellos en los que el contrato proyectado aparece totalmente desarrollado y no necesita, por tanto, de otra cooperación que la de que una de las partes pida su cumplimiento y la otra no obstaculice o sufra este cumplimiento. Además, si existió precontrato porque se pactaron los requisitos esenciales, el desarrollo mediante nuevos acuerdos, etc, supondrá la novación de la relación proyectada en el precontrato.

---

<sup>520</sup> Según la STS de 30 de enero de 1998 [RJ 1998/353], relativa a la existencia de un precontrato de seguro de caución, “la actual figura de precontrato surge *en razón de las actuales necesidades financieras* que han dado carta de naturaleza a unas formas de garantías contractuales y que según las cuales –concreta la doctrina científica moderna- el asegurador garantiza al asegurado el cumplimiento de determinadas obligaciones contractuales que con él ha asumido una tercera persona que es el tomador del seguro”.

<sup>521</sup> Considera la STS de 7 de febrero de 1966 [RA 793] que el precontrato está “encaminado a *obtener una mayor seguridad* en cuanto al contrato futuro que utilizan las partes *para disminuir la posibilidad de engaños y fraudes* y sobre todo *para aplazar a un tiempo más remoto*, e incluso tal vez oportuno, la conclusión del contrato definitivo...”.

<sup>522</sup> A pesar de afirmar la utilidad del precontrato DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, cit., págs. 307-308) señala que “padecemos en la práctica jurídica una hipertrofia de precontratos. Se produce con frecuencia un recurso a la figura del precontrato sin que tal apelación sea en absoluto necesaria. Así, por ejemplo, cuando el otorgamiento de una escritura pública, que no es necesaria como requisito de la existencia del contrato, tiene que diferirse, es frecuente asignar al documento privado o al acuerdo verbal el carácter de precontrato, sin que ello sea en absoluto necesario, pues en tales casos existe ya un contrato definitivo”.

<sup>523</sup> ROCA SASTRE, *Contrato de promesa*, cit., pág. 328.

<sup>524</sup> *La promesa de contrato...*, cit., págs. 1.144-1.146.

Añade a modo de crítica DÍEZ-PICAZO<sup>525</sup> “la imposibilidad de definir suficientemente las llamadas ‘bases fundamentales’ y de definir igualmente de modo satisfactorio la colaboración o cooperación que las partes comprometen”.

Endendemos, para concluir, que la característica esencial del precontrato es la dilación temporal en el cumplimiento. Por otro lado, lo que las partes pretenden es quedar obligadas respecto de lo proyectado, sin necesidad de emitir una nueva declaración de voluntad. Es decir, el precontrato obliga a tener que cumplir lo pactado. El precontrato, que es un verdadero contrato, constituye una etapa de un *iter* negocial complejo y, por tanto, es necesario para realizar un precontrato que las partes posean la capacidad requerida para obligarse por el contrato proyectado y que, asimismo, en aquél se establezcan los requisitos esenciales de éste.

*c) Los elementos esenciales y accidentales del precontrato.*

1. SU NECESIDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA.

Como hemos dicho, en el precontrato deben contenerse los elementos esenciales del contrato programado<sup>526</sup> pudiendo dejarse para un momento

---

<sup>525</sup> *Fundamentos...*, cit., pág. 310.

<sup>526</sup> Cfr. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pág. 31. No lo entiende así, por ejemplo, PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, II, vo. 2<sup>o</sup>, cit., pág. 13). Para el autor “en realidad, la promesa de contrato es una figura de la que se habla con referencia a dos situaciones diferentes y que deberían estar claramente distinguidas. En un caso se deja totalmente configurado el contrato cuya perfección futura se contempla, para que una parte o las dos puedan declarar, dentro de cierto plazo, si efectivamente deciden que entre en vigor. Pero en la otra situación posible se trata .... de que las propias partes contratantes han dejado para el futuro no sólo la obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato...”. Como observamos, para PUIG BRUTAU, existen dos tipos de precontratos: 1. Aquel que reúne los elementos esenciales del contrato proyectado y 2. Aquel que no reúne los elementos esenciales.



posterior la determinación de los que sean meramente accidentales. Esta exigencia es muy importante ya que el precontrato debe representar la base de la solicitud de ejecución del contrato principal<sup>527</sup>.

La jurisprudencia, sin embargo, no es unánime a la hora de determinar la necesidad o no, para que exista precontrato, de que estén fijados todos los elementos esenciales del contrato proyectado. Entiende que es necesario que estén contenidos todos los elementos esenciales, por ejemplo, la STS de 3 de junio de 1998 [RJ 1998/3715]: la naturaleza jurídica del precontrato “exige que en él se halle prefigurada una relación jurídica, con sus elementos básicos, cuya efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de una de las partes o de ambas...”. En este supuesto concreto se discutía si había o no precontrato de Sociedad Anónima y como en el precontrato “no se encuentran los elementos que han de constar en la escritura de constitución de sociedad anónima exigidos expresamente... por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, por lo que faltan los elementos básicos del contrato proyectado por las partes, salvo que fuesen completados por nuevos acuerdos entre ellas, con lo cual nos salimos de la configuración general del precontrato...”. “En realidad, cuando los elementos básicos del contrato proyectado no están determinados en el llamado precontrato, se está dentro del ámbito de la formación progresiva del primero, que no existe jurídicamente mientras. En tal ámbito las partes son libres de llegar a acuerdos vinculantes para ellas, pero no para exigirse obviamente el cumplimiento de lo que todavía no existe, y pueden desistir de sus tratos...”.

En conclusión, según la resolución entiende que la falta de todos o algunos de los elementos esenciales del contrato proyectado determina que no

---

<sup>527</sup> ROMÁN GARCÍA, *El precontrato...*, cit., pág. 148. Nota al pie n.º. 41.

pueda existir precontrato, existiendo únicamente tratos preliminares entre las partes.

En cambio, considera que no es necesaria la concurrencia de todos los requisitos esenciales, por ejemplo, la STS de 4 de julio de 1991 [RA 5325]: “Lo esencial del precontrato es la indeterminación específica de los requisitos esenciales del convenio que los interesados quieren celebrar en definitiva”.

Otras resoluciones, parecen partir de la necesidad de fijar los elementos esenciales, pero ante la falta de alguno de ellos, en vez de afirmar que no hay precontrato, lo que dicen es que el precontrato existe pero no es ejecutable en forma específica. Por ejemplo, la STS de 5 de octubre de 1961 [RA 3284]<sup>528</sup> considera que “la insuficiencia de las bases fundamentales en el precontrato, o sea, la indeterminación del objeto de él, se presenta con fuerza bastante para impedir que se haya producido la vinculación de las partes sobre un objeto no determinado, ni determinable ya que, no se han especificado en el contrato, ni cuales habrían de ser los elementos comunes que se adquieren en copropiedad, ni cual es la cuota de participación con relación al total del valor del inmueble..., y ante esta falta de determinación, se comprende que aquel precontrato no puede tener pleno cumplimiento...”.

2. ¿CUALES SON LOS ELEMENTOS ESENCIALES Y CUALES LOS ACCIDENTALES DE UN CONTRATO?

Los elementos esenciales de un contrato son en general (art. 1.261 CC) el consentimiento, objeto cierto y causa obligacional. Estos requisitos varían según cual sea el contrato proyectado. En el precontrato de compraventa para que se entienda fijado el objeto deberá haberse determinado la cosa y el precio (art.

---

<sup>528</sup> Véase también la STS de 8 de julio de 1993 [RA 6328].

1.451 CC). Por ejemplo, la STS de 28 de diciembre de 1995 [RJ 1995/9402] considera como indeterminación del objeto el siguiente supuesto: “el objeto, Chalet nº. 28, no parece determinado, en cuanto que no hace más referencia que al número de la parcela, parcela que en fecha de la firma del contrato, el 2 de julio de 1986, no existía físicamente, la parcelación se aprobó por el Ayuntamiento dos meses después, ni se dieron bases para su determinación en un futuro, asimismo, existe una carencia total de datos sobre el chalet mismo, no se conoce ni la extensión superficial, ni si ha de ser de una o varias plantas, ni la memoria de calidades y demás datos sobre la futura construcción de la vivienda que se pretende comprar..., cuando se suscribió el precontrato de compraventa de chalet, éste no había comenzado a construirse y en el referido precontrato no se especifica ninguna clase de circunstancia que pueda determinar en un futuro su identidad”.

En el precontrato de constitución de una sociedad anónima es necesario que concurren los elementos exigidos por el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989<sup>529</sup> (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre).

---

<sup>529</sup> El artículo octavo del Texto Refundido dice que “en la escritura de constitución de la sociedad se expresarán:

a) Los nombres, apellidos y edad de los otorgantes, si éstos fueran personas físicas, o la denominación o razón social, si son personas jurídicas y, en ambos casos, la nacionalidad y el domicilio.

b) La voluntad de los otorgantes de fundar una sociedad anónima.

c) El metálico, los bienes o derechos que cada socio aporte o se obligue a aportar, indicando el título en que lo haga y el número de acciones atribuidas en pago.

d) La cuantía total, al menos aproximada, de los gastos de constitución, tanto de los ya satisfechos como de los meramente previstos hasta que aquélla quede constituida.

e) Los estatutos que han de regir el funcionamiento de la sociedad.

f) Los nombres, apellidos y edad de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social, si fueran personas jurídicas y, en ambos casos, su nacionalidad y domicilio, así como las mismas circunstancias, en su caso, de los auditores de cuentas de la sociedad”.

Los requisitos esenciales no es necesario que estén totalmente determinados, sino que basta con que sean determinables sin un nuevo acuerdo de voluntades<sup>530</sup>. Por ejemplo, en el supuesto analizado en la STS de 2 de febrero de 1959 [RA 2894] se alega por el recurrente la indeterminación del precio y la vulneración, en consecuencia, del artículo 1.451 en relación con el 1.447 del CC y las leyes segunda, párrafo primero del Título I, Libro 18 del Digesto y 15, título 38, libro 4º del Código de Justiniano, aplicable en Navarra. La Sala estima que “el precio había de fijarse por un dictamen fijado de acuerdo por peritos nombrados por las partes, por tanto, no puede decirse que se infringieron las normas que se mencionan”. La condición de que el precio sea cierto “no implica que se precise cuantitativamente en el momento de la celebración del contrato, sino que es lícito determinarlo después, siempre que no requiera un nuevo convenio, y aún cabe, con arreglo al artículo 1.447, dejarlo al arbitrio de persona determinada, aunque no al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.449 CC)”.

Los elementos distintos al consentimiento, objeto y causa son elementos accidentales. Por ejemplo, la cabida, situación exacta y linderos de los bienes distribuidos (STS de 8 de febrero de 1996 [RJ 1996/864]). La falta de algunos o todos de los elementos accidentales, no imposibilita ni la existencia de precontrato ni su ejecución en forma específica.

---

<sup>530</sup> Cfr. STS de 5 de octubre de 1961 [RA 32849]. Por su parte, entiende CARRERAS (*El embargo...*, cit., pág. 54, nota al pie nº. 80) que “deben entenderse pactados los elementos esenciales cuando exista posibilidad de determinación ulterior de estos elementos sin nuevo convenio y sin que quede subordinada al arbitrio de una sola de las partes, como en el caso de que se prometiera la venta de un fundo, de cabida indeterminada, a tanto la hectárea o medida de superficie”. En el mismo sentido se pronuncia SANTOS BRIZ (*Derecho Civil (teoría y práctica)*, IV. *Derecho de obligaciones (los contratos en particular)*, Madrid, 1977, pág. 26). El autor apoya su argumentación en el artículo 7 de la Ley de Arbitrajes de Derecho privado de 22 de diciembre de 1953, que dice “el contrato preliminar de arbitraje estará sujeto a los

d) *¿A qué relaciones obligatorias es aplicable el precontrato?*

¿Todos los contratos pueden ser preparados a través de un precontrato?

Para estudiar este punto la doctrina distingue entre contratos consensuales, formales y reales.

Por regla general se entiende que no cabe precontrato de contrato real y que, por ejemplo, el precontrato de préstamo realmente es un contrato consensual de préstamo. En cuanto al precontrato de contrato formal, parece que no hay inconveniente en admitirlo cuando la forma no es *ad solemnitatem*. Por último, la posibilidad de precontrato de contrato consensual no ofrece ninguna duda<sup>531</sup>.

No es posible el precontrato de donación. La promesa de donar no engendra ninguna obligación para el promitente. La especial causa liberal de este contrato genera que la promesa de donación o sea ya donación o no sea nada<sup>532</sup>.

Los supuestos más habituales de precontrato son los de promesa de compra y venta. Como ejemplo, pueden verse las siguientes resoluciones: SSTS de 2 de febrero de 1959 [RA 2894], 5 de octubre de 1961 [RA 3284], 7 de febrero de 1966 [RA 793], 25 de junio de 1993 [RA 5384], 8 de julio de 1993 [RA 6328], 29 de julio de 1996 [RJ 1996/6408], 26 de noviembre de 1997 [RJ 1997/8402].

---

requisitos generales que rigen en el Derecho privado de la contratación, sobre capacidad, objeto y forma”.

<sup>531</sup> Para un análisis más detenido, véase MORO LEDESMA, *El precontrato*, cit., págs. 401 y ss; ALGUER, *Para la crítica del concepto...*, cit., págs. 1 y ss; ROCA SASTRE, *Contrato de promesa...*, cit., págs. 335 y ss; DE CASTRO, *La promesa de contrato...*, cit., págs. 1.171-1.172; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, II, vol. 2º, cit., págs. 39 y ss; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., págs. 311 y ss.

<sup>532</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 313.

El precontrato de compraventa<sup>533</sup> está regulado en el artículo 1.451 CC que nos dice que *“la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato.*

*Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente libro”.*

Otros casos de precontrato que hemos encontrado en la jurisprudencia son los siguientes:

- SSTS de 2 de mayo de 1959 [RA 1987] y de 16 de octubre de 1965 [RA 4468]: precontrato de arrendamiento.

- STS de 4 de julio de 1991 [RA 5325]: precontrato de distribución de productos.

- SSTS de 3 de junio de 1998 [RJ 1998/3715] y de 24 de julio de 1998 [RJ 1998/6393]: precontrato de constitución de sociedad anónima. La primera de las resoluciones al final concluye que realmente no hay precontrato sino tratos preliminares y la segunda que realmente no hay precontrato sino contrato con condición suspensiva. Aunque en ambos casos no hay precontrato, las dos resoluciones dan por supuesto la posibilidad de precontrato de constitución de Sociedad Anónima.

- STS de 30 de enero de 1998 [RJ 1998/353]: precontrato de seguro de caución. Dice esta resolución: “por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro, de unas obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al segundo a título de

---

<sup>533</sup> Sobre el precontrato de compra y venta puede verse, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *El contrato de promesa de venta y el retracto convencional*, en “Estudios de Derecho Civil, obligaciones y contratos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, 2ª ed., págs. 181 y ss.

reconocimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato. Figura ésta del seguro de caución susceptible perfectamente de ser precedida por un contrato preliminar o precontrato”.

- STS de 11 de mayo de 1999 [RJ 1999/3104]: precontrato de permuta.

#### *D) Análisis jurisprudencial del precontrato.*

Al igual que la doctrina, tampoco la jurisprudencia ha seguido un único criterio en relación al precontrato. Lo que sí puede decirse es que ha habido una evolución jurisprudencial: desde las sentencias más antiguas que recogían la teoría clásica del precontrato, con la consecuencia de la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento, se ha desembocado en resoluciones más modernas que establecen la posibilidad de ejecutar el forma específica la obligación contenida en el precontrato.

Se ha señalado la STS de 1 de julio de 1950 [RA 1187] como el punto de inflexión<sup>534</sup> entre una y otra posturas. De todas formas no todas las resoluciones posteriores a la de 1 de julio de 1950 recogen la postura que podemos denominar más “moderna”, pues alguna de ellas sigue decantándose por la postura denominada clásica.

---

<sup>534</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *El contrato de promesa de venta...*, cit., págs. 184-185. Señala CALVILLO MARTÍNEZ, J. (*Promesa bilateral de comprar y vender: efectos que produce su incumplimiento. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1951, I, pág. 582) “la presente sentencia representa una importante desviación en el rumbo de la moderna doctrina jurisprudencial sobre la promesa bilateral de compraventa en dos de los aspectos fundamentales de este contrato: en el que afecta a la esencia misma de la convención y en el que se refiere a los efectos de ésta en el caso de incumplimiento de las obligaciones que forman su contenido”. Para CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., pág. 318) esta

a) *Resoluciones que recogen la postura clásica.*

Recogen la posición denominada clásica entre otras las SSTS de 10 de marzo de 1928, de 16 de abril de 1941 [RA 502], de 11 de noviembre de 1943 [RA 1170] y de 12 de junio de 1947 [RA 771].

Es significativa en su explicación la STS de 9 de julio de 1940 [RA 691] que entiende que “merece el calificativo de preliminar cuya función esencial consiste en ligar a las partes para la conclusión de un futuro contrato; pero que precisamente por ese carácter, ni tiene otro objeto que el de vislumbrar la voluntad a la celebración de una convención ulterior, sin posibilidad de identificación con el contrato definitivo, que ha de celebrarse después, ni en él se engendra otra obligación *que la de prestar el consentimiento, ni su incumplimiento puede producir otro efecto que el de un resarcimiento de perjuicios*, precisamente por ser el consentimiento que ha de prestarse *objeto único de la obligación, y acto personalísimo*, ni puede autorizar a que la voluntad del obligado se sustituya por obra de la autoridad del Juez, dando así irregularmente vida a un contrato que sin el común, expreso y máximo asenso de las partes no puede nacer<sup>535</sup>”.

Con posterioridad a la STS de 1 de julio de 1950, hay resoluciones que retroceden hacia posturas clásicas: en este sentido, las SSTS de 13 de febrero de

---

resolución constituye “el hito fundamental en la evolución jurisprudencial... A partir de ella no se inicia pero sí se consolida la doctrina que será tradicional”.

<sup>535</sup> Como hace notar CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., pág. 323, nota al pie nº. 101) en este supuesto el objeto del contrato estaba indeterminado, pudiendo pensarse en la posibilidad de cumplimiento específico para los supuestos en los que el objeto estuviera determinado.



1953<sup>536</sup> [RA 272], de 16 de octubre de 1965<sup>537</sup> [RA 4468], de 4 de julio de 1991 [RA 5325]. Esta última se refiere a la existencia de un precontrato de distribución de productos. Se declara existente dicho precontrato y no simplemente la existencia de tratos preliminares y se considera que el contenido directo del precontrato es la obligación de un *facere*, prestar el consentimiento. “Y, en caso de incumplimiento, y dado que, como la prestación del consentimiento para el contrato definitivo es una prestación personalísima a la que no puede ser obligado el contratante incumplidor, tal incumplimiento se transforma en indemnización de daños y perjuicios, previa cumplida prueba de los mismos”.

*b) Resoluciones que recogen la posición más “moderna”: principalmente la STS de 1 de julio de 1950 [RA 1187].*

El supuesto de hecho de la STS de 1 de julio de 1950 hace referencia a la obligación de cumplimiento de una promesa de venta. En primera instancia, se condena al demandado a otorgar a favor del demandante escritura de venta de la

---

<sup>536</sup> Según esta sentencia “el compromiso de venta requiere la voluntad de vender de los contratantes para la celebración del contrato prometido, acto personalísimo y que nadie puede reemplazar...”.

<sup>537</sup> STS de 16 de octubre de 1965: “... se trata simplemente de un acto preparatorio o si se quiere, empleando una terminología más moderna desde el punto de vista técnico, un precontrato o contrato preliminar que aunque no recogido expresamente en nuestro derecho positivo –salvo el supuesto concreto de la promesa de venta del artículo 1.451 CC- ha tenido plena acogida tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia de esta Sala, cuya especialidad consiste en que a lo que las partes se comprometen es a celebrar un futuro contrato sobre las líneas del primero que por ello mismo fue calificado de auténtica ley de bases del siguiente, pero cuya fuerza vinculante debe quedar atemperada a la que se deriva de su propia esencia consistente en obligarse a obligarse, de suyo difícilmente coercible, por lo que la sanción en caso de incumplimiento queda reducida..., a la indemnización de los daños y perjuicios que sean consecuencia del mismo...”.

finca en cuestión. La sentencia es confirmada por la Audiencia y contra esta resolución se interpone recurso de casación ante el TS.

“...es incuestionable que la dicha convención, al reunir los requisitos del artículo 1.261 del Código civil, es por su naturaleza *un contrato consensual y bilateral con vida y entidad propias*, corroborándolo la doctrina jurisprudencial -sentencia 28 de marzo de 1944 citada en el recurso- la que afirma que en la legislación patria no se identifican los contratos de promesa de venta y de compraventa sino que son dos figuras jurídicas diferentes..., la voluntad expresada para perfeccionar el dicho contrato de promesa de venta proyecta su eficacia no sólo en la constitución del círculo jurídico que sujeta a las partes sino sobre el *objeto* de la convención (uno de los elementos requeridos para que exista contrato) que en el que se examina no puede ser otro que *la realización de la venta o compra prometidas* cuando se resuelva la convención circunstancial o de tiempo establecida para su consumación..., se contrae la obligación futura de consentir la transferencia del dominio que se ostenta sobre la dicha cosa prometida, para lo cual entra en juego como específica la norma contenida en el artículo 1.451 del CC, que..., *da derecho a los contratantes para exigirse recíprocamente el cumplimiento de lo pactado*, esto es la venta prometida y previamente consentida, con otorgamiento de escritura pública..., y aún con aplicación, en su caso, de lo previsto en el 1.098, párrafo primero de dicho Cuerpo legal (el CC) si el obligado se resistiere a cumplir la obligación, *quedando el derecho a percibir indemnización...., para el supuesto de que dicho contrato no se pueda cumplir. Para la consumación del contrato de promesa de vender o comprar no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionarse aquel contrato”*.

“...la aplicación del artículo 1.098 mandando hacer a costa del demandado lo que éste se resistiere a cumplir, no significa en este caso como afirma el recurrente, la intervención de un otorgante que aparecería representando una voluntad que no existió...”.

Por tanto, para que se produzcan los efectos del precontrato no es necesaria una nueva declaración de voluntad, es decir, no es necesario que los contratantes realicen acto futuro alguno<sup>538</sup>. La condena no es a un *contrahere*, a un hacer, sino a cumplir lo establecido en el precontrato, reservando la indemnización de daños y perjuicios para los supuestos de imposibilidad.

Consideran también, entre otras, que en el precontrato se contiene ya la declaración de voluntad necesaria no siendo necesario reiterarla y que, por tanto, puede exigirse el cumplimiento específico de la obligación: STS de 31 de enero de 1921, STS de 5 de julio de 1940 [RA 684], STS de 7 de febrero de 1945 [RA 130], STS de 6 de marzo de 1947 [RA 344], STS de 2 de febrero de 1959 [RA 2894], STS de 2 de mayo de 1959 [RA 1987], STS de 5 de octubre de 1961<sup>539</sup> [RA 3284], STS de 7 de febrero de 1966 [RA 793], STS de 28 de junio de 1974 [RA 3381], STS de 3 de junio de 1994 [RA 4576], STS de 25 de junio de 1993<sup>540</sup> [RA 5384], STS de 8 de julio de 1993 [RA 6328], STS de 17

---

<sup>538</sup> Para CALVILLO MARTÍNEZ (*Promesa bilateral de comprar...*, cit., págs. 588 y ss) la conclusión necesaria de la sentencia es que si los efectos del contrato de compraventa nacen directamente del llamado contrato preliminar, existe, en principio, equiparación entre ellos. “En definitiva, la promesa bilateral de comprar y vender no es, conforme a la última versión jurisprudencial, un contrato sustantivo, autónomo, independiente y distinto del de compraventa, sino un verdadero contrato de compraventa larvado por la especial oposición especificativa de una condición ‘circunstancial o de tiempo’, establecida por los contratantes para el alumbramiento de los efectos típicos del mismo negocio jurídico”.

<sup>539</sup> Esta resolución parte de que el precontrato contiene ya la declaración de voluntad necesaria para dar efectividad al contrato proyectado, pero en el supuesto concreto que la misma recoge entiende que no cabe ejecución específica porque no se determinaron los elementos esenciales o las bases fundamentales y, por tanto, éstas no pueden ser completadas por el juez.

<sup>540</sup> Es significativa esta sentencia porque pone de manifiesto las diversas posturas en relación a los efectos del precontrato. Así, en su fundamento jurídico primero considera: “el precontrato

de octubre de 1997 [RJ 1997/7157]. La STS de 28 de diciembre de 1995 [RJ 1995/9402] señala que “cuando en el contrato preliminar han quedado determinados de manera completa los elementos y circunstancias de la prometida compraventa y consta de un modo indubitado la decidida voluntad de llegar a celebrar una auténtica compraventa, la resistencia de una de las partes a concluir ésta, no da lugar simplemente a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra para exigir el cumplimiento, no sólo de la promesa sino también del contrato definitivo y, por tanto, el actor dispone de acción, no sólo tendente a obtener la indemnización de daños y perjuicios, sino a exigir el cumplimiento no ya de la promesa, sino del contrato definitivo”.

Existen, por otro lado, resoluciones con claras confusiones terminológicas porque, por un lado, afirman que el precontrato contiene ya el consentimiento de las partes, no siendo necesario repetirlo y, por otro, consideran que el juez puede suplir el consentimiento (¿qué consentimiento?) del obligado, posibilitándose de este modo la ejecución en forma específica.

Por ejemplo, la STS de 29 de julio de 1996 [RJ 1996/6408], en su fundamento jurídico primero, afirma que el precontrato tiene efectos substancialmente “idénticos a los del contrato definitivo, obligando directamente

---

es ya en sí mismo un auténtico contrato, que tiene por objeto celebrar otro en un futuro, conteniendo el proyecto o la ley de bases del siguiente: debiéndose, por esta especialidad, quedar atemperada su fuerza vinculante, o cumplimiento forzoso, a dos posiciones extremas: entender que no es posible obligar a la contraparte a la prestación del consentimiento, o a la emisión de una declaración de voluntad, ya que esto es un acto estrictamente personal y no coercible, quedando viva únicamente la posibilidad de una indemnización por los daños y perjuicios causados; o bien entender, con la más reciente jurisprudencia de esta Sala, que al consistir el objeto del precontrato en una obligación de hacer, una vez requerido el obligado para que cumpla su promesa, el Juez puede tener por prestado el consentimiento y sustituirlo en el otorgamiento; cumplimiento forzoso que sólo se reemplazará por la correspondiente indemnización, cuando el contrato definitivo no sea posible otorgarlo”. Tras esta declaración se decanta la sentencia por la segunda de las posturas.

a las partes al igual que éste, superándose así la antigua concepción del precontrato según la cual éste obligaba a obligarse, lo que carece de sentido, pues el consentimiento si es libre es incoercible... La jurisprudencia española dominante se ha inspirado en la concepción de que el precontrato es la fase inicial de un contrato de formación sucesiva con unidad funcional y *voluntad única*, dejando esta etapa preparatoria ya *vinculadas* a las partes de forma que basta actuar la facultad de poner en funcionamiento el contrato proyectado para que éste sea exigible y produzca sus efectos típicos, de manera que, en caso de negativa de una de las partes, *el juez pueda suplir el consentimiento del obligado, puesto que la consumación no requiere una nueva y específica declaración de voluntad por haber sido prestado el suficiente consentimiento al perfeccionarse el contrato inicial*: esto es, el precontrato o contrato preliminar obliga como el llamado contrato definitivo”.

En términos parecidos, la STS de 11 de junio de 1998 [RJ 1998/4679] afirma que por el precontrato las partes “se reconocen la facultad de exigirse en el futuro el cumplimiento de la relación proyectada *sin necesidad de un nuevo consentimiento...*; se permite y en consecuencia se posibilita el cumplimiento forzoso de la promesa de compraventa *con la sustitución de la voluntad del obligado por el juez*, en contra de la dirección que se venía indicando de una mera indemnización de daños y perjuicios, limitándose ésta sólo para el supuesto, no apreciado en el presente caso, de que el contrato, por cualquier causa no se pueda cumplir... El precontrato ya es en sí mismo un auténtico contrato, que tiene por objeto celebrar otro en un futuro, conteniendo el proyecto o la ley de bases del siguiente, *al consistir el objeto del precontrato en una obligación de hacer...*”.

c) *Conclusión.*

Ha habido una clara evolución en la forma de entender el precontrato y sus efectos, pudiendo afirmarse que la denominada postura clásica está hoy totalmente superada. La jurisprudencia actual, partiendo de que el precontrato es un auténtico contrato en el que se contiene ya el consentimiento (la declaración de voluntad) necesario, considera perfectamente ejecutable en sus propios términos el contrato proyectado, siempre que estén determinados o sean determinables sin necesidad de un nuevo acuerdo de voluntades, sin necesidad de un nuevo convenio, los elementos esenciales de aquél. Sólo cuando el cumplimiento en forma específica no sea posible, por razones físicas o jurídicas, procederá la indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, siguen nuestros tribunales manifestándose, en ocasiones, de forma incorrecta, generando una cierta confusión. Como hemos visto, a veces, aunque parten de que el consentimiento ya está suficientemente prestado, concluyen que es posible la ejecución en forma específica porque el juez puede sustituir al demandado en la prestación del consentimiento. “No nos parece correcta la opinión de quienes consideran que la sentencia dictada en un proceso de tales características condenaría a ‘emitir una declaración de voluntad’; la voluntad ya ha sido prestada, y si esto es así no parece lógico pensar que haya de acudir a la vía de la condena para obligar a hacer algo que ya ha hecho, y utilizar la vía de la ficción para dar por prestada una voluntad que ya se prestó”<sup>541</sup>.

---

<sup>541</sup> MONTÓN REDONDO, *Los pactos precontractuales...*, cit., págs. 999-1.000 y *¿Es ejecutable la sentencia...*, cit., págs. 1.000-1.001. En términos parecidos se pronunciaba CARRERAS (*El embargo...*, cit., pág. 55): “en realidad, el precontrato o promesa de contrato, sea unilateral o bilateral, no engendra en el promitente la obligación de hacer consistente en realizar un acto volitivo; esta obligación de hacer es una ficción, *un circuitus*

Lo dicho nos lleva a concluir que es innecesario hablar de la fungibilidad o infungibilidad, o de la infungibilidad natural pero fungibilidad jurídica de la declaración de voluntad<sup>542</sup>. Si la declaración de voluntad ya se ha prestado no es necesario que se vuelva a prestar y, por tanto, da igual si ésta podía realizarse sólo por el obligado o si, en cambio, podía realizarla también el juez en sustitución del obligado<sup>543</sup>.

---

*inutilis*, al que no hay que acudir en modo alguno; el que se interponga un hacer fingido del juez...., indica ya que seguramente ese hacer que se dice debido es también una ficción teórica y que, en verdad, a lo que se obligó el promitente no es a hacer un nuevo contrato, sino a cumplir el proyectado contrato, que ya se contiene en la misma promesa”.

<sup>542</sup> Cfr. CALVILLO MARTÍNEZ, *Promesa bilateral de comprar y vender...*, cit., pág. 595. En cambio, para BELLIDO PENADÉS, R. (*La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998, pág. 124) “la pretensión de instauración o restablecimiento de relaciones contractuales en realidad no parece una pretensión constitutiva, sino un peculiar supuesto de pretensión de condena a hacer, a la emisión de una declaración de voluntad”.

<sup>543</sup> Para ASCOLI (*Contratto preliminare*, en *Rivista di Diritto Civile*, 1909, pág. 246) se trata de obligaciones de hacer infungibles: “perocchè nulla vi sia di meno fungibile e più personale della prestazione di un consenso”. CARRERAS (*El embargo...*, cit., págs. 47 y ss) estudió con detenimiento si las declaraciones de voluntad son o no fungibles y para ello partía de la distinción entre fungibilidad física y fungibilidad jurídica. Estima el profesor Carreras que “si esta declaración es esencialmente un acto volitivo, claro está que el acto es naturalmente infungible ya que si una persona no quiere algo, no lograremos que se produzcan los mismos efectos aunque quiera otra persona distinta”. El Estado puede hacer que “lo que hasta ahora era infungible lo sea sólo jurídicamente, esto es, en el mundo del Derecho que el Estado ha creado”. Desde un punto de vista ideal, cabe admitir, por tanto, la fungibilidad jurídica de las declaraciones de voluntad pero sólo cuando el Estado así lo quiera, es decir, cuando exista una norma objetiva y positiva que establezca expresamente esta fungibilidad; de otro modo, a falta de precepto que haga posible la sustitución, debe reputarse infungible una declaración de voluntad. Y concluye que “en nuestro proceso de ejecución no cabe distinguir, en modo alguno, como principio general la fungibilidad de las declaraciones de voluntad, salvo las que integran la realización forzosa”. Siguiendo a Carreras, la doctrina procesal se ha manifestado también sobre este extremo. Para FERNÁNDEZ LÓPEZ (*El proceso...*, cit., pág. 241 y *Derecho procesal...*, cit., págs. 343) “aunque la conducta consistente en la emisión de una declaración de voluntad sea infungible naturalmente, puede ser jurídicamente fungible”. Por su parte, entiende MONTERO AROCA (*Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 651) que “teóricamente todas las conductas que supongan emisión de manifestaciones de voluntad son jurídicamente fungibles y el derecho puede hacerlas posible, si bien habrán de determinarse los

*E) Naturaleza de la sentencia dictada en el proceso destinado a fijar los efectos del precontrato.*

*a) La posición de Chiovenda.*

CHIOVENDA estudió, con ocasión del análisis de la sentencia de 20 de mayo de 1910 de la Corte de Casación de Roma, cuál era o es la acción que nace del denominado por él contrato preliminar.

Según el autor “lo que se pide al juez, en este caso, no es ya que él quiera en lugar del incumpliente y que concurra a constituir en su lugar el contrato definitivo... No se trata de constituir con la sentencia el contrato definitivo; se trata de prescindir de él. La sentencia no será constitutiva porque constituya el contrato, sino porque constituye directamente el derecho al que se tiende, por ejemplo, la propiedad<sup>544</sup>”. Y esto lo puede hacer la sentencia, aunque no exista una norma que expresamente lo permita, porque “el proceso debe dar en cuanto es posible prácticamente a quien tiene un derecho todo aquello y precisamente aquello que él tiene derecho a conseguir<sup>545</sup>”.

“El Estado, actuando en el proceso la propia voluntad, prescinde lo más posible de la voluntad del particular; toma sus bienes, lo desposee de cosas, destruye sus obras ilegales, todo contra su voluntad. Lejos de querer en representación del obligado, el Estado en el proceso quiere por cuenta propia y a despecho de aquel; y sustituye la actividad ajena sólo en el sentido de que

---

límites de esta posibilidad con relación a la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas”.

<sup>544</sup> *De la acción nacida del contrato preliminar*, en “Ensayos de Derecho Procesal Civil”, (trad. Sentís Melendo), EJE, Buenos Aires, 1949, vol. I, págs. 213-214.

<sup>545</sup> Op. cit., pág. 214.



obtiene con la actividad propia resultados económicos y jurídicos que por lo regular habrían podido obtenerse con la actividad del obligado.

Esta tendencia del proceso a dar todo lo que es posible dar al acreedor encuentra naturalmente límites: límites de derecho<sup>546</sup> y límites de hecho”. “La infungibilidad de la prestación es ciertamente un caso de imposibilidad de hecho... Las partes en el contrato preliminar se han obligado a querer, y no cabe duda de que su acto de voluntad es en sí mismo incoercible. Pero ¿es este un caso de infungibilidad jurídica? No; cuando el efecto jurídico de este acto puede conseguirse de otra manera<sup>547</sup>”. Y no cabe invocar aquí el principio de la autonomía de las partes porque “este principio tiene una amplia esfera de aplicación en el campo de la constitución de los derechos, ninguna en el del cumplimiento. Ahora bien, si la constitución de un derecho (contrato definitivo) es debida en cumplimiento de un precedente contrato (preliminar), es claro que la autonomía de las partes no existe<sup>548</sup>”.

“En el contrato preliminar, las partes se obligan desde luego a prestar un ulterior acto de voluntad, del que nacerán determinados efectos jurídicos..., pero son estos efectos jurídicos la finalidad suya... y a la que directamente coordina la acción. El acto de voluntad puede ser infungible... pero el hacer, y así la voluntad, se dirá que es jurídicamente fungible cuando el resultado práctico del hacer, o el efecto práctico del querer puede conseguirse mediante una actividad diversa de la del obligado<sup>549</sup>”.

---

<sup>546</sup> Op. cit., págs. 215-216. Los límites de derecho se refieren a los medios ejecutivos, es decir, a que determinados medios ejecutivos no pueden utilizarse si no están expresamente admitidos por la ley.

<sup>547</sup> Op. cit., pág. 216.

<sup>548</sup> Op. cit., pág. 217.

<sup>549</sup> Op. cit., pág. 217.

En conclusión, el incumplimiento de la obligación hace que surja el derecho a la obtención del efecto jurídico querido. Por ejemplo, la sentencia del juez declarando este derecho a la propiedad producirá por virtud de la voluntad misma de la ley el traspaso de la propiedad<sup>550</sup>. En consecuencia, Chiovenda está otorgando a la sentencia naturaleza constitutiva<sup>551</sup>.

*b) La posición de Calamandrei.*

Parte CALAMANDREI de la infungibilidad jurídica de la prestación consistente en una declaración de voluntad<sup>552</sup>, fuera de aquellos casos en los que la ley expresamente lo consienta. La voluntad, dice, es incoercible e insustituible y, por tanto, en caso de incumplimiento voluntario de la obligación la ejecución forzosa específica debe entenderse jurídicamente imposible<sup>553</sup>.

Distingue el autor entre obligaciones de emitir una declaración de voluntad de contenido ya determinado y obligaciones de emitir una declaración de voluntad de contenido (todo o en parte) por determinar. Este segundo

---

<sup>550</sup> Op. cit., pág. 218.

<sup>551</sup> También considera que tiene naturaleza constitutiva SATTI (*Derecho procesal civil...*, cit., pág. 153): “apenas si es el caso decir que esta hipótesis no tiene nada que ver con la ejecución forzada: se trata de un normal caso de sentencia constitutiva”.

<sup>552</sup> *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, en “Studi sul Processo Civile”, CEDAM, Padova, 1934, Vol. III, págs. 19 y ss. Define la infungibilidad natural como aquella “che si verifica quando il bene a cui il creditore aspira è talmente connesso alle qualità e alle attitudini individuali del debitore”, y la infungibilidad jurídica como aquella que se da “quando la legge attribuisce a una persona il potere esclusivo di produrre colla propria volontà determinati effetti giuridici; talchè nel mondo del diritto appare come impossibile che, senza il concorso di quella volontà, gli stessi effetti si producano altrimenti”.

<sup>553</sup> “La pronuncia del giudice non può, senza espressa disposizione di legge, tener luogo della mancata dichiarazione di volontà negoziale dell’obligato, e deve, senza espressa disposizione di legge, limitarsi a condannarlo al risarcimento dei danni derivati dalla sua irrimediabile inadempienza” (CALAMANDREI, *La sentenza come...*, cit., pág. 23).

supuesto, considera que no es un auténtico *pactum de contrahendo*, sino un *pactum de tractando*<sup>554</sup>.

En el primer supuesto, es decir, cuando están determinados todos los elementos que debe contener el contrato definitivo, y suponiendo que la ley permitiera al juez sustituir al obligado en la prestación de la declaración de voluntad, ¿qué naturaleza tendría la sentencia en la que el juez sustituye la declaración de voluntad del obligado?: “in modo che la nuova volizione a cui il debitore è tenuto abbia il carattere di esecuzione di una precedente volizione, il giudice, sostituendosi all’obligato, nulla aggiunge al contenuto della volontà di questo; il debitore (o la legge per lui) aveva già preparato, prima che il giudice intervenisse, la materia logica della futura volizione, la quale non doveva ormai consistere che in una volizione meramente esecutiva, in un atto di impulso quasi meccanico a un congegno logico già caricato: el il giudice, sostituendosi all’obligato, non deve fare altro che dare in sua vece questo impulso, senza uscire dalle modalità predisposte da lui<sup>555</sup>”.

Cuando no se han determinado los elementos del contrato proyectado, la actividad del juez no se limita a actuar un voluntad ya formulada por el obligado, sino que lo sustituye en el concretar la modalidad del negocio querido.

Estima CALAMANDREI que tanto en un supuesto como en el otro “il giudice non accetta, non condanna, ma esegue; siamo cioè di fronte a un caso di esecuzione forzata in forma specifica di una obbligazione di fare. Il giudice fa quello che l’obligato avrebbe dovuto fare, ma non ha fatto<sup>556</sup>”.

---

<sup>554</sup> Op. cit., pág. 25. El *pactum de tractando* lo considera “un semplice impegno generico di prestarsi reciprocamente a trattare per raggiungere l’accordo sulle condizioni, ancora indeterminate, del futuro contratto”.

<sup>555</sup> Op. cit., pág. 27.

<sup>556</sup> Op. cit., pág. 28.

El acto con el que el juez ejecuta en lugar del obligado es la sentencia. Esta sentencia no tiene naturaleza constitutiva<sup>557</sup> sino más bien es una sentencia de condena acompañada de su ejecución forzosa<sup>558</sup> o, dicho de otra forma, la sentencia vendría a ser un acto de ejecución forzosa.

## XII. Formas de ejecución en nuestro sistema.

### A) Ejecución según la LEC de 1881.

La LEC de 1881 no hacía referencia a como debían ejecutarse las sentencias que condenaban a la emisión de declaraciones de voluntad, pero esto no significaba que del conjunto del ordenamiento no pudieran extraerse datos suficientes para resolver el problema<sup>559</sup>.

La doctrina<sup>560</sup> distinguía tres hipótesis diferentes que consideraba que se ejecutaban del siguiente modo:

1. Que en el precontrato se contengan todos los elementos (tanto los esenciales como los accidentales<sup>561</sup>) del contrato proyectado, siendo necesario únicamente que se den las circunstancias precisas para que se considere perfeccionado. En este supuesto, se decía que el juez se limitaba a atribuir en la

---

<sup>557</sup> Sobre la crítica que realiza a la postura de aquellos que creen que la sentencia tiene naturaleza constitutiva, puede verse, *La sentenza come...*, cit., págs. 29-30.

<sup>558</sup> Op. cit., pág. 29.

<sup>559</sup> Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El proceso...*, cit., pág. 241 y *Derecho procesal...*, cit., pág. 343.

<sup>560</sup> Principalmente, CARRERAS, *El embargo...*, cit., págs. 52 y ss; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, (1998) cit., págs. 503 y ss; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit., págs. 343 y ss.

<sup>561</sup> Sobre la distinción entre elementos esenciales del contrato y elementos accidentales, puede verse, el punto c) *Los elementos esenciales y accidentales en el precontrato*, del apartado C), del Epígrafe XI, de esta misma Sección.

sentencia a unos actos anteriores unos efectos jurídicos determinados<sup>562</sup>. No es necesario acudir a la ejecución forzosa, ni se trata de una sentencia de condena, el juez no sustituye voluntad alguna, simplemente la sentencia da por existente el contrato. No hay condena, pues, a emitir una declaración de voluntad porque no es necesaria ya que ésta ya ha sido prestada. No hay condena a un hacer<sup>563</sup>.

Se trataría, en palabras de MONTÓN REDONDO<sup>564</sup>, de una resolución que podría, en alguna forma, calificarse como constitutiva, en cuanto establece los condicionamientos necesarios para que las partes implicadas en la relación precontractual puedan eficazmente exigirse su cumplimiento. Y en este sentido, cabe decir que cuando adquiere firmeza es eficaz en sí misma sin necesidad de ejecutarse.

2. Cuando en el precontrato se contienen todos los elementos esenciales del contrato proyectado, pero no los accidentales. Se consideraba que el juez podía entender el contrato como existente (tampoco aquí, por tanto, hay condena a un hacer) y, en consecuencia, era posible condenar al cumplimiento específico de lo establecido en el precontrato. Cumplimiento específico en el

---

<sup>562</sup> CARRERAS, *El embargo...*, cit., pág. 49; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, pág. 344.

<sup>563</sup> Considera CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., pág. 315) que “la actividad que se suplica en la demanda para su posterior ejecución tras sentencia puede configurarse como una prestación de hacer. Ahora bien, ese hacer no consiste en celebrar un contrato definitivo. El contrato proyectado ya está ahí, dispone de todos sus elementos determinados y el consentimiento o acuerdo de voluntades fue prestado en su momento. Lo único que queda por hacer es darle virtualidad, darle eficacia, es decir, cumplirlo”.

<sup>564</sup> *¿Es ejecutable la sentencia...*, cit., págs. 998-999. Más cauto CALVILLO MARTÍNEZ (*Promesa bilateral de comprar...*, cit., págs. 597-598) no se atreve a afirmar la naturaleza constitutiva de una resolución de este tipo pero si considera que “debe pensarse en la conveniencia de aclimatar en nuestro Derecho la solución de otorgar a la sentencia que condene al demandado a celebrar el contrato de compraventa fuerza bastante para producir los efectos del negocio jurídico no concluído, si el condenado no lo efectúa en el plazo que al efecto se señale”.

que los elementos esenciales serán los que pactaron las partes y los accidentales los que determine el juez de acuerdo con la ley.

Consideraba CARRERAS<sup>565</sup> que, “en realidad, no necesita aquí el juez un precepto expreso que le permita condenar al demandado a cumplir los términos del precontrato basándose en una hipotética obligación de hacer personalísimo, le basta fundar su decisión en el hecho de que no era preciso un nuevo consentimiento del autor de la promesa de contratar, por cuanto era suficiente el consentimiento prestado al otorgarse el precontrato o promesa”.

3. Que en el precontrato no se contengan todos los elementos esenciales del contrato proyectado. En este supuesto la sentencia condena a una obligación de hacer: otorgar efectivamente el contrato. Ante el incumplimiento voluntario del deudor se entendía que no era posible la ejecución en forma específica y que, por tanto, la única solución que cabía era la indemnización de los daños y perjuicios producidos.

No es posible en este supuesto la ejecución en forma específica, porque ésta supondría permitir al juez fijar el contenido del contrato y esta actividad es infungible<sup>566</sup>. Sólo en casos excepcionales, y siempre que concurren los requisitos que a continuación veremos, es posible que el juez fije el objeto del contrato. Estos requisitos son dos<sup>567</sup>: 1. Que la ley expresamente reconozca esta facultad al juez. 2. Que la ley determine el procedimiento a seguir para fijar dicho objeto. Por ejemplo, el supuesto de formalización judicial del arbitraje (art. 38.1 LA).

---

<sup>565</sup> *El embargo...*, cit., pág. 55.

<sup>566</sup> MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, cit., págs. 651-652; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 345.

<sup>567</sup> Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El proceso...*, cit., pag. 243 y *Derecho procesal...*, cit., pág. 346.

B) *Ejecución según la nueva LEC.*

La nueva regulación, contenida en el artículo 708 LEC<sup>568</sup>, distingue a efectos de ejecución los tres supuestos que venían siendo diferenciados por la doctrina (que el precontrato contenga todos los elementos del contrato proyectado, que contenga los esenciales pero no los no esenciales, y que no contenga todos los elementos esenciales). Nuestro análisis se centra, en consecuencia, en determinar cómo se realiza la ejecución en cada uno de estos tres supuestos.

- a) *Que el precontrato contenga todos los elementos (esenciales y accidentales) del contrato proyectado.*

*“Cuando una resolución judicial o arbitral<sup>569</sup> firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el*

---

<sup>568</sup> El artículo 710 del Proyecto regulaba en los mismos términos la forma de ejecutar las condenas a la emisión de una declaración de voluntad. Sin embargo el artículo 707 del Anteproyecto difería en el apartado primero. El artículo 707 del Anteproyecto decía así: “1. Cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 553 sin que haya sido emitida por el ejecutado, la emitirá el tribunal, a instancia del ejecutante, con plenos efectos, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio, pudiendo llevarse a cabo las inscripciones registrales que procedan, sin necesidad de documentar la declaración en escritura pública.

*Si no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal los determinará, oídas las partes, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico.*

*2. En caso de indeterminación de elementos esenciales del negocio o contrato, sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad, si ésta no se emitiera por el condenado, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 711 y siguientes”.*

<sup>569</sup> Para VALLESPÍN PÉREZ, D. (*La regulación de la ejecución forzosa no dineraria en el Anteproyecto de LEC*, en “Presente y futuro del proceso civil”, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 614) “no parece del todo correcto que en dicho precepto se haga mención del laudo arbitral

*artículo 550 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el tribunal, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. Emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que se libere, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad.*

*Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos.”*

1. OBSERVACIONES CRÍTICAS.

Atendiendo a toda nuestra exposición anterior respecto al precontrato, estamos de acuerdo con el fin perseguido por la norma (el cumplimiento en forma específica), pero no podemos estar de acuerdo con los términos utilizados por el legislador. Si en el precontrato se contienen todos los elementos esenciales y accidentales del contrato proyectado, no habrá, por un lado, ni condena ni, por otro lado, nueva declaración de voluntad.

No hay nueva declaración de voluntad porque ésta no es necesaria. El consentimiento (la declaración de voluntad) fue prestado suficientemente al realizar las partes el precontrato. Si la declaración de voluntad ya fue realizada, evidentemente no es necesario realizarla de nuevo. Por tanto, el juez no tiene que sustituir al obligado en nada. No es necesario que el tribunal mediante auto *tenga por emitida* la declaración. Tener por emitida significa que, allí donde no

---

firme, máxime cuando no se hace así para el resto de supuestos, ya que la regulación de su ejecución debe contemplarse en la Ley de Arbitraje”.



hubo declaración de voluntad, se *finge* que sí la hubo. Esta *ficción* no es necesaria porque en este caso sí hubo verdaderamente declaración de voluntad.

Consecuencia de lo anterior es que no existirá realmente sentencia de condena (o, en rigor, no debería haberla a pesar de los términos con los que se pronuncia la Ley: “*Cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad...*”). No se condena a un hacer, esta obligación (condena) de hacer es un *circuitus inutilis* al que no hay que acudir en modo alguno<sup>570</sup>. Verdaderamente lo que hace la sentencia es dar actualidad a un pacto (contrato) anterior que contenía todos los elementos necesarios para su existencia y que únicamente precisaba que se dieran determinadas circunstancias (normalmente el transcurso del tiempo) para entenderlo exigible.

Más que de una condena se trataría de una sentencia constitutiva<sup>571</sup>, en cuanto que establece los condicionamientos necesarios para que las partes implicadas en la relación precontractual puedan eficazmente exigirse su cumplimiento<sup>572</sup>. Además, cuando posteriormente el precepto hace referencia a la anotación o inscripción en el Registro correspondiente (“...*el ejecutante podrá pedir que se libere, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan...*”), está haciendo referencia a lo que ha sido tradicionalmente denominado como ejecución impropia.

---

<sup>570</sup> CARRERAS, *El embargo...*, cit., pág. 55.

<sup>571</sup> No creemos, sin embargo, que pueda considerarse la sentencia como meramente declarativa (en el sentido de que declara una relación jurídica anterior que se pone en duda) porque entendemos que ello supondría identificar el precontrato con el contrato principal (proyectado). El precontrato es un auténtico contrato y como tal se diferencia del contrato principal. No existe en nuestro sistema una norma del estilo del artículo 1.589 del Código civil francés según el cual la promesa de venta equivale a venta.

<sup>572</sup> MONTÓN REDONDO, *¿Es ejecutable la sentencia...*, cit., págs. 998-999. Entendemos, en consecuencia más acertada la posición sostenida por Chiovenda que la sostenida por

Si no hay condena, si no es necesaria una nueva declaración de voluntad, si la sentencia es constitutiva, este precepto (art. 708.1 LEC) no debería incluirse dentro de la normativa relativa a la ejecución, porque aquí la ejecución forzosa y sus preceptos no juegan ningún papel.

## 2. PROCEDIMIENTO EX ARTÍCULO 708.1 LEC.

El procedimiento para la ejecución de este tipo de “condenas” no se iniciará hasta que la resolución judicial o arbitral sea firme (“*Cuando una resolución judicial o arbitral firme condene...*”). Por otro lado, y según establece expresamente el artículo 525.2 LEC, en ningún caso serán susceptibles de ejecución provisional las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad.

Transcurrido el plazo de espera de 20 días para instar la ejecución (establecido en el art 548 LEC) sin que se haya producido el cumplimiento voluntario por el deudor, es decir, sin que haya emitido la “declaración de voluntad”, el demandante interpondrá demanda ejecutiva en la que simplemente se solicite el despacho de la ejecución, identificando la sentencia cuya ejecución se pretende (art. 549.2 LEC) o, de forma más completa (art. 549.1 LEC), se expresarán el título ejecutivo, la identificación de las partes y de sus representantes y solicitud de que se tenga por emitida la declaración de voluntad correspondiente (en puridad debería solicitarse, no una declaración de voluntad sino que se de actualidad al contrato anterior)<sup>573</sup>.

---

Calamandrei (analizadas ambas en el apartado E “*Naturaleza de la sentencia dictada en el proceso destinado a fijar los efectos del precontrato*”, del Epígrafe XI, de esta misma Sección).

<sup>573</sup> Al tratarse de una sentencia constitutiva no hay ejecución verdadera y, por eso, en la demanda ejecutiva no se solicitará el embargo preventivo del artículo 700, II LEC, ni se determinarán los bienes susceptibles de embargo o, en su defecto, las medidas de investigación

Solicitada la ejecución y siempre que se cumplan los requisitos y presupuestos procesales, el título no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y el contenido del título (art. 553.1 LEC), el juez la despachará por medio de Auto. En el auto, que será notificado al deudor-ejecutado (art. 553.2 LEC), el juez determinará la persona o personas frente a las que se despacha la ejecución y resolverá tener por emitida la declaración de voluntad (art. 553.1.1º, 3º y 4º).

Observamos que el juez, en el auto por el que despacha ejecución, no concede un nuevo plazo al deudor-ejecutado para cumplir, es decir, para ser el mismo quien emita la declaración de voluntad (como ocurre, por ejemplo, en las condenas a un hacer fungible, artículo 706.1 LEC), sino directamente tiene por realizada dicha declaración.

Una vez ha sido (tenida por) emitida la declaración de voluntad, el ejecutante puede pedir que se libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros<sup>574</sup> que correspondan, según el

---

o localización que interese. Sin embargo para quienes mantengan la postura que entiende que la sentencia es de condena sí sería posible en la demanda ejecutiva la solicitud del embargo preventivo del artículo 700, II LEC. Además, aunque el precepto opta expresamente por la ejecución en forma específica, la solicitud del embargo preventivo no dejaría de tener sentido porque si hubiera imposibilidad física o jurídica la obligación se transformaría en indemnización de daños y perjuicios y llegados a este punto, no habitual pero no por ello imposible, el haber solicitado el embargo preventivo facilitaría y daría velocidad a la ejecución.

De todas formas, si además de constituirse el contrato hay condena a su cumplimiento (porque así se solicitó), si sería adecuado solicitar el embargo preventivo del artículo 700, II LEC.

Por otro lado, si en vez de tratarse de sentencia el título ejecutivo es un laudo, la demanda ejecutiva no deberá ser la simple o simplificada, es decir, la del 549.2 LEC porque el laudo no consta en los juzgados.

<sup>574</sup> Es tradicional la clasificación de los Registros en administrativos y jurídicos. Los primeros se caracterizan porque su publicidad se reduce a dar noticia de lo allí contenido sin producir otro efecto. En cambio los jurídicos se basan en una publicidad presidida por el principio de seguridad del tráfico y están asistidos de dos principios, el de legalidad y el de publicidad (cfr. ESTURILLO LÓPEZ, A., *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil, práctica de*

contenido y objeto de la declaración de voluntad. Por supuesto, en cuanto a la forma y documentación de los negocios jurídicos deberá atenderse a la normativa civil y mercantil (artículo 708.1 párrafo tercero LEC). Como no nos podemos referir a todos los Registros, analizamos, por su importancia, los requisitos para poder inscribir en el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil.

El punto de partida es la distinción entre título (en sentido) material y título (en sentido) formal. “En su aspecto material el título inscribible tiene la importancia de constituir lo que propiamente se inscribe”, y lo que se inscribe es “el acto o negocio jurídico que opera la mutación jurídico-real u otro registrable, y no el título formal”. “En este sentido nuestro Registro de la Propiedad es un registro de títulos en su aspecto material”<sup>575</sup>. Pero los títulos inscribibles sólo pueden tener acceso al registro mediante su constancia documental; el título inscribible en su aspecto formal tiene la importancia de constituir “el medio adecuado para el acceso de los títulos materiales inscribibles al Registro de la propiedad”<sup>576</sup>.

Según el artículo 2 LH son inscribibles (título en sentido material)<sup>577</sup> :

*1. Los títulos traslativos o declarativos de dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.*

---

*legislación mercantil societaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, pág. 39.

<sup>575</sup> ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>., *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, I, con ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., Bosch, Barcelona, 1995, 8<sup>a</sup> ed., pág. 299.

<sup>576</sup> ROCA SASTRE, op. cit., págs. 300-301.

<sup>577</sup> El principio general es la negativa del acceso a los derechos de obligación al Registro de la propiedad, sin perjuicio de que pueda asegurarse con garantía real su cumplimiento, que sí será inscribible, o se realice una anotación preventiva cuando proceda (v.gr. anotación preventiva de embargo). Existen, sin embargo, excepciones a la regla general, como por ejemplo los arrendamientos de más de seis años (cfr. DÍEZ-PICAZO, *Sistema...*, III, cit., págs. 276-277).

2. *Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.*

3. *Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.*

4. *Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.*

5. *Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.*

6. *Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las Corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a los establecido en las leyes o reglamentos<sup>578</sup>.*

Este precepto debe completarse<sup>579</sup> con el artículo 7 del Reglamento Hipotecario cuando declara inscribibles cualesquiera otros títulos relativos a derechos de la misma naturaleza (es decir, de dominio o derechos reales), así como cualquier acto o contrato de transcendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique algunas de las facultades del dominio sobre inmuebles o inherentes a derechos reales.

Como señala DÍEZ-PICAZO<sup>580</sup> "la necesidad de dotar al Registro de la máxima exactitud posible, de la máxima legalidad y de las necesarias condiciones para que se garantice la seguridad del tráfico jurídico, aconseja que

---

<sup>578</sup> Para la crítica de este precepto puede verse ROCA SATRE, *Derecho hipotecario...*, cit., págs. 266 y ss.

<sup>579</sup> Véanse también los artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 17 y ss, 26, 31 RH.

los asientos que se deban practicar en él sólo pueden llevarse a cabo partiendo de documentos que reúnan las necesarias condiciones de autenticidad”. En este sentido, tal y como reza el artículo 3 LH (título en sentido formal) “*para que puedan ser inscritos los títulos<sup>581</sup> expresados en el artículo anterior<sup>582</sup>, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico<sup>583</sup> expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes en la forma que prescriban los reglamentos*”.

La inscripción en el Registro Mercantil, por otro lado, se practicará en virtud de (título formal) documento público (arts. 18 C de c. y 5 RRM) debiendo entenderse aplicable también para el Registro Mercantil<sup>584</sup> lo establecido en el artículo 3 de la LH. Como excepción a esta regla general es posible que se practique inscripción en virtud de documento privado, pero sólo en los casos establecidos en las leyes y en el RRM (arts. 18 C de c. y 5.2 RRM)<sup>585</sup>.

---

<sup>580</sup> *Sistema... III*, cit., págs. 293-294.

<sup>581</sup> Debe entenderse por título para los efectos de la inscripción, el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquella y que hagan fe, en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción, por sí solos o con otros complementarios o mediante formalidades cuyo cumplimiento acredite (art. 33 RH).

<sup>582</sup> Y aquellos a los que se refiere el artículo 7 RH.

<sup>583</sup> Aplauda ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario...*, cit., págs. 414 y ss) la necesidad de documentación pública o auténtica para poder inscribir porque, explica, se refuerza el llamado principio de legalidad. Sin embargo, entiende que hubiera sido preferible una clasificación más racional de los títulos formales inscribibles como es la de documentos notariales, judiciales y administrativos.

<sup>584</sup> Cfr. ÁVILA NAVARRO, *El Registro Mercantil, I, El Registro Mercantil como registro de sociedades*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 93.

<sup>585</sup> Respecto a los títulos inscribibles véanse, además de los citados, los artículos 93, 95, 151, 239, 245, 256, 274, 279, 292, 318, 323 y 327 RRM. Por ejemplo, el artículo 93 RRM establece que “1. *la inscripción primera del empresario individual así como la apertura y cierre de sucursales se practicarán en virtud de declaración dirigida al Registrador, cuya firma se extienda o ratifique ante él o se halle notarialmente legitimada*

*En el caso del naviero será precisa escritura pública.*

El problema es determinar si la resolución judicial es título (en sentido) material, es decir, por ejemplo si el precontrato era de compraventa de bien inmueble ¿podemos afirmar que la resolución judicial es título traslativo del dominio del inmueble? Y, en segundo lugar, ¿la resolución judicial es título (en sentido) formal? La respuesta, a nuestro entender, debe ser positiva, es decir, la resolución judicial constituye lo que propiamente se inscribe (título material) y es el medio adecuado (título formal) para el acceso al registro de los títulos materiales.

### 3. CONCLUSIÓN.

Hoy puede entenderse totalmente superada la teoría denominada clásica según la cual el incumplimiento de un precontrato, aunque contuviera todos los elementos esenciales del contrato proyectado, no generaba otra responsabilidad que la de indemnizar al acreedor por los daños y perjuicios que se le hubieren causado.

El legislador opta por entender exigible el cumplimiento específico del precontrato pero, creemos, sigue un camino equivocado. No es necesario condenar a un hacer, ni es necesaria la ficción de tener por emitida la declaración, porque no es necesario emitir una nueva declaración de voluntad. La sentencia será constitutiva del negocio jurídico y (si se pidió) se condenará a

---

*2. La inscripción de las demás circunstancias de la hoja del empresario individual se practicará en virtud de escritura pública, documento judicial o certificación del Registro Civil, según corresponda.*

*3. La inscripción de la modificación de cualquiera de las circunstancias de la hoja del empresario individual se practicará en virtud del documento de igual clase que el requerido por el acto modificado”.*

lo previsto en él<sup>586</sup>. Por ejemplo, si se trata de un precontrato de cosa mueble, la sentencia constituirá el contrato (la venta) y condenará, si se pidió, a que se entregue la cosa. La sentencia es constitutiva, puesto que constituye el negocio jurídico (la compra-venta) y no hay eso que la ley denomina “condena a la emisión de una declaración de voluntad”. Otra cosa es que, además, condene (sentencia de condena) a la entrega de la cosa: el contenido condenatorio de la resolución sí se ejecutará forzosamente si no hay cumplimiento voluntario.

*b) Que el precontrato contenga todos los elementos esenciales, pero no los accidentales, del contrato proyectado.*

*“Si, en los casos del apartado anterior, no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico”.*

Este supuesto no es realmente muy distinto al tratado en el apartado anterior, por tanto, las críticas vertidas respecto de aquél serían igualmente aplicables a éste. Realmente no estamos ante una sentencia de condena, sino ante una sentencia (constitutiva) que tendrá por válido el contrato proyectado (y

---

<sup>586</sup> Como afirma CARRERAS (*El embargo...*, cit., págs. 48-49) “en el mecanismo jurisdiccional deben distinguirse dos aspectos o momentos: la sentencia que constituye título ejecutivo, y, la ejecución propiamente dicha. Si en la sentencia se acuerda constituir el negocio en contra de la voluntad del demandado, es ilógico que se condene a éste a emitir la declaración de voluntad en ejecución de sentencia, ya que en este segundo momento dicha declaración es completamente inútil e irrelevante ya que los efectos que con ella debieran perseguirse, han sido obtenidos anteriormente con la misma sentencia. El juez ejecutor, en



que puede tener también contenido condenatorio). La diferencia con el supuesto anterior es que en este caso el auto en el que el juez tiene por emitida la declaración de voluntad (¿qué declaración?) tendrá un contenido más amplio, puesto que en él fijará, una vez oídas las partes, los elementos accidentales del contrato conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico. Los elementos esenciales serán los que las partes pactaron.

c) *Que el precontrato no contenga todos los elementos esenciales del contrato proyectado.*

*“Cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad<sup>587</sup>, si ésta no se emitiera por el condenado, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes”.*

---

ejecución de sentencia, no debe sustituir la voluntad del condenado, que ha devenido irrelevante”.

<sup>587</sup> Parte de la doctrina (entre otros, PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, II, vol. 2º, cit., pág.13) y de la jurisprudencia (véase, por ejemplo, la STS de 4 de julio de 1991 [RA 5325]) han entendido que la ausencia de algunos elementos esenciales del contrato proyectado no determina la inexistencia de precontrato, es decir, que pueden existir precontratos en los que no se hayan determinado todos los elementos esenciales del contrato que se pretende realizar en el futuro. Por ejemplo, una promesa de venta en la que no se haya fijado el precio de la cosa o un precontrato de sociedad en el que no se diga que modalidad revestirá dicha sociedad. Por nuestra parte, como ya hemos manifestado en alguna ocasión, entendemos que el precontrato para existir debe, al menos, contener los elementos esenciales del contrato proyectado y si no los contiene existirán tratos preliminares, negociaciones o lo que sea, pero no precontrato.

Este es el único supuesto que entra dentro de los límites de la ejecución forzosa. La sentencia contendrá la condena al deudor a un hacer, a otorgar efectivamente el contrato<sup>588</sup>.

Recaída sentencia de condena el deudor puede voluntariamente cumplirla pero, si no es así y, ante el incumplimiento del deudor, la única ejecución posible será aquella que tienda a conseguir la indemnización por los daños y perjuicios causados al ejecutante. Lo que no puede el juez es, como hacía en el supuesto anterior (en el que fijaba los elementos accidentales), integrar o determinar los elementos esenciales del contrato porque esto sería tanto como permitirle fijar el contenido del contrato, es decir, estaría creando el contrato mismo<sup>589</sup>.

La determinación del contenido del contrato, a falta de una norma que lo permita, debe considerarse una actividad infungible. El artículo 708.2 LEC no permite esta sustitución<sup>590</sup>, por lo que esta actividad en nuestro ordenamiento es infungible. Y, como señala CARRERAS LLANSANA<sup>591</sup>, “no cabe siquiera, en este caso, que en virtud de un principio jurídico no formulado positivamente se estime que el Juez pueda prescindir de la declaración de voluntad del demandado, y declarar los mismo efectos que las partes se proponían con el contrato definitivo, ya que no se conoce exactamente cuáles son estos efectos esenciales, por su falta de determinación contractual”.

---

<sup>588</sup> CARRERAS, *El embargo...*, cit., pág. 52.

<sup>589</sup> Como afirma BUCHER (*Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages*, cit. por ROMÁN GARCÍA, *El precontrato...*, cit., pág. 148, nota al pie n.º. 41) “no es tarea del juez la determinación de estos elementos esenciales, puesto que entonces estaría creando de hecho el contrato principal y no otorgándole la debida eficacia a partir de la suficiente base objetiva que debe representar el precontrato”.

<sup>590</sup> El legislador podía haber optado por que se apremiara (personal y/o pecuniariamente) al deudor para que cumpliera en forma específica la obligación, pero no ha sido así, por eso, la única ejecución posible en este caso es la “genérica” (indemnización de los daños y perjuicios producidos).

Un supuesto en el que la ley ha permitido expresamente al juez fijar algún elemento esencial es el recogido en el artículo 38.1 de la Ley de Arbitraje (Ley 36/1988, de 5 de diciembre)<sup>592</sup> relativo a la formalización judicial del arbitraje. Según este precepto “*si las partes no se pusieren de acuerdo con la designación de los árbitros, se procederá a instancia de cualquiera de los interesados a la formalización judicial del arbitraje conforme a las reglas establecidas en los artículos siguientes*”.

Como observamos, el artículo 38.1 LA permite al juez, a falta de acuerdo entre las partes firmantes del convenio arbitral, nombrar, por el procedimiento que en la LA se determina, el o los árbitros (que, sin duda, son elemento esencial en el arbitraje) que han de conocer de un determinado conflicto. Esta decisión judicial que procede a formalizar el arbitraje, se dice<sup>593</sup>, está sustituyendo a la voluntad de las partes.

---

<sup>591</sup> *El embargo...*, cit., pág. 53.

<sup>592</sup> Esta ley derogó la anterior Ley de Arbitraje (Ley de 22 de diciembre de 1953) que establecía, en su artículo sexto, el contrato preliminar de arbitraje. Aunque la Ley del 53 era un poco imprecisa en cuanto al ámbito de actuación del juez, la doctrina y la jurisprudencia entendían que su actuación iba destinada principalmente a designar los árbitros y determinar la cuestión litigiosa. La actual Ley ha limitado la actuación del juez a la designación de los árbitros pero únicamente en los supuestos y por el procedimiento establecido en la Ley. Sobre el contrato preliminar de arbitraje establecido en la LA de 1953 puede verse, GUASP DELGADO, J., *El arbitraje en el derecho español, su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Barcelona, 1956, págs. 77 y ss; CARRERAS, *El embargo...*, cit., págs. 59 y ss.

<sup>593</sup> Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentario de los artículos 38 a 42 de la Ley de Arbitraje*, en “Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 36/1988, de 5 de diciembre”, con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coordinador), Tecnos, Madrid, 1991, pág. 665.

### XIII. Condena a elevar escritura pública.

Siguiendo a RODRÍGUEZ DE VALCARCE<sup>594</sup> entendemos que aquel supuesto en el que lo que se pretende es otorgar escritura pública, es decir, elevar a escritura pública un documento privado es un supuesto distinto del precontrato. “Nos hallamos dentro del mismo contrato principal, que requiere, a instancia de parte, una forma dada”.

Según el artículo 1.278 CC *“los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en la que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”*; pero los contratantes basándose en el artículo 1.255 CC pueden pactar la elevación de los contratos a escritura pública. Incluso hay actos para los que la ley expresamente exige escritura pública. Por ejemplo, según el artículo 1.667 CC, *“la sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma, salvo que se aporten a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública”*.

Por tanto, si las partes han pactado elevar el documento privado a escritura pública y llegado el momento una de las partes se niega a hacerlo, la otra parte podrá acudir a los tribunales solicitando que se otorgue dicha escritura. Expresamente así lo permite el artículo 1.279 CC: *“...las partes podrán compelerse a llenar aquella forma desde que...”*.

Varios son los puntos controvertidos respecto al otorgamiento de escritura pública. Se ha discutido, en primer lugar, si el otorgar escritura pública encierra realmente una declaración de voluntad, en segundo lugar, si en caso de incumplimiento por el deudor puede el juez, en su lugar, otorgar dicha escritura y, por último, si es posible a efectos de la inscripción sustituir el

requisito de la escritura pública por una resolución judicial que sustituya dicha escritura y, por tanto, que sea inscribible.

Respecto a la primera cuestión, para CALVILLO MARTÍNEZ<sup>595</sup> “la elevación a escritura pública de un anterior contrato perfecto implica la emisión de una declaración de voluntad negocial”. Sin embargo, por nuestra parte, entendemos que el otorgamiento de escritura pública no encierra una declaración de voluntad, sino que se limita a dar forma “a una relación contractual anterior, perfectamente válida, que no precisa de un nuevo consentimiento para su validez<sup>596</sup>”. Así puede deducirse del artículo 1.279 CC, ya citado, cuando explica que las partes pueden compelerse a llenar la forma “desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos para su validez”. A *sensu contrario* se deduce que ya ha habido consentimiento, porque si no lo hubiera habido las partes no podrían exigirse el otorgamiento de escritura pública.

Por tanto, el otorgar escritura pública no encierra la obligación de emitir una declaración de voluntad, sino que se trata de una prestación de hacer consistente en “comparecer ante Notario y observar con él una determinada conducta”<sup>597</sup>.

La segunda cuestión es la relativa a si el juez puede, en caso de incumplimiento por el deudor y en su lugar, elevar a escritura pública un

---

<sup>594</sup> *La sentencia de condena a la emisión de una declaración de voluntad*, en Revista de Derecho Procesal, 1949, n.º. 2, pág. 326.

<sup>595</sup> *Promesa bilateral del comprar...*, cit., pág. 595.

<sup>596</sup> MONTÓN REDONDO, *Los pactos precontractuales...*, cit., pág. 992. También entienden, entre otros, que no se precisa una nueva declaración de voluntad, FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 344; CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 292. Para RODRÍGUEZ DE VALCARCE (*La sentencia de condena a la emisión...*, cit., pág. 326) “el juez no haría nueva declaración de voluntad, sino que ejecutaría los designios de una volición plenamente abrazada y contratada en el proceso...”.

<sup>597</sup> RODRÍGUEZ DE VALCARCE, *La sentencia de condena a la emisión...*, cit., pág. 325.

documento privado. Dar una respuesta afirmativa significa entender que esta conducta es fungible; así lo han entendido generalmente la doctrina<sup>598</sup> y la jurisprudencia (por ejemplo, STS de 2 de mayo de 1959, [RA 1987]: “el otorgamiento de escritura pública que se ordena en el fallo..., no puede estimarse acto personalísimo del demandado insustituible por el juez”. En el mismo sentido y según el AAP de Madrid de 24 de marzo de 1998 [AC 1998/4846] “el otorgamiento de escritura pública puede hacerse a costa del ejecutado, sustituido por el propio Juez si aquél (el deudor) se mostrase rebelde a tal formalización”.

La última cuestión es si una resolución judicial puede sustituir a la escritura pública a efectos de la inscripción. Tengamos en cuenta que aunque normalmente se exige escritura pública para inscribir en los Registros también las resoluciones judiciales se inscriben (por ejemplo, es inscribible la resolución judicial firme en la que se determina la adjudicación de bienes hereditarios, cfr. art. 80.1.a RH). A nuestro parecer, y como ya hemos manifestado, las resoluciones judiciales pueden también inscribirse, puesto que según el artículo 3 LH son inscribibles tanto las ejecutorias como los documentos auténticos expedidos por Autoridad judicial.

CATALÀ COMAS<sup>599</sup> ha defendido esta solución porque considera que es la más coherente y la menos costosa. Varias son las razones que según la autora avalan su postura:

---

<sup>598</sup> CARRERAS, *El embargo...*, cit., pág. 57, nota al pie n.º. 85; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 1.030. CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 293.

<sup>599</sup> *Ejecución de condenas...*, cit., págs. 293 y ss. “El registrador de la propiedad encontrará en la sentencia todos los datos necesarios para poder efectuar la inscripción de dominio correspondiente. La escritura pública en este supuesto es redundante; no aporta nada nuevo. Ya se ha dicho que el juez puede sustituir al condenado precisamente porque no emite ninguna declaración de voluntad nueva, reitera la que por los autos le consta prestada. Además la

1. El artículo 2 LH prevé la inscripción en los Registros de la Propiedad de los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o derechos reales impuestos sobre los mismos y la sentencia es, sin duda, un título<sup>600</sup>.

2. El artículo 3 LH exige para la inscripción de los diferentes títulos que estén consignados en escritura pública, *ejecutoria* o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes. La ejecutoria es inscribible directamente, es decir, sin necesidad de mandamiento judicial (art. 257.1 LH).

3. Se inscriben sin ningún problema las sentencias en que la propiedad se adquiere por usucapión.

4. Existen preceptos que permiten la inscripción de resoluciones judiciales para supuestos en que también cabe escritura pública (v.gr. art. 69 RH).

La única objeción que encuentra a su planteamiento es el hecho de que para que la sentencia supla la escritura pública y tenga su misma eficacia debe existir una norma en el ordenamiento jurídico que así lo establezca expresamente.

La nueva LEC no se refiere expresamente a este supuesto, probablemente porque lo entiende comprendido dentro del supuesto general de condenas a la emisión de una declaración de voluntad (art. 708 LEC), a pesar de que, como ya hemos dicho, no hay una nueva declaración de voluntad.

Desde luego hubiera sido muy conveniente que la ley lo hubiera regulado expresamente pero, en su defecto, no entendemos que la solución pensada por el legislador consista en permitir directamente la inscripción de la resolución

---

tramitación de todo un juicio ya pone de relieve la importancia y formalidad que se quiere ver en el hecho de acudir a un notario”.

<sup>600</sup> Entendemos necesario matizar que la sentencia es título en sentido formal.

judicial, supliéndose así la necesidad de escritura pública. La razón que nos lleva a esta conclusión es que en el Anteproyecto (art. 707.1) se decía que *“cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo..., la emitirá el tribunal, a instancia del ejecutante, con plenos efectos, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio, pudiendo llevarse a cabo las inscripciones registrales que procedan, sin necesidad de documentar la declaración en escritura pública”*. Sin embargo, en el Proyecto y posteriormente en el texto definitivo se suprimió esta mención. Pensamos que en la mente del legislador está la necesidad de elevar a escritura pública el negocio pero, a la vista de la naturaleza fungible o no personalísima de la obligación de elevar escritura pública, si el condenado se niega a elevar a escritura pública el documento privado, lo hará el juez en su lugar.

Queremos concluir manifestando que a nosotros nos parece un rodeo inútil exigir la necesidad de elevar a escritura pública el documento privado y que, como hemos argumentado anteriormente, entendemos perfectamente inscribible (a pesar de la *mens legislatoris*) la resolución judicial sin necesidad de que exista escritura pública.

#### **XIV. Resarcimiento de daños y perjuicios.**

El resarcimiento de daños y perjuicios tendrá lugar principalmente en los supuestos de indeterminación de alguno de los elementos esenciales del negocio o contrato proyectado. Integrar los elementos esenciales es tanto como fijar el contenido del contrato y, esta actividad, debe entenderse infungible a falta de norma expresa que establezca lo contrario. Como el artículo 708.2, párrafo



segundo LEC no ha establecido la fungibilidad de dicha actividad, ante la imposibilidad de que el juez sustituya al deudor, es decir, ante la imposibilidad de ejecución forzosa en forma específica, la solución establecida por la ley es la indemnización de los daños y perjuicios causados al ejecutante.

También procederá la ejecución por equivalente en aquellos supuestos en los que, aún estando predeterminados los elementos esenciales del contrato o negocio, se produce la imposibilidad, física o jurídica, de ejecutar en forma específica.

El resarcimiento de daños y perjuicios se realizará siguiendo lo establecido en los artículo 712 y ss LEC<sup>601</sup>, pero, queremos advertir de las dificultades, por un lado, de fijar la existencia de los daños y perjuicios y, por otro, de cuantificarlos<sup>602</sup>. No debemos olvidar que, por lo general, no se trata de valorar un contrato perfecto, sino uno en el que falta algún elemento esencial. Lo que sí es claro es que la obligación de indemnizar no nace automáticamente del incumplimiento, “sino que para que nazca y sea exigible ha de demostrarse la realidad de la producción de aquellos, sin que la obligación indemnizatoria pueda derivarse de perjuicios sólo posibles... Y la cuantía no depende del grado de incumplimiento del contrato, ni de la índole de la conducta que lo motivara” (STS de 28 de diciembre de 1995 [RJ 1995/9402]).

Se ha afirmado<sup>603</sup> que la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios “requerirá gran habilidad por parte del abogado de la parte que haya sido perjudicada o decepcionada por la no conclusión del contrato prometido”.

---

<sup>601</sup> Véase lo dicho en los apartados C) *La indemnización de daños y perjuicios* y D) *Iter procedimental*, del Epígrafe III, del Capítulo último.

<sup>602</sup> CARRERAS (*El embargo...*, cit., pág. 55) califica la condena a indemnizar los daños y perjuicios de “platónica” y afirma que “su existencia y cuantía es de tan difícil prueba muy a menudo”.

<sup>603</sup> CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 329.

Por ejemplo, la STS de 28 de diciembre de 1995 [RJ 1995/9402] trata un supuesto de imposibilidad de cumplimiento en forma específica por falta de determinación del objeto del contrato (elemento esencial) de promesa de venta. Las partes habían pactado la compraventa del Chalet nº 28 de la Urbanización X de Madrid por un precio de 18.275.000 pesetas. Pero “el objeto, Chalet nº 28, no parece determinado, en cuanto que no hace más referencia que al número de la parcela, parcela que en la fecha de la firma del contrato, 2 de julio de 1986, no existía físicamente, la parcelación se aprobó por el Ayuntamiento dos meses después, ni se dieron bases para su determinación en el futuro, asimismo, existe una carencia total de datos sobre el chalet mismo, no se conoce ni la extensión superficial, ni si ha de ser de una o varias plantas, ni la memoria de calidades y demás datos sobre la futura construcción de la vivienda que se pretende comprar, los proyectos de las mismas se concluyeron seis meses después y el visado del Colegio de Arquitectos se hizo pasados dos meses más, de todas las formas, con independencia de estas fechas, lo cierto es que, cuando se suscribió el precontrato de compraventa del chalet, éste no había comenzado a construirse y en el referido precontrato no se especifica ninguna clase de circunstancia que pueda determinar en un futuro su identidad...”.

Ante la imposibilidad de cumplimiento en forma específica la consecuencia es la indemnización de los daños y perjuicios que se hayan producido. Considera la parte demandante que en la determinación de los daños y perjuicios deben tenerse en cuenta los siguientes elementos:

-“La diferencia de precio entre el pactado para la vivienda cuya adquisición se vió frustrada por el incumplimiento de los demandados y una vivienda similar en la actualidad.

- El tiempo transcurrido desde que se produjo el contrato hasta que se ha determinado su imposibilidad de cumplimiento.

- El coste económico que ha padecido el actor como consecuencia de dicho incumplimiento, y el perjuicio en cuanto no ha podido trasladar su vivienda a lo que estaba destinado el chalet adquirido.

- El perjuicio y el coste derivado de acudir a la vía judicial para exigir la reparación de su derecho, lo cual incluye las costas y los gastos de las instancias de este proceso”.

Por su parte la STSJ de Andalucía de 28 de enero de 2000 [El Derecho 2000/833] se refiere al incumplimiento por una empresa de la promesa de contratar a la actora “siempre y cuando la misma obtuviese el permiso de trabajo”. La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía considera que el incumplimiento de la promesa una vez cumplida la condición “genera el derecho de la actora a ser resarcida por los daños y perjuicios que le han sido ocasionados, los cuales deben cifrarse en el importe de los salarios dejados de percibir –según la retribución prevista en el precontrato-, entre la fecha en que la actora trató de incorporarse al trabajo y la de la finalización del plazo pactado en el precontrato.

## **XV. Soluciones en derecho comparado.**

Para terminar con el análisis de las condenas a la emisión de una declaración de voluntad vamos a referirnos sucintamente a las soluciones adoptadas por otros ordenamientos de nuestro entorno<sup>604</sup>. En concreto, nos

---

<sup>604</sup> Para un análisis de las soluciones adoptadas en el derecho hispanoamericano, puede verse, MONTÓN REDONDO, *Los pactos precontractuales...*, cit., págs. 995 y ss y *¿Es ejecutable la sentencia...*, cit., págs. 979 y ss.

referimos a las soluciones dadas por el ordenamiento alemán e italiano, como paradigma del derecho europeo en este punto.

1. El ordenamiento alemán establece (parágrafo 894 ZPO<sup>605</sup>) que “*si el deudor hubiere sido condenado a la emisión de una declaración de voluntad, ésta se considerará emitida al ser firme la sentencia*”.

Parece que el parágrafo 894 ZPO configura la sentencia como constitutiva<sup>606</sup> en el sentido que, una vez que aquella adquiere firmeza, se considerará emitida la declaración de voluntad. Sin embargo, a pesar de lo dicho, utiliza la ley el término “condena” con lo que parece que realmente estamos ante una sentencia condenatoria<sup>607</sup>. Esta confusión ha llevado a algunos autores, como GOLDSCHMIDT<sup>608</sup>, a entender que se trata de una sentencia de condena que es tratada como constitutiva.

La regulación germana no ha pasado desapercibida en nuestra doctrina. GUTIÉRREZ ALVIZ<sup>609</sup> y CATALÀ COMAS<sup>610</sup> propusieron la introducción de un

---

<sup>605</sup> Parágrafo 894 ZPO: “*Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Vorschriften der §§ 726, 730 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist*”.

<sup>606</sup> Entiende CHIOVENDA (*De la acción nacida...*, cit., pág. 219) que lo establecido en el parágrafo 894 ZPO “no tiene en realidad otro significado sino el de que con la cosa juzgada se producen los mismos efectos jurídicos que habrían derivado de la declaración de voluntad; e implica el reconocimiento del derecho del acreedor a estos efectos, en general producidos”.

<sup>607</sup> Cfr. MONTÓN REDONDO, *Los pactos precontractuales...*, cit., pág. 995-996 y *¿Es ejecutable la sentencia...?*, cit., pág. 986.

<sup>608</sup> *Derecho procesal...*, cit., pág. 739. Para KISCH (*Elementos de Derecho procesal...*, cit., pág. 364) “la sentencia en estos casos no tiene que ir seguida de un procedimiento especial, sino que se estima por ley que la declaración de voluntad es operada por aquélla con todos los requisitos. Es decir, que se concede la misma fuerza jurídica al acto del juez y produce idénticos efectos que el que debió realizar el deudor: con la sentencia según la cual, por ejemplo, el demandado ha de ceder un derecho, este derecho pasa automáticamente al demandante, aunque el condenado permanezca inactivo”.

<sup>609</sup> *Ejecución forzosa...*, cit., pág. 105.

<sup>610</sup> *Ejecución de condenas...*, cit., págs. 330-331. La autora entiende que no estaría de más recogerla en el ordenamiento español aunque sólo fuera por seguridad jurídica pero, matiza

precepto similar en nuestro sistema. RAMOS MÉNDEZ<sup>611</sup> la califica de perfecta pero redundante. En cambio, para MONTÓN REDONDO<sup>612</sup> el artículo 894 ZPO es incorrecto porque la voluntad ya ha sido prestada.

2. El ordenamiento italiano regula las condenas a la emisión de una declaración de voluntad en el artículo 2.932 del Código civil<sup>613</sup>: “*Si aquel que se ha obligado a concluir un contrato no cumple con su obligación, la otra parte, si el cumplimiento es posible y no existe una exclusión en este sentido por el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluso*”<sup>614</sup>.

A pesar de la ubicación del precepto –dentro de una sección titulada “ejecución forzosa en forma específica”- parece claro que no nos encontramos ante una sentencia de condena sino ante una constitutiva<sup>615</sup>.

---

que la introducción de un precepto similar haría necesario también prever ciertos aspectos derivados del mismo.

<sup>611</sup> *Derecho procesal...*, cit., pág. 1.032.

<sup>612</sup> *¿Es ejecutable la sentencia...?*, cit., pág. 1.000.

<sup>613</sup> Artículo 2.932 CC: “*Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l’obbligazione, l’altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso*”.

<sup>614</sup> La Ley de 28 de febrero de 1997 introdujo en el Codice civile un nuevo artículo: el artículo 2.645 bis. Este precepto, calificado de novedad absoluta dentro del ordenamiento italiano, fija un plazo (de uno a tres años, según los casos) para la realización del contrato definitivo. Entiende CORRADO CHESSA (*Il termine di efficacia della trascrizione del preliminare*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, septiembre 1998, año LII, n° 3, pág. 999) que la introducción de un término final supone el intento “del legislatore di limitare temporalmente la indisponibilità del bene oggetto del preliminare al fine di salvaguardare gli interessi dei creditori del promittente venditore e dello stesso promittente venditore”.

<sup>615</sup> Véase, PROTO PISANI, *L’effettività dei mezzi...*, cit., pág. 626 y *Appunti sulla tutela di condanna*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1978, págs. 1.178-1.179. Señala MICHELI, G. A., (*Commentario del Codice civile (arts. 2.910-2.969), tutela dei diritti*, Zanichelli editore, 1977, pág. 192) que “pertanto, indubbio che il termine ‘esecuzione specifica’, usato nel titolo dell’articolo in esame, è stato assunto in un’accezione più estesa di quella ordinaria; in definitiva non si può dire, a mio avviso, che la sentenza constitutiva *de quo* contenga, oltre ad un provvedimento di cognizione, anche un provvedimento ejecutivo che sarebbe costituito dalla surrogazione della mancante volontà del deбитore. In tal caso l’esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto si verifica praticamente

---

suscitando una pronuncia del giudice che completi il contratto, indipendentemente da un atto esecutivo”.

**Sección IV:**  
**Ejecución por obligaciones de hacer infungibles**  
**o personalísimas.**

**XVI. Regulación.**

La ejecución de sentencias que condenan a hacer alguna cosa infungible o personalísima se encontraba regulada en la LEC de 1881 en un solo artículo: el 924. Y ni siquiera este precepto dedicaba toda su atención a la ejecución por haceres personalísimos; el mismo regulaba también como se ejecutaban las sentencias que condenaban a un hacer no personalísimo. Pero, además, ese único precepto era ineficaz y su redacción poco afortunada<sup>616</sup>.

---

<sup>616</sup> Son palabras de FERNÁNDEZ LÓPEZ (*Derecho procesal...*, cit., págs. 331-332, nota al pie n.º. 8) quien, asimismo, criticaba del legislador el tratamiento de esta ejecución de forma poco valiente y nada imaginativa. El autor señalaba, también, que era “el punto en que más desamparado deja nuestra vigente LEC al acreedor-ejecutante” (pág. 331). No es el único que mantenía esta opinión; la generalidad de la doctrina había manifestado su rechazo al precepto. Así TAPIA FERNÁNDEZ (*Las condenas...*, cit., págs. 128-129) consideraba la solución dada por el 924 de “raquítica” y decía que “la pobreza legal es absoluta..., no existe ningún interés por que dicho acreedor se considere efectivamente satisfecho”. Por su parte, MONTERO AROCA (*Derecho jurisdiccional...*, (1998) cit., pág. 505) entendía que “la ley ha optado por la solución más fácil, pero también la más contraria a la actuación del derecho y tutela del ejecutante”. También consideraba VERDERA SERVER (*El cumplimiento...*, cit., pág. 297) que “la mayor crítica que puede hacerse a la regulación legal y a las decisiones jurisprudenciales de estos supuestos es la desidia o el desinterés con que el legislador aborda la posibilidad de obtener el cumplimiento forzoso...”. Según PEREDA GÁMEZ (*Ejecución de*

Establecía el artículo 924 LEC de 1881, para el supuesto de haceres personalísimos, que “*si el condenado a hacer alguna cosa no cumpliere con lo que se le ordene para la ejecución de la sentencia dentro del plazo que el Juez al efecto le señale... se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios*”. ¿Estaba realmente este precepto concediendo al deudor un derecho de opción entre el cumplimiento *in natura* y la ejecución genérica o por equivalente (denominada legalmente indemnización de daños y perjuicios)?

Nos llama la atención que el Código Civil, a diferencia de lo que ocurre respecto de las obligaciones de hacer fungibles, de dar cosa específica (mueble o inmuebles) y de dar cosa perteneciente a un género, no se refiera en el Capítulo II, del Título I, del Libro IV, dedicado a la naturaleza y efectos de las obligaciones, a la ejecución por haceres personalísimos<sup>617</sup>. Pudiera pensarse que se trata de un olvido ( es decir, algo involuntario) del legislador, sin embargo, hay quien entiende<sup>618</sup> que más que un olvido es una omisión (esto es, algo intencionado o voluntario) “evitando así tocar un terreno tan resbaladizo como el de la pretendida conversión de una obligación en otra, o la supuesta opción del deudor a prestar un ‘aliud’ en vez de lo debido. Nos parece sorprendente que, con apenas una diferencia de ocho años entre la promulgación de ambos textos legales, la Ley sustantiva haya advertido la problemática que se suscita al respecto y haya sido más cautelosa en su regulación”.

---

*condenas...*, cit., pág. 51) suponía “hurtar el cumplimiento ‘in natura’ acudiendo con excesiva rapidez a la indemnización de perjuicios”.

<sup>617</sup> Ya dijimos (véase la segunda Sección de este mismo Capítulo) que el artículo 1.098, párrafo primero del Código Civil, también referido a la ejecución de condenas de hacer y que en principio no distingue si el hacer es fungible o infungible, no regula las condenas a un hacer personalísimo porque la consecuencia jurídica que dicho artículo establece (“...se mandará ejecutar a su costa”) es imposible aplicarla a los haceres infungibles. Si el hacer es personalísimo nunca podrá ser realizado por un tercero.

<sup>618</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas...*, cit., 131-132.



Sí se refiere el Código Civil a las obligaciones de hacer personalísimas, en cambio, cuando, en el Capítulo IV de ese mismo Título y Libro, habla del pago. De todas formas analiza este tipo de obligaciones de pasada, sin referirse propiamente al modo de ejecutarlas. El artículo que las recoge es el 1.164 CC, que únicamente establece que *“en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación”*.

La nueva LEC da un giro de ciento ochenta grados en lo que a la regulación de la ejecución por obligaciones de hacer personalísimas o infungibles se refiere. En este sentido, el artículo 709 establece:

*“1. Cuando el título ejecutivo se refiera a un hacer personalísimo, el ejecutante podrá manifestar al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el artículo 699, los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone y alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida<sup>619</sup>. Transcurrido este plazo sin que el ejecutado haya realizado la prestación, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo. El tribunal*

---

<sup>619</sup> Inicialmente (en el Anteproyecto, artículo 708) únicamente se permitía al ejecutado manifestar los motivos por los que se negaba a cumplir pero nada se establecía respecto a la posibilidad de alegar lo que estimara conveniente respecto al carácter fungible o infungible de la prestación. En el Proyecto y en el texto definitivo de la ley sí se recoge, en cambio, esta posibilidad. Creemos acertado permitir al ejecutado, aunque la decisión final corresponda al juez, argumentar lo que estime conveniente respecto a la (in)fungibilidad de la prestación porque, como hemos visto, es éste un concepto relativo en el que tienen mucho que ver las intenciones de las partes al constituir la obligación.

*resolverá por medio de auto lo que proceda, accediendo a lo solicitado por el ejecutante cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706.*

*2. Si se acordase seguir adelante la ejecución para obtener el equivalente pecuniario de la prestación debida, en la misma resolución se impondrá al ejecutado una única multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711.*

*3. Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero, Si, al cabo de un año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el tribunal.*

*4. No serán de aplicación las disposiciones de los anteriores apartados de este artículo cuando el título ejecutivo contenga disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor. En tal caso, se estará a lo dispuesto en aquél”.*

## **XVII. Requerimiento y plazo.**

Una vez ha recaído condena a un hacer personalísimo, e instada la ejecución por el ejecutante, la primera medida ejecutiva consiste en requerir al deudor-ejecutado para que cumpla y decirle dentro de que plazo debe hacerlo (art. 699, I LEC). En este momento puede ya el juez apercibir al deudor

ejecutado con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias (art. 699, II LEC), aunque lo normal será que no lo haga hasta ver cuál es el comportamiento del deudor en dicho plazo.

El plazo es fijado por el juez, en el auto por el que despacha la ejecución, es improrrogable y puede ser de varios tipos, atendiendo a las características y circunstancias del hacer (art. 705 LEC); será único cuando el hacer o bien sea sencillo, o no deba ser realizado por fases y, en este caso, se deberá realizar totalmente el hacer en dicho plazo; en cambio, si el hacer es más complicado, o debe ser realizado por fases, se fijarán plazos sucesivos en cada uno de los cuales se deberá realizar la actividad señalada. Respecto a la posibilidad de prorrogar el plazo, sólo es posible cuando el éxito de la ejecución depende de la prórroga<sup>620</sup>. Esto lo deducirá el juez de los motivos aducidos por el deudor respecto de su cumplimiento parcial.

Transcurrido el plazo, el comportamiento del deudor puede haber ido en distintas direcciones:

1. Que haya realizado total y correctamente el hacer. En este supuesto la ejecución termina, debiendo continuar únicamente para el pago de las costas.

2. Que realice el hacer de forma parcial. En este caso se equiparará el cumplimiento parcial al incumplimiento y la ejecución continuará en la forma que veremos respecto del incumplimiento.

3. Que el deudor cumpla de forma defectuosa. El cumplimiento defectuoso se equipara al incumplimiento. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho (art. 1.098, II CC)<sup>621</sup>.

---

<sup>620</sup> Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El proceso...*, cit., pág. 232, *Derecho procesal...*, cit., pág. 325.

<sup>621</sup> Como ya expusimos en el apartado A), epígrafe IV, Sección II de este mismo Capítulo, el artículo 1.098, párrafo segundo CC es aplicable tanto a las obligaciones de hacer fungibles como a las infungibles. Véase lo allí expuesto.

4. Que el deudor no cumpla. Transcurrido el plazo sin que el deudor-ejecutado haya cumplido y si el juez decide que la prestación es personalísima, el acreedor-ejecutante puede optar entre pedir que la ejecución continúe para obtener el equivalente pecuniario de la prestación incumplida o solicitar que se apremie al deudor para que sea él mismo quien cumpla, siempre, claro está, que la sentencia no haya establecido nada para el caso de incumplimiento del deudor porque, si es así, se estará a lo en ella establecido.

Dentro del plazo dado para cumplir le permite la ley exponer los motivos por los que se niega a hacer y alegar lo que estime conveniente sobre el carácter personalísimo o no de la prestación<sup>622</sup>. No es necesario ni que manifieste dichos motivos ni que se pronuncie sobre el carácter de la prestación, puede hacerlo o no libremente; así se deduce de las términos usados por el artículo 709 LEC (...el ejecutado *podrá* manifestar al tribunal...).

Creemos que es un acierto legal permitir al deudor-ejecutado alegar acerca del carácter personalísimo o no de la prestación, porque la fungibilidad es un concepto relativo y pudiera pasar que el acreedor-ejecutante pretendiera que se apremiara al deudor a cumplir personalmente la obligación cuando, realmente, ésta puede ser cumplida por un tercero con idénticos resultados desde el punto de vista del interés del acreedor.

---

<sup>622</sup> En el Anteproyecto (art. 708) se establecía otro plazo (de 10 días) distinto del plazo concedido para cumplir. Este plazo de diez días se concedía al deudor no para cumplir sino para manifestar los motivos por los que se negaba a realizar la prestación. El plazo de diez días se integraba dentro del plazo de cumplimiento, es decir, si el juez concede al deudor-ejecutado un plazo de un mes para cumplir, a este plazo no se le sumarán los diez días para que manifieste por qué no quiere cumplir sino que durante los diez primeros días de ese mes será cuando pueda exponer los motivos por los que se niega a cumplir. Como hemos señalado, el texto definitivo de la LEC no recoge este plazo de diez días sino que permite que durante todo el plazo que se concede para cumplir el requerimiento se aleguen por el deudor los motivos por los que se niega a cumplir. Creemos que hubiera sido preferible que ese plazo se hubiera mantenido porque, de esta forma, se daría velocidad a la ejecución. Imaginemos, por

En cambio, que el demandado exprese los motivos por los que se niega a cumplir parece, en principio, que no tiene ninguna repercusión porque:

1. En primer lugar, hay una sentencia de condena que él debe cumplir obligatoriamente, aunque no esté de acuerdo (en cuyo caso y si tiene motivo deberá oponerse a la ejecución, arts. 556 y ss).

2. En segundo lugar, porque sean cuales sean los motivos por los que el deudor-ejecutado no quiere cumplir es el acreedor-ejecutante quien, ante el incumplimiento de aquél, elegirá la forma en la que debe continuar la ejecución. Y puede elegir, sean cuales sean los motivos del deudor, que se le apremie para que cumpla.

Sin embargo, en ocasiones, los motivos aducidos por el deudor-ejecutado sí pueden tener sentido. Por ejemplo, imaginemos que un escritor famoso decide no escribir el libro que contrató con una determinada editorial porque la situación pecuniaria comprometida en la que se encontraba y que fue la causa por la que decidió contratar la realización del libro ha desaparecido. La razón expresada por el deudor, aunque en sí misma y a efectos de la ejecución es indiferente, servirá al acreedor para que se decante por solicitar el equivalente pecuniario de la prestación en vez de intentar que el deudor cumpla a través de apremios pecuniarios porque, evidentemente, los apremios pecuniarios (limitados, como es normal, en cuanto a su cuantía y duración) no suponen ninguna coerción sobre la voluntad del deudor. De esta forma, además, se ha ahorrado un año de tiempo de estar apremiando inútilmente al deudor.

---

ejemplo, que el juez concede un plazo para cumplir de dos meses . ¿Para que esperar todo ese

### XVIII. Posibles formas de ejecución.

#### A) *Nemo ad factum praecise cogi potest.*

De forma previa o como punto de partida para el análisis de las distintas formas en que pueden ejecutarse las sentencias que condenan a un hacer infungible o personalísimo, estudiamos qué sentido debe atribuirse hoy en día al brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest*. Según este principio nadie puede ser obligado a un hecho<sup>623</sup>, es decir, no es posible la coerción psicológica de la persona para constreñirla a la realización de la prestación de hacer debida, de forma que la ejecución forzosa *in natura* queda excluida<sup>624</sup>.

Esta regla de origen bajomedieval (el principio es extraído de la Magna Glosa de Acursio realizada al Digesto 42,1,13 parágrafo 1º)<sup>625</sup>, surge en un ámbito socio-cultural muy determinado: como reacción frente a las numerosas obligaciones que los siervos debían cumplir a favor de sus señores. Su finalidad era salvaguardar la libertad y dignidad personales<sup>626</sup>, incluso aunque se

---

tiempo para saber los motivos del incumplimiento? Entiendo que con diez días sería suficiente.

<sup>623</sup> MANS PUIGARNAU, *Los Principios Generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1979.

<sup>624</sup> VATTIER FUNZALIDA, *Sobre la estructura...*, cit., pág. 79.

<sup>625</sup> LIEBS, D., *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, Beck, München, 1982, pág. 132. En CAPILLA RONCERO (*La responsabilidad...*, cit., pág. 144) puede verse ampliamente la evolución histórica del principio. También en CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., pág. 29) quien especifica que el primer autor en citar el principio fue Antonius Faber, hacia finales del siglo XVI: *Nemo praecise potest cogi ad factum quia sine vi et impressione id fieri non potest, ideo que in obligationibus faciendi succedit praestatio ejus quod interest*.

<sup>626</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad...*, cit., pág. 142. PERROT, R., *La efectividad de las resoluciones judiciales en el ámbito civil, mercantil y laboral*, en Justicia, 1987, pág. 329. No comparte esta postura BORRÈ G. (*Esecuzione forzata degli...*, cit., pág. 17) quien señala que “la sostanza del problema scaturiva, dunque, nel caso degli obblighi di fare, non tanto dall’esigenza di difendere la libertà del debitore, quanto piuttosto dall’incapacità di concepire la esecuzione in termini di attività surrogatoria”.

desobedeciera lo contenido en la sentencia. De todas formas, ya en derecho romano indirectamente se tenía en cuenta este principio pues la ejecución procesal de la época clásica es ordinariamente patrimonial y no personal<sup>627</sup>, es decir, que el incumplimiento de la condena por el deudor significaba su transformación en una condena dineraria.

El principio fue íntegramente recogido por el codificador napoleónico (art. 1.142 del Código Civil francés), quien estableció que “*toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en la de indemnizar los daños y perjuicios en caso de no ejecución por parte del deudor*”<sup>628</sup>. Evidentemente, las legislaciones por él influenciadas, entre ellos la española<sup>629</sup> (LEC de 1881), también recogieron el principio.

En nuestro caso, no pareció importar, a la hora de recoger el brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest*, que nuestra tradición fuera contraria al mismo. En este sentido, las Partidas recogían precisamente el principio contrario, es decir, la posibilidad de ejecutar en forma específica. En la Partida 3ª, Título XXVII, ley 5ª, titulada “*Fasta quanto tiempo deue ser cumplido el Juyzio que fuere dado contra alguno*”, se establece que “*si la sentencia fuesse dada contra el demandado, en razon de alguna cosa que deuiesse fazer, deuelo apremiar, que la faga assi como fue puesto, o lo prometio...*”. Por su parte, la Partida 5ª, Título XI, ley 13ª, titulada “*Fasta quanto tiempo deue ser complida*

---

<sup>627</sup> D’ORS, *Derecho privado...*, cit., pág. 157.

<sup>628</sup> Para BORRÈ (*Esecuzione forzata degli...*, cit., pág. 20) esta solución “non era tanto un’espressione necessaria dei nuovi principi filosofici e politici di libertà, quanto piuttosto l’effetto dell’applicazione di tali principi ad una impostazione tratatizia del problema dell’esecuzione forzata del facer”.

<sup>629</sup> También el Proyecto de CC de 1851 recogía el principio, pues solo podía ser impuesta la ejecución en forma específica mandando ejecutar a costa del deudor la prestación comprometida; de manera que cuando se tratase de prestación personalísima no quedaba más vía que ejecutar por la indemnización de daños y perjuicios (cfr. CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad...*, cit., pág. 161).

*la promission” determina para el caso de obligaciones de dar o de hacer alguna cosa que “e si entendiere (el juez) que tanto tiempo es ya passado, de que fizo la promission, que la pudiera auer complida si quisiesse, deule apremiar que la cumpla luego fasta tiempo cierto; señalando un dia cierto, que el touiere por guisado a que faga lo que assi prometio...”.*

Se ha señalado<sup>630</sup> que el principio *nemo ad factum praecise cogi potest* se limita a los supuestos de obligaciones personalísimas, puesto que no tiene sentido cuando es posible la ejecución por subrogación, es decir, cuando un tercero puede realizar la prestación debida por el deudor-ejecutado con las mismas consecuencias y efectos, o sea, quedando igualmente satisfecho el interés del acreedor-ejecutante.

En todo caso, las circunstancias que llevaron a establecer la regla en la LEC de 1881 han cambiado, el entorno socio-cultural en el que el aforismo nació no es el mismo y de ahí que parte de la doctrina predicara la superación de la regla *nemo ad factum praecise cogi potest*. Entre ella destacamos a TAPIA FERNÁNDEZ<sup>631</sup> quien entendía que el aforismo “ha sido suficientemente superado en aquellos casos –como el que nos ocupa– en que el respeto de la ley por la libertad y autonomía del ciudadano no puede alcanzar aquellas situaciones que, precisamente, se basan en la falta de respeto y consideración a la libertad ajena”.

---

<sup>630</sup> VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura...*, cit., pág. 79. CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad...*, cit., pág. 161.

<sup>631</sup> *Las condenas...*, cit., págs. 128-129. Comparte esta posición PERROT (*La efectividad de las resoluciones...*, cit., pág. 330). El autor entiende que “en la fase de ejecución, están fuera de lugar los reparos que dimanen del principio *nemo praecise cogi potest*, y del respeto a la libertad individual, y ello por la sencilla razón de que la resolución judicial, buena o mala, ya ha sido pronunciada, y el orden público exige que sea ejecutada.

En suma, la esencia del problema estriba en hacer que la resolución se ejecute con un *minimum* de flexibilidad y un *maximum* de eficacia”.



Desde una posición contraria, consideraba CAPILLA RONCERO<sup>632</sup> que “no es aventurado decir que el principio *nemo ad factum* conserva hoy en día su vigencia, sin que quepa calificarlo como principio trasnochado y típico del liberalismo decimonónico”.

Evidentemente, el aforismo *nemo ad factum praecise cogi potest* podía tener sentido en el momento histórico en el que surgió, pero hoy en día ha dejado de tenerlo. Además no creemos que se pudiera predicar, a la vista de la Constitución (art. 24) y de la LOPJ (art. 18.2), que el citado aforismo siguiera teniendo vigencia. Así lo ha entendido la nueva LEC al romper claramente con dicho principio. La LEC de 2000 permite expresamente constreñir al deudor-ejecutado no sólo con multas pecuniarias sino también con apremios personales, por lo que se puede afirmar con rotundidad que el principio *nemo ad factum praecise cogi potest* hoy en día no es más que un residuo histórico.

*B) Formas de ejecutar la condena según la LEC de 1881.*

*a) La opción concedida al deudor y su repercusión en cuanto a la forma de ejecutar la condena.*

Según el artículo 924 LEC de 1881 en caso de que transcurra el plazo sin que el deudor haya cumplido “*se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios*”. ¿Estaba este artículo realmente concediendo un derecho de opción al deudor en sede de ejecución? Para la doctrina civilista el deudor disponía de libertad para optar entre cumplir en forma específica dicha obligación o

---

<sup>632</sup> *La responsabilidad...*, cit., pág. 193.

indemnizar los daños y perjuicios producidos<sup>633</sup>, como si de una obligación facultativa o alternativa se tratara. Nos encontraríamos, en palabras de RIVERO<sup>634</sup>, ante un derecho a incumplir las sentencias, a comprar el no cumplimiento en forma específica: “comprando su libertad frente al Derecho y frente a la justicia”.

A nosotros nos resultaba difícil comprender que el legislador hubiera concedido al deudor un derecho de opción en sede de ejecución<sup>635</sup>. Ya hemos definido lo que son las obligaciones alternativas, facultativas, la novación, la dación en pago y la obligación con cláusula penal por eso nos limitaremos a afirmar que el artículo 924 LEC de 1881 (al igual que tampoco el artículo 706.1 LEC/2000) no recogía ninguna obligación de este tipo<sup>636</sup>.

---

<sup>633</sup> Cfr. BELTRÁN DE FELIPE, *El poder de sustitución...*, cit., pág. 245.

<sup>634</sup> *Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits*, citado por BELTRÁN DE FELIPE, *El poder de sustitución...*, cit., págs. 258-259. Rivero se refiere a la ejecución cuando el ejecutado es la Administración y, por eso, considera que esa compra es “a un módico precio porque quien sufragará los gastos de la indemnización serán los contribuyentes”.

<sup>635</sup> Para CAPILLA RONCERO (*La responsabilidad...*, cit., pág. 94) la opción “no es entre las diversas modalidades de la ejecución forzosa, sino entre la llamada ‘ejecución procesal voluntaria’ y la ejecución forzosa (en cualquiera de sus modalidades, si bien, por tratarse de supuestos en que no cabe la ejecución específica, ya que son obligaciones personalísimas o negativas, la alternativa se acaba planteando entre la ejecución voluntaria o la forzosa en su modalidad de ejecución dineraria”.

<sup>636</sup> En primer lugar, no se trataba de obligaciones alternativas porque las diversas prestaciones no estaban situadas en un plano de igualdad. La obligación primera era la de realizar el hacer, la de cumplir en forma específica, y sólo subsidiariamente aparecía la obligación de indemnizar. Además no todas las prestaciones satisfacían el interés del acreedor: la indemnización de daños y perjuicios, por regla general, no satisface el interés del ejecutante. Por otro lado esta “opción” no tenía ni naturaleza testamentaria, ni contractual (porque las partes al constituir la obligación no quisieron crear una obligación alternativa) ni legal (fuentes de las obligaciones alternativas) por lo que no podía constituir una obligación alternativa.

En segundo lugar, tampoco constituía una obligación facultativa porque éstas proceden únicamente de pacto expreso entre las partes o de una disposición legal especial y expresa y ese no era el caso.

En tercer lugar, no era una dación en pago porque la indemnización de daños y perjuicios (que sería considerada el *aliud*) no sirve para satisfacer el interés del acreedor y, por

Respecto a las formas en que se podían ejecutar las condenas de hacer personalísimas, partiendo de la “opción” que el artículo 924 LEC de 1881 concedía al deudor, entendemos que, en principio, podían ser ejecutadas forzosamente en forma genérica o por equivalente pero también en forma específica o en sus propios términos.

La posibilidad de la ejecución genérica o, como la ley la llama, indemnización de daños y perjuicios, era evidente. El propio artículo 924 LEC lo establecía expresamente. Más complicada resultaba la justificación de que todavía fuera posible la ejecución en forma específica una vez transcurrido el plazo concedido por el juez para cumplir. La defensa de la posibilidad de ejecutar en sus propios términos la condena, requería contestar a dos cuestiones previas. La primera de ellas era si estaba vigente o no en nuestro ordenamiento principio *nemo ad factum praecise cogi postest* y, la segunda, si era acorde a nuestro ordenamiento jurídico utilizar medios de coerción sobre la voluntad del deudor-ejecutado.

Respecto a la vigencia del principio *nemo ad factum praecise cogi potest*, ya hemos dicho en el apartado anterior que, parte de la doctrina entre la que nosotros nos situamos, lo entendía superado. La posible utilización de medidas coercitivas la estudiamos en el apartado siguiente.

Todavía era posible otra forma de ejecutar la sentencia: la ejecución por subrogación. El acreedor podía, ante el incumplimiento del deudor,

---

otro lado, para que el *aliud* extinga la obligación es necesario el consentimiento de acreedor y de deudor y aquí no se daba ese consentimiento bilateral.

Tampoco era, en cuarto lugar, un supuesto de novación principalmente porque no concurría la voluntad de novar.

Finalmente, no constituía una obligación con cláusula penal porque no había voluntad en este sentido y porque, normalmente, la pena es una prestación adicional (ampliación objetiva del débito) que hay que pagar además de cumplir la obligación principal y, sin

conformarse u optar por que fuera un tercero quien realizara la actividad a costa del deudor, es decir, que ante la tesitura de obtener el equivalente pecuniario de la actividad o que ésta fuera realizada por un tercero, podía preferir esto último. Naturalmente, como la actividad era personalísima, su realización por una tercera persona nunca sería idéntica a su realización por el condenado, con lo que el interés del acreedor-ejecutante no quedaría totalmente satisfecho. Por este motivo, junto con la realización de la actividad por el tercero, sería necesaria la indemnización de los daños y perjuicios producidos. Esta tercera posibilidad era comunmente aceptada por la doctrina<sup>637</sup>.

La ejecución por subrogación no vulnera el artículo 1.164 del CC, puesto que este precepto señala que en las obligaciones de hacer personalísimas el acreedor no *podrá ser compelido* a recibir la prestación o el servicio de un tercero, es decir, que si él no quiere nadie podrá obligarle, pero nada le impide optar voluntariamente por esta posibilidad.

*b) Sobre la posibilidad de utilización de medios de coerción.*

1. FUNDAMENTACIÓN.

Del artículo 924 se desprendía que si el condenado a hacer una cosa que tiene carácter personalísimo no la realiza dentro del plazo que el juez, al efecto, le señale, se transformará la condena en la indemnización de daños y perjuicios.

---

embargo, la indemnización no era “algo” adicional a la obligación principal sino, precisamente, lo que la sustituía.

<sup>637</sup> Entre otros se han manifestado en este sentido FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El proceso...*, cit., pág. 236 y *Derecho procesal...*, cit., pág. 334, MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, (1998) cit., pág. 503, RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 1024 y CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 107.

Como vemos, el precepto, en ningún momento hace referencia a la posibilidad de utilizar medios de coerción sobre la voluntad del deudor.

Por su parte, el artículo 1.161 del CC, también relativo a las obligaciones de hacer personalísimas, considera que *“el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y las circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación”*. Tampoco este precepto establece o permite expresamente la utilización de medidas de coerción sobre la voluntad del deudor, sino que se limita a considerar que si el acreedor no quiere no cabrá la ejecución por subrogación.

Por último, el artículo 923 LEC limitaba los medios posibles a utilizar para ejecutar una condena de dar (cosa distinta a dinero o cantidad ilíquida), hacer o no hacer alguna cosa, a los *“medios necesarios al efecto, y que se expresan en los artículos que siguen”*. Los artículos siguientes, entre ellos el 924 LEC en lo relativo a las obligaciones de hacer personalísimas, no arbitran instrumentos (ni adecuados ni inadecuados) para obligar al deudor al cumplimiento.

En consecuencia, ¿cabía de estos preceptos deducir que no eran posibles los medios de coerción sobre la persona del deudor? Pensamos que no. Aunque la solución no es la misma que respecto a las obligaciones de hacer fungibles, el razonamiento sí es el mismo. Dos son los fundamentos (uno legal y otro constitucional) que nos empujaban hacia una respuesta afirmativa:

1. El fundamento constitucional estaría integrado por dos preceptos: el artículo 24.1 y el 118. El primero de ellos establece el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva; derecho que supone, entre otras cosas, que las sentencias de condena se ejecutarán en forma específica teniendo esta forma de

ejecución como única excepción el que existan *razones atendibles*. Evidentemente, el hecho de que el deudor no cumpla en plazo no creemos que pueda considerarse una *razón atendible*.

En segundo lugar, el artículo 118 CE regula una doble obligación: por un lado, cumplir las resoluciones firmes emanadas de los órganos jurisdiccionales; obligación que corresponde al deudor; por otro, prestar la colaboración requerida en el curso de cualquier proceso y en la ejecución de lo resuelto. El deber de colaboración en la ejecución, va referido no sólo a los poderes públicos sino a cualquier ciudadano en general y, por tanto, entendemos que también el deudor-ejecutado tiene la obligación de colaborar en la ejecución<sup>638</sup>. Este precepto abre las puertas para que se puedan aplicar medidas no establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y más concretamente el delito de desobediencia a la autoridad.

Y la importancia de la Constitución nos la recuerda el artículo 5.1 LOPJ: *“La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales...”*. Incluso, según reflexiona FERNÁNDEZ LÓPEZ<sup>639</sup>, el artículo 5.3 LOPJ parece permitir a los jueces la “acomodación” de cualquier precepto legal a la Constitución “por vía interpretativa”.

2. El fundamento legal lo constituye el artículo 18.2 LOPJ. Este precepto obliga expresamente a que las sentencias se ejecuten en sus propios términos, salvo en los supuestos de imposibilidad, ya sea ésta física ya jurídica.

---

<sup>638</sup> En este sentido se pronuncia el artículo 17.1 LOPJ: *“Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma en que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto...”*.

<sup>639</sup> *Derecho procesal...*, cit., pág. 333.

Lo dicho nos lleva a la conclusión que la limitación que el artículo 923 LEC establecía respecto de los medios a utilizar, había sido derogada. En consecuencia, no sólo podían utilizarse los establecidos en los artículos 924 LEC y ss. (es decir, ninguno), sino que se podía recurrir a otros mecanismos previstos en el resto del ordenamiento jurídico.

A continuación analizamos las diversas posiciones doctrinales que respecto a este punto existían.

## 2. SOLUCIÓN DOCTRINAL.

No existía unanimidad en la doctrina respecto a qué medios podían utilizarse para conseguir que el deudor cumpliera. Se podían distinguir, en general, tres posiciones diferentes:

1. Parte de la doctrina, sobre todo la más antigua, entendía que no era posible utilizar medida alguna para incitar al deudor al cumplimiento, por tanto, la condena no podía ejecutarse *in natura*, sino que, ante el incumplimiento del deudor, se sustituía por la indemnización de daños y perjuicios. Eran de esta opinión, entre otros, GOMEZ ORBANEJA y HERCÉ QUEMADA, PRIETO CASTRO y FENECH<sup>640</sup>.

Dentro de la doctrina más reciente, comparte esta posición la profesora TAPIA FERNÁNDEZ pero, tras afirmar la ausencia de toda medida coercitiva en nuestro ordenamiento, matizaba<sup>641</sup> que las constricciones y astringencias no le parecen, a la vista del artículo 118 CE, anticonstitucionales.

---

<sup>640</sup> GÓMEZ ORBANEJA y HERCÉ QUEMADA, *Derecho...*, cit., págs. 264-265, PRIETO CASTRO, *Tratado...*, cit., págs. 836-837. FENECH, *Derecho procesal...*, cit., pág. 586.

<sup>641</sup> *Las condenas...*, cit., pág. 140. La autora señala los beneficios del sistema para el deudor insolvente: "es evidente que un condenado insolvente optará siempre por el resarcimiento de perjuicios, puesto que de este modo, ni se le constriñe a cumplir 'in especie', ni sufrirá lesión

También mantiene esta postura VERDERA SERVER<sup>642</sup> quien proponía que una solución adecuada podría venir de las previsiones de las partes, es decir, que como en este tipo de obligaciones sólo cabe acudir a la indemnización de perjuicios, “una racional y previsora administración de los riesgos del contrato debe llevar al acreedor de esas prestaciones al establecimiento de mecanismos de coerción privada (como, por ejemplo, la cláusula penal) para el caso de incumplimiento, estipulaciones que sí pueden tener cierto sentido de presión para el deudor<sup>643</sup>. Lo que no puede conseguir el acreedor es que el juez reconstruya el contrato, añadiendo una serie de pactos y consecuencias que las partes no establecieron”.

2. Otra parte de la doctrina entendía, sin embargo, que la única medida que era posible era la utilización del delito o la falta de desobediencia grave a la

---

en su patrimonio (¿inexistente?)”. También recientemente señala PEREDA GÁMEZ (*Ejecución de condenas...*, cit., pág. 56) que “no existe en nuestro ordenamiento procesal medios coactivos para forzar el cumplimiento directo de las obligaciones personalísimas o personales pues ni la multa (“astreinte” en derecho francés) ni el arresto como consecuencia (desaparecida la prisión por deudas, a pesar de persistir alguna manifestación en derecho alemán) son válidos en nuestro derecho y el juez ejecutor se ve muy limitado para actuar”.

<sup>642</sup> *El cumplimiento...*, cit., pág. 298.

<sup>643</sup> Entiende CAPILLA RONCERO (*La responsabilidad...*, cit., págs.197 y ss) que en los pactos privados debe respetarse el principio de proporcionalidad. Este principio “no agota su función en la determinación de la cuantía de la obligación de indemnizar, sino que también despliega su eficacia a la hora de determinar la gravedad de la agresión que padece el patrimonio del deudor, llegado el momento de hacer efectiva la responsabilidad”. En cuanto a la determinación anticipada de la indemnización a abonar, cabrían incluso pactos de agravación de responsabilidad e incluso cabría una pena convencional cumulativa en vez de sustitutiva pero, dice el autor que, “a mi juicio hay indicios suficientes que permiten sostener que el principio de adecuación o proporcionalidad se encuentra, en alguna medida, llamado a cumplir una cierta función moderadora para los casos en los cuales se produce una exagerada desproporción entre la sanción que padece el deudor, a través de la pena convencional... Pero además la pena convencional no ha de oponerse ni a la moral ni al orden público. Y la moral social dominante puede no aceptar una pena convencional que comporte un sacrificio desproporcionado del deudor”. Por último los tribunales deben “moderar equitativamente el montante de la pena convencional, cuando habiéndose previsto la pena para un determinado supuesto de incumplimiento de una cierta gravedad o extensión, el incumplimiento que se



autoridad, es decir, que el juez apercibiría al deudor-ejecutado que en caso de persistir en su actitud, su incumplimiento sería penalizado como delito de desobediencia a la autoridad. Mantenían esta opinión, entre otros, MONTERO AROCA y RAMOS MÉNDEZ<sup>644</sup>.

3. Por último, había autores que consideraban aplicables otro tipo de medidas. En este sentido GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI<sup>645</sup> entendía, para el supuesto de incumplimiento de obligaciones personalísimas, que el tribunal, a petición del acreedor, constreñirá al condenado mediante la imposición de una pena pecuniaria, sin sujeción a límites. Y cuando, pese a ello, el condenado persistiere en su negativa, el acreedor podrá obtener el equivalente mediante la indemnización de daños y perjuicios.

Compartía esta postura CATALÀ COMAS<sup>646</sup>. La autora consideraba que, además de otras medidas, caben astringencias pero “su implantación práctica sin

---

produce es menos grave, como ocurre cuando se prevé la pena para el caso de incumplimiento total y definitivo y lo que se produce es un incumplimiento parcial o irregular”.

<sup>644</sup> MONTERO AROCA (*Derecho jurisdiccional...*, (1995) cit., pág. 502) considera que a este remedio “debe acudirse con prudencia pero con decisión”. En el mismo sentido BONET NAVARRO, J., *Comentario a la STS (Sala 2ª) de 14 de octubre de 1992*, en *Revista General de Derecho*, 1994, julio-agosto, págs. 8262-8263. RAMOS MÉNDEZ (*Derecho procesal...*, cit., pág. 1025) entiende que “no puede dudarse de la aplicabilidad del delito de desobediencia a la autoridad, bajo la excusa de que el artículo 924 remite a la indemnización de daños y perjuicios”. Dentro de esta postura, aunque tímidamente, PÉREZ GORDO, A., *El sistema de recursos y el proceso de ejecución singular, ante la corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1975, pág. 889.

<sup>645</sup> *Ejecución forzosa...*, cit., págs. 855-856.

<sup>646</sup> *Ejecución de condenas...*, cit., págs. 220-221. Se opone expresamente a esta postura CAPILLA RONCERO (*La responsabilidad...*, cit., págs. 255-257). Para el autor “pretender extraer de esos solos preceptos (24 CE y 18.2 LOPJ) la admisibilidad de que los jueces apliquen la *astreinte*, sin más, parece aventurado, especialmente por tratarse de una medida que tiene cierto matiz o carácter punitivo, respecto de la cual seguramente se encuentra vigente el principio de legalidad (...).

Es más, de la reciente Ley de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1984 puede extraerse un, a mi entender, fuerte argumento contrario a la admisibilidad actual de la *astreinte* entre las normas del procedimiento de ejecución. Tal argumento, además de la no modificación del tenor del artículo 923, se encuentra en el anteriormente visto artículo 921-4. Es ésta la única norma que introduce un agravamiento de la condición del ejecutado que se

una base normativa expresa es incierta. Dependerá en gran medida del juez. La clave del éxito está en configurarla como astringencia remarcando su carácter coercitivo y no indemnizatorio ni mucho menos sancionador”.

Por su parte, FERNÁNDEZ LÓPEZ<sup>647</sup>, en actitud claramente voluntarista, señalaba que “el camino hacia las astringencias parece expedito. Si los jueces no las ordenan es porque no quieren no porque no puedan. Y la verdad es que el derecho a la ‘tutela efectiva’, y más aún la necesidad general de que las sentencias se ejecuten en sus propios términos, así lo exige”.

### 3. NUESTRA POSTURA.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no preveía medidas de presión sobre la voluntad del deudor que le llevaran a pensar que era menos costoso y, por tanto, preferible el cumplimiento *in natura* y, sin embargo otros sectores de nuestro ordenamiento sí establecían y establecen soluciones para resolver este problema, soluciones (algunas de ellas) que sería posible aplicar al ámbito procesal civil. Por eso, nosotros no podemos compartir la opinión de aquellos que pensaban que no era posible utilizar medida alguna de coerción sobre la voluntad del deudor. Creemos que éste era un posicionamiento un tanto radical y pesimista y que del conjunto del ordenamiento sí podía justificarse la

---

retrasa en dar cumplimiento a la condena. Y se ha cuidado el legislador de señalar el montante de ese agravamiento: el interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Por si alguna duda quedara acerca de las facultades de los Tribunales sobre este asunto, la propia norma se preocupa de regular sus poderes, pero para precisar que éstos solamente pueden equitativamente, y con la motivación oportuna, alterar la cuantía de esos intereses, para reducirlos, pero en modo alguno para aumentarlos, en el caso de que la sentencia que resuelve el recurso interpuesto sea parcialmente estimatoria del mismo. Si en la mente del legislador hubiera estado la idea de consentir una *astreinte* de creación judicial, con seguridad no se hubiera expresado en esos términos”.

<sup>647</sup> *Derecho procesal...*, cit., pág. 333.

utilización de determinados medios de coerción sobre la voluntad reacia del deudor.

*C) Formas de ejecutar la condena según la nueva LEC.*

*a) En general.*

Respecto de la forma en que pueden o deben ejecutarse las sentencias que condenan a un hacer infungible o personalísimo deben distinguirse dos supuestos:

1. Que la sentencia de condena contenga disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor. En este caso, la condena se ejecutará conforme a lo establecido en el título ejecutivo.

2. Que la sentencia de condena no contenga ninguna disposición respecto a cómo debe procederse en caso de incumplimiento del deudor. En este supuesto, y tras expresar (si así lo desea) el deudor los motivos por los que se niega a cumplir y lo que estime conveniente respecto al carácter (personalísimo o no) de la prestación, el acreedor-ejecutante *puede* optar entre pedir que la ejecución siga adelante para que le sea entregado el equivalente pecuniario de la prestación o que se apremie al deudor-ejecutado para que sea él mismo quien cumpla.

Si el juez entiende (por medio de auto) que la prestación no es personalísima ordenará (en ese mismo auto) que la ejecución prosiga con

arreglo a los dispuesto en el artículo 706, es decir, según lo establecido para los haceres fungibles (art. 709.1 LEC)<sup>648</sup>.

El juez puede, en cambio, entender que la prestación es personalísima<sup>649</sup>. En este supuesto, accederá a la opción elegida por el acreedor-ejecutante. Es decir, si éste opta por el equivalente pecuniario no puede el juez desconocer esta

---

<sup>648</sup> El Anteproyecto (art. 708) establecía que si el juez determinaba que el hacer no tenía carácter personalísimo la ejecución debía seguir para entregar al acreedor-ejecutante un equivalente pecuniario, a la vez que se impondría al ejecutado una multa única. Entendemos, sin embargo, más correcta la solución finalmente adoptada por la LEC porque si el juez decide que el hacer no tiene carácter personalísimo está fijando que su carácter es no personalísimo (fungible) y, por eso, no tiene sentido que se le condene simplemente a indemnizar daños y perjuicios. Lo coherente es que se condene a ejecutar tal y como se ejecutan ese tipo de condenas, es decir, que se permita al acreedor-ejecutante pedir que se le faculte para encargar el hacer a un tercero o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios y que no se imponga ninguna multa.

<sup>649</sup> Como hemos indicado es al juez a quien corresponde decidir si la prestación es o no personalísima, en el primer supuesto se ejecutaría conforme a la opción tomada por el deudor y, en el segundo, según lo establecido en el artículo 706 LEC. Pero es posible, también, que el juez entienda o decida que se trata de una obligación regulada expresamente en algún otro precepto de la ley y que debe ejecutarse tal y como establece ese precepto, no conforme a los artículos 706 o 709 LEC. Por ejemplo, puede entender que se trata de la obligación de rendir cuentas de una administración, ejecutable conforme a lo establecido en el artículo 720 LEC. Y es que, en ocasiones, pueden surgir dudas acerca de si la obligación es de rendir cuentas de una administración o se trata de un supuesto general de obligación de hacer distinto de aquél. Entiende SÁNCHEZ LÓPEZ, B. (*Consideraciones sobre la ejecución de sentencia de condena a rendir cuentas, o dar cuenta*, en *Tribunales de Justicia*, febrero 1999, n.º. 2, págs. 103 y ss, concretamente págs. 108, 113 y 114) que el artículo 946 LEC de 1881 (actual 720 LEC del 2000) “no pretende tanto lograr la dación de cuenta por el deudor cuanto condenar a éste al pago del saldo resultante. O dicho de otra forma, subyace en el artículo 946 LEC y concordantes la consideración de que la prestación más importante y a la que se dirige toda la actividad posterior a la firmeza de la sentencia es la condena pecuniaria, de tal forma que, en dicha actividad, la rendición –el *facere*– no deja de ser meramente accesorio, secundario e instrumental”. Por eso su conclusión es que “el procedimiento que desarrolla el artículo 946 LEC está exclusivamente encaminado a fijar la cuantía del dar, representada por el saldo de la liquidación; es decir, obedece a la prestación debitoria de la administración y constituye el importe de la responsabilidad del deudor por su gestión”. Consecuentemente, considera que el artículo 946 LEC de 1881 no se aplica en todo caso en que se postula en la demanda la condena a la rendición y entrega. En estos otros casos, la obligación (de hacer) se ejecutará conforme al artículo 924 LEC de 1881 (artículo 709 LEC de 2000) porque se trata de una actividad infungible ya que “ninguna potestad humana puede suplir satisfactoria y plenamente la falta de cumplimiento del condenado, cuando tal cumplimiento se refiere a conocimientos que, por ser propios, deben tener la consideración de especiales y, por ende, infungibles”.

elección y acordar que la ejecución prosiga con la imposición de apremios pecuniarios al deudor. No debemos desconocer los términos utilizados por la ley: se dice que el juez *accederá* (no que podrá acceder) a la solicitado.

Es posible, por otro lado, que el acreedor-ejecutante no diga nada respecto a cómo quiere que continúe la ejecución. En este caso ¿será al juez a quien corresponda decidir en qué forma de las legalmente previstas debe continuar la ejecución? No, es el ejecutante quien tiene que optar entre una u otra forma de ejecución y si no lo hace, el juez, después de requerirle, suspenderá la ejecución<sup>650</sup>.

*b) Ejecución por equivalente.*

Es posible que el acreedor-ejecutante tras el incumplimiento del deudor haya solicitado, y el juez así lo haya acordado mediante auto, que la ejecución continúe para que se le entregue el equivalente pecuniario de la prestación. En este caso, se le entregará la cantidad de dinero que equivalga al valor de la actividad que se debía realizar<sup>651</sup>.

Para determinar el equivalente pecuniario de la prestación, el acreedor-ejecutante expresará la estimación pecuniaria de la prestación incumplida y las razones de esa estimación junto con los documentos que considere oportunos.

---

<sup>650</sup> En opinión de MANZANA LAGUARDA, R. (*La ejecución procesal y su adecuación constitucional*, Revista General de Derecho, 1990, pág. 14) es necesario “consagrar el impulso de oficio en la ejecución civil generalizando así las previsiones contenidas en su artículo 307, de manera similar a la prevista en el proceso laboral. Y lo cierto es que con tal tesis no se causa quebranto en el sistema de la Ley de Enjuiciamiento, plagada de preceptos que regulan el impulso de oficio”.

<sup>651</sup> Entendemos que lo lógico no es entregar al acreedor el equivalente pecuniario de la prestación sino que el legislador debía haber establecido el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le hubieran producido. Respecto a esta cuestión, véase el Epígrafe III (El equivalente pecuniario y la indemnización de daños y perjuicios) del Capítulo IV.

La propuesta del acreedor es trasladada al deudor para que, en el plazo de diez días, alegue lo que estime conveniente. La sustanciación y resolución se llevará a cabo conforme a lo establecido en los artículos 714 a 716 (cfr. art. 717)<sup>652</sup>.

Además, el juez impondrá al ejecutado (en el mismo auto) una multa única (art. 709.2 LEC), que podrá ascender al cincuenta por ciento del precio o valor del hacer personalísimo (art. 711 LEC). ¿Debe el juez necesariamente imponer dicha multa o puede discrecionalmente imponerla o no? Si tenemos en cuenta los términos legalmente utilizados (*se impondrá*) entendemos que el juez debe, en todo caso, imponerla. En lo que sí goza de discrecionalidad el juez es en lo relativo a la cuantía de la multa, que podrá ascender al cincuenta por ciento del valor del hacer (límite máximo). Para la determinación exacta de la multa tendrá en cuenta, además, las razones del incumplimiento aducidas por el deudor, de forma que si el deudor tiene razones de peso para no cumplir, impondrá una multa de un importe reducido y si entiende que el deudor no ha cumplido simplemente porque no ha querido impondrá una multa más cuantiosa.

La multa única no es una medida coercitiva puesto que no va dirigida a persuadir al deudor para que realice la prestación a la que está obligado, sino que es una medida represiva<sup>653</sup>, es decir, que pretende penar el incumplimiento y, por tanto, produce un mal a quien ha incumplido. Por otro lado, no entendemos razonable que en este supuesto establezca la ley una medida que pene el incumplimiento (la multa única), y en otros supuestos no se establezca esta pena. Creemos que debería pensarse siempre el incumplimiento o no penarse nunca.

---

<sup>652</sup> Véase el Capítulo cuarto titulado “La ejecución genérica”.

<sup>653</sup> Véase la distinción realizada en el Epígrafe VI (Las multas coercitivas), de la Sección II, del Capítulo I, entre medidas preventivas, represivas y coercitivas.

c) *Realización de la actividad por el propio deudor. La imposición de apremios pecuniarios.*

Es posible también que el acreedor-ejecutante opte (y así lo acordará el juez por medio de auto) por que se apremie al deudor con la imposición de multas mensuales, es decir, con que se le imponga una multa por cada mes que transcurra sin llevar a cabo el hacer desde la finalización del plazo que el juez le concedió para cumplir.

La cuantía de cada multa mensual, determinada discrecionalmente por el juez mediante providencia<sup>654</sup>, podrá ser de hasta el veinte por ciento del precio o valor del hacer. Teniendo en cuenta que estas multas realizan (o deben realizar) una función coercitiva (no represiva), deberán ser acordadas en cuantía suficiente para realizar dicha función, aunque siempre respetando el límite legalmente señalado. Por tanto, no tendrá el juez en consideración a la hora de fijarlas los motivos del incumplimiento, sino la capacidad económica del deudor<sup>655</sup>. Por ejemplo, si la cuantía máxima de la multa mensual puede ascender a 150.000 pesetas y el deudor cobra 200.000 pesetas mensuales y, además, tiene cargas familiares, una multa mensual de 100.000 pesetas

---

<sup>654</sup> Vid. nota al pie n.º. 384.

<sup>655</sup> El artículo 238.2 LPL configura como criterios a seguir para fijar la cuantía de los apremios pecuniarios “...su finalidad, la resistencia al cumplimiento y la capacidad económica del requerido”. Como bien se ha dicho (MONTERO AROCA, *Comentarios a la Ley de Procedimiento...*, cit., págs. 1366-1367) “la finalidad no debería ser elemento condicionante de la cuantía, sino de la existencia misma del apremio pecuniario, mientras que el tipo de resistencia al cumplimiento y la capacidad económica del ejecutado sí son elementos determinadores de la cuantía... Tratándose de coaccionar económicamente al ejecutado para que cumpla, y para que lo haga cuanto antes, la cuantía debe atender principalmente a su situación económica”. Critica GIMÉNEZ SÁNCHEZ (*Consideraciones generales sobre las astreintes...*, cit., pág. 749) el precepto porque considera que el juez goza de excesivas facultades para fijar la cuantía de la multa, “en la medida que los factores a tomar en consideración, comportan una interpretación del órgano jurisdiccional en cierta medida arbitraria, que podría dar lugar a situaciones de inseguridad jurídica para el condenado”.

probablemente ejercerá sobre él coerción; en cambio, si el deudor, que no tiene cargas familiares, gana 500.000 pesetas mensuales, una multa de aquella cuantía puede, fácilmente, resultar ineficaz.

Impuesta la multa mensual puede ésta alcanzar su finalidad y hacer que el deudor realice la actividad. En este caso se para la imposición de las multas y termina aquí la ejecución. Sin embargo, es posible que, a pesar del apremio, el deudor siga siendo reticente al cumplimiento. Si ocurre esto, se reiterarán mensualmente las multas y trimestralmente los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero<sup>656</sup>.

La cuantía de la multa puede variarse en atención al comportamiento del deudor-ejecutado. En este sentido podría aumentarse, (también) disminuirse o dejarse sin efecto.

Si transcurrido un año desde el primer requerimiento el deudor-ejecutado no ha cumplido su obligación, la ejecución puede seguir una doble vía:

1. Entrega al acreedor-ejecutante del equivalente pecuniario de la prestación.

2. Que el ejecutante solicite cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para su satisfacción. Tras la solicitud debe ser oído el ejecutado y es el juez quien decide sobre la conveniencia o no de acordarlas. Si no acuerda las medidas solicitadas por el acreedor, la ejecución continuará para entregarle el equivalente pecuniario de la prestación.

¿Qué medidas puede solicitar el acreedor-ejecutante? Cualesquiera, siempre que sean conforme a nuestro ordenamiento. Por ejemplo, puede solicitar que se aperciba al deudor de incurrir en delito de desobediencia a la

---

<sup>656</sup> En las enmiendas al Proyecto se propuso por el Grupo Socialista del Congreso (enmienda número 607) la reducción del plazo de un año a seis meses, motivándose que se reducía el



autoridad judicial si sigue incumpliendo. Si el apercibimiento no surtiera efecto la ejecución continuaría para la obtención por el acreedor del equivalente pecuniario de la prestación y el deudor debería pagar dicho equivalente y, además, se incoaría procedimiento preliminar por el delito de desobediencia a la autoridad.

Puede también el acreedor-ejecutante solicitar la ejecución por subrogación, es decir, que sea un tercero quien realice la actividad a costa del deudor-ejecutado. Evidentemente, como la actividad es personalísima, su realización por un tercero no satisfará plenamente al acreedor por lo que deberán, además, serle indemnizados los daños y perjuicios que se le hayan producido.

Por último, si solicitado por el acreedor la imposición al deudor de apremios pecuniarios y transcurridos, por ejemplo, seis meses sin que el deudor cumpla, el acreedor-ejecutante entiende que el deudor-ejecutado no va a cumplir ¿puede solicitar que terminen los apremios y que se le pague el equivalente pecuniario o necesariamente debe dejar transcurrir el año desde el primer requerimiento? El ejecutante puede en cualquier momento, sin tener que esperar un año, solicitar al juez que deje de apremiar al deudor y que la ejecución continúe para la entrega del equivalente pecuniario o, incluso, solicitar las medidas que resulten idóneas para la satisfacción de su interés.

### **XIX. *Iter* procedimental.**

El proceso de ejecución se inicia con la solicitud de la ejecución dentro del plazo de cinco años desde la firmeza de la sentencia (art. 518 LEC) y

---

plazo y se simplificaba la regulación. Finalmente se optó por mantener el plazo de un año que,

transcurridos veinte días desde la notificación al ejecutado de la resolución de condena (art. 548 LEC). La demanda ejecutiva contendrá simplemente la solicitud de que se despache ejecución identificando la sentencia de condena que se pretende ejecutar, o, de forma más amplia, contendrá esos extremos y, además, la identificación de las partes y de sus representantes, la obligación de ejecutar *in natura* el hacer personalísimo o infungible (puede también designar cómo, en qué forma, quiere que continúe la ejecución para el caso de incumplimiento por el deudor), la solicitud, si así se desea, del embargo preventivo del artículo 700, II LEC, y la designación de bienes del deudor.

Solicitada la ejecución y siempre que se cumplan los requisitos y presupuestos procesales, el título no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título (art. 551.1 LEC) el juez la despachará por medio de Auto y sin oír al deudor. En este Auto el juez requerirá al deudor para que cumpla y le fijará un plazo para hacerlo (art. 705 LEC).

El plazo puede ser único, es decir, el juez concede un plazo para iniciar y finalizar la actividad. Si el hacer es complicado o debe ser realizado por fases se concederán varios plazos sucesivos y en cada uno de los cuales se deberá realizar una actividad determinada. Dentro del plazo *puede* el deudor manifestar los motivos por los que se niega a realizar el hacer y lo que estime oportuno sobre el carácter (personalísimo o no) de la prestación.

Si transcurrido el plazo (único o uno de los plazos sucesivos) el deudor cumple, la ejecución termina y únicamente restará fijar las costas del proceso. Si transcurrido el plazo el deudor no cumple o cumple de forma defectuosa (que se asimila al incumplimiento), el juez determinará si la obligación de hacer es

---

a nosotros, nos parece adecuado.

personalísima o no personalísima. Si considera que el hacer es fungible (no personalísimo) la ejecución continuara (art. 706 LEC) mediante la realización de la actividad por un tercero o la indemnización de daños y perjuicios, según la elección realizada por el deudor. Si el juez entiende que el hacer es personalísimo (infungible), permitirá al acreedor optar (si es que no optó ya en la demanda ejecutiva) entre recibir el equivalente pecuniario de la prestación o que se apremie al deudor con una multa mensual (hasta el límite de un año). Si el acreedor no se decanta entre una de las dos posibilidades legalmente establecidas (entre recibir el equivalente pecuniario o que se apremie pecuniariamente al deudor), el juez paralizará la ejecución.

Si el acreedor opta por el equivalente pecuniario, continuará el proceso conforme a lo establecido en los artículos 712 y ss LEC pero, además, se impondrá al deudor-ejecutado una multa. Si opta por las multas coercitivas, el juez impondrá una multa mensual, requiriendo al ejecutado trimestralmente. Transcurrido un año desde la primera multa sin que el deudor haya cumplido, el acreedor elegirá entre obtener el equivalente pecuniario de la prestación o solicitar al juez otras medidas que resulten idóneas para satisfacer su interés. Podría solicitar, por ejemplo, la ejecución por subrogación más indemnización de daños y perjuicios. El juez decide sobre la solicitud, previa audiencia al ejecutado. Si decide no acordar ninguna de las medidas solicitadas por el acreedor-ejecutante, la ejecución continuará para la obtención del equivalente pecuniario del hacer personalísimo. La ejecución finalizará con la determinación de las costas.

**XX. Las condenas a un hacer personalísimo: su verdadero alcance práctico.**

En la Sección primera de este mismo Capítulo hemos analizado qué significa la (in)fungibilidad de la prestación, es decir, su carácter personalísimo o no. En el plano conceptual no cabe ninguna duda que fungibilidad e infungibilidad son conceptos existentes y distintos. Si aplicamos estos conceptos a las obligaciones, concluimos que hay obligaciones fungibles o no personalísimas y que hay obligaciones infungibles o personalísimas. Además tanto uno como otro tipo de obligaciones existen en la realidad. En este sentido, es evidente que si un empresario de espectáculos contrata a Moncho Borrajo para que realice su show, la obligación nacida del contrato es personalísima o infungible.

Pero cuando pasamos al plano de las sentencias de condena la situación es considerablemente distinta. Vivimos en una economía de mercado en la que normalmente al empresario-acreedor no le interesa esperar el tiempo que duran los procesos de declaración y ejecución para conseguir que el artista-deudor realice su obligación y, por eso, ante el incumplimiento de la obligación personalísima por el deudor, el acreedor no solicita que se condene a aquél a realizar el hacer (a que realice el show), sino que, en la práctica, el acreedor solicita que se le indemnicen los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación le haya producido. Este razonamiento junto con el hecho de no haber encontrado sentencias que condenen a un hacer personalísimo nos induce a pensar que en la práctica este tipo de condenas no llegan a tener lugar.

Sin embargo, creemos que la situación puede cambiar con la LEC/2000. Con el sistema anterior era razonable que, ante el incumplimiento de la

obligación personalísima, el acreedor solicitara directamente la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieran causado, porque el artículo 924 LEC de 1881 solo permitía, en caso de incumplimiento de una condena a hacer personalísimo, obtener el resarcimiento de daños y perjuicios. ¿Para que iba a querer el acreedor obtener una sentencia que condenara al deudor a hacer si, si éste no la cumplía voluntariamente (y le había demostrado que no quería cumplir), la solución legalmente establecida era el resarcimiento? Pretender la condena a un hacer personalísimo era perder el tiempo porque, en definitiva, lo único que conseguiría el acreedor en ejecución sería el resarcimiento.

La LEC/2000 (art. 709), en cambio, sí permite ejercer coerción sobre la voluntad del deudor para incitarle a que cumpla, por eso es posible que el acreedor entienda preferible solicitar la condena al hacer, ya que puede tener la esperanza de que los apremios (personales y pecuniarios) lleguen a cumplir su función y hagan que el deudor reconsidere su postura y cumpla. Además, puede el acreedor pensar que de aquí a unos años (el tiempo que duran los procesos de declaración y ejecución) ese determinado artista habrá adquirido más fama y, por tanto, puede seguirle interesando la realización *in natura* de la prestación. Cabría objetar el hecho de que el deudor (que realmente no quiere cumplir) no realice bien la prestación, sin embargo, hay que tener en cuenta que también está en juego su prestigio como artista. De todas formas será éste un riesgo que tenga que correr el acreedor si finalmente decide solicitar la condena a un hacer personalísimo, al igual que tendrá que ser consciente que, a pesar de los apremios, es posible que el deudor-ejecutado no realice la prestación.

## **XXI. Soluciones en derecho comparado.**

El ordenamiento germano (parágrafo 888 ZPO) recoge expresamente la posibilidad de utilización de medidas coercitivas que inciten al deudor a cumplir el hacer personalísimo a que se comprometió, y al que fué, posteriormente, condenado. Establece dos tipos de medidas, la multa y la prisión, cuya elección es discrecional para el juez. Puede, por tanto, decidir imponer una multa (o varias, porque pueden reiterarse) o directamente elegir la prisión. Por otro lado, si opta por imponer una (o varias) multa(s) y ésta(s) no puede(n) hacerse efectiva(s), optará por la prisión.

Según el parágrafo 888 ZPO<sup>657</sup> “si el acto no pudiera ser ejecutado por un tercero, o sea, dependiese exclusivamente de la voluntad del deudor, el Tribunal de primer grado ordenará, previa petición, que se constriña a aquél a la ejecución del acto mediante multa, y de no poderse hacer efectiva, con prisión, o directamente mediante prisión. El importe de cada multa no puede sobrepasar los cincuenta mil marcos. Para la prisión rigen las disposiciones del apartado cuarto correspondientes a la prisión”.

Al igual que en la regulación española (o mejor dicho, en la española al igual que en la germana) el dinero obtenido por las multas no va a manos del acreedor-ejecutante sino que se destina al Estado. Tampoco se establece

---

<sup>657</sup> Parágrafo 888 ZPO: “Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschliesslich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu erkennen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses beigetrieben werden dann, durch Zwangshaft oder durch Zwangshaft anzuhalten sei. Das einzelne Zwangsgeld darf den Betrag von fünfzigtausend Deutsche Mark nicht übersteigen. Für die Zwangshaft gelten die Vorschriften des Vierten Abschnitts über die Haft entsprechend”.

expresamente qué criterios debe seguir el juez para fijar la multa ni la posibilidad o no de alterar cuantitativamente la multa<sup>658</sup>.

La ley procesal civil italiana (arts. 612 a 614 Codice di Procedura Civile), completada por el Codice Civile, artículos 2.931 y 2.932, no prevé la posibilidad de utilizar medios coercitivos sobre la voluntad del deudor. El artículo 2.931 Codice Civile<sup>659</sup> establece simplemente que si se incumple una obligación de hacer, la obligación podrá realizarse a costa del deudor. Evidentemente esto sólo es posible si el hacer es fungible por eso, y ante el silencio legal, el incumplimiento de obligaciones personalísimas supone la transformación de la condena en una cantidad de dinero<sup>660</sup>.

---

<sup>658</sup> Cfr. ROSENBERG, *Zwangsvollstreckungsrecht*, cit., págs. 749 y ss; BROX, *Zwangsvollstreckungsrecht*, cit., págs. 585 y ss; STEIN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., págs. 143 y ss.

<sup>659</sup> Artículo 2.931 CC: “*Se non è adempiuto un obbligo di fare, l'avente diritto può ottenere che esso sia eseguito a spese dell'obbligato nelle forme stabilite del codice di procedura civile*”.

<sup>660</sup> Vid. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale...*, cit., págs. 812 y ss; BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, cit., págs. 302 y ss; SATTA, *Diritto processuale...*, cit., págs. 851 y ss; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale...*, cit., págs. 119 y ss.

**Ejecución por obligaciones de hacer y no hacer**

---



## CAPÍTULO III:

### LAS OBLIGACIONES DE NO HACER.

Sección I: Aspectos generales. I. Las obligaciones de no hacer: concepto, clases. Carácter de la destrucción de lo mal hecho. *A) Concepto y clases. B) ¿Es la destrucción de lo mal hecho una obligación de hacer o de no hacer?* II: El carácter de obligación de medios o de resultado de las obligaciones de no hacer. III: El carácter infungible o personalísimo de las obligaciones de no hacer. IV. La importancia del tiempo en las obligaciones de no hacer.

Sección II: Ejecución por obligaciones de no hacer. V. Regulación. VI. Requerimiento. VII. Plazo. VIII. Formas de ejecución. *A) Introducción: formas de violación de la obligación de no hacer. B) Ejecución por violación de la obligación de no hacer mediante actos de eficacia continuada. a) Solución en la LEC de 1881. b) Solución en la LEC actual. 1. DESTRUCCIÓN DE LO MAL HECHO. 2. POSIBILIDAD DE UTILIZACIÓN DE MULTAS COERCITIVAS QUE INCITEN AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN. 3. REITERACIÓN EN LA VIOLACIÓN DE LA OBLIGACIÓN. c) Crítica a la solución legal. C) Ejecución por violación de la obligación de no hacer mediante actos instantáneos susceptibles de repetirse en el tiempo. D) Ejecución por violación de la obligación de no hacer mediante actos de eficacia instantánea no susceptibles de repetirse en el tiempo. E) Visicitudes en la destrucción de lo mal hecho. a) En general. b) Imposibilidad de destrucción de lo mal hecho. c) Destrucción de lo mal hecho contraria al interés público. F) Indemnización de daños y perjuicios. a) Supuestos de transformación de la ejecución específica en la indemnización de daños y perjuicios. b) Contenido del resarcimiento de daños y perjuicios. IX. Iter procedimental. X. Soluciones en derecho comparado.*



**Sección I:**  
**Aspectos generales.**

**I. Las obligaciones de no hacer: concepto y clases. Carácter de la destrucción de lo mal hecho.**

*A) Concepto y clases.*

La última clase de obligaciones a las que hace referencia el artículo 1.088 CC son las obligaciones de no hacer. Las obligaciones de no hacer u obligaciones negativas<sup>661</sup> han sido definidas como aquellas en las cuales una determinada persona debe observar un comportamiento negativo, una

---

<sup>661</sup> Entiende HERNÁNDEZ GIL (*Derecho de obligaciones*, cit., pág. 124) que “prestación negativa y prestación de no hacer son términos equivalentes” porque la categoría “de las prestaciones negativas no admite en rigor una subcategoría, ya que en todo caso lo que hay es un no hacer”. No toda la doctrina se muestra de acuerdo con esta opinión. Para VATTIER FUENZALIDA (*Sobre la estructura...*, cit., págs. 80-81) si bien la categoría de las obligaciones negativas “está referida únicamente a la especie homogénea de las obligaciones de no hacer..., ya que las pretendidas obligaciones de no dar, como se sabe, carecen de autonomía” afirma que “parece preferible adoptar la nomenclatura tradicional de obligación de no hacer que es, por lo demás, la que utiliza nuestro Derecho positivo de obligaciones en el artículo 1.088...”. Sin embargo, EGUSQUIZA BALSAMEDA, M<sup>a</sup>. A. (*La configuración...*, cit., pág. 39) piensa “que resulta de un mayor rigor científico emplear la expresión de obligación negativa cuando nos referimos genéricamente a este tipo de obligaciones que la de obligación de no hacer”. La justificación, opina, es doble: por un lado, el desacuerdo existente respecto al intento de asimilar los conceptos *pati* y *non facere* y, por otro, el hecho de que parte de la doctrina atribuya entidad suficiente a las obligaciones de “no dar”.

omisión<sup>662</sup>, es decir, imponen al deudor el deber de no realizar algo que de lo contrario podría libremente hacer<sup>663</sup>; consisten, por tanto, en una conducta de abstención<sup>664</sup>.

La prestación<sup>665</sup>, es decir, el objeto de las obligaciones de no hacer, es una conducta o comportamiento negativo<sup>666</sup>. Esta conducta o comportamiento negativo puede tener una doble modalidad: puede consistir, en primer lugar, en la mera abstención por parte del deudor (no realizar la conducta prohibida),

---

<sup>662</sup> DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 249; ALBALADEJO, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 38. CAÑIZARES LASO, *Obligación de no disponer y prohibición de disponer (Comentario a la STS de 26 de julio de 1993)*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1995, 1, pág. 420.

<sup>663</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, I, vol. II, cit., pág. 214.

<sup>664</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Curso de derecho...*, cit., pág. 79, BLASCO GASCÓ, *Derecho de obligaciones...*, cit., pág. 98.

<sup>665</sup> En la Introducción, Epígrafe V, apartado A), definíamos la prestación como la conducta o comportamiento que debe realizar el deudor para extinguir la obligación. La definición nos muestra el matiz positivo o de actividad que tiene el término prestación. Sin embargo, entendemos que nada impide considerar a la omisión propia de las obligaciones negativas como "prestación". En este mismo sentido, entre otros, COVIELLO, L., *L'Obbligazione negativa (Contributo alla teoria delle obbligazioni) I*, SIEM, Napoli, 1931, pág. 48. VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura...*, cit., pág. 82, EGUSQUIZA BALSAMEDA, *La configuración...*, cit., págs. 31-33 y DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 249.

<sup>666</sup> Entiende BARONA VILAR (*Tutela civil y penal...*, cit., pág. 245 y ss) que la condena a cesar en materia de publicidad es una condena a un hacer (no a un no hacer). "Ciertamente es que cesar implica un no hacer o mejor un dejar de hacer algo que se está realizando; de esta primera afirmación deberíamos concluir que nos hallamos ante una petición de condena a no hacer publicidad. Sin embargo esta respuesta genérica va a quebrar cuando la concretemos en el supuesto de cesación publicitaria, fundamentalmente si partimos del dato de que el condenado en el título ejecutivo a cesar no va a ser el que materialmente va a tener que cesar, lo que significa tanto como que deberá realizar 'algo', es decir, mantener una conducta activa, que se dirija a paralizar, poner fin y cesar la actividad publicitaria. Ello nos conduce a afirmar que en la cesación publicitaria estamos ante una conducta fungible o no personalísima, dado que el acto de poner fin a la publicidad no lo debe materializar el condenado, sino otros, en este caso, los medios de publicidad y, en su caso, las agencias publicitarias. Estas características de la actividad publicitaria nos llevan a la negación de que se trate de una obligación de no hacer... Debe tenerse presente, sin embargo, que no se trata de una afirmación general desde la concepción del Derecho Procesal de la que pueda derivarse una proclamación en el sentido de que toda pretensión de cesación conlleva una obligación de hacer...".

denominándose, en este caso, obligaciones *in non faciendo*. Y puede consistir, en segundo lugar, en tolerar un determinado comportamiento o conducta por parte del acreedor, a la que se podría oponer el deudor de no existir la obligación; se denominan en este supuesto obligaciones *in patiendo*.

No toda la doctrina se muestra conforme con esta distinción. Por ejemplo, DÍEZ-PICAZO<sup>667</sup> destaca que “cuando uno se obliga a un *pati*, esto es, a tolerar un acto de otro, en sustancia queda obligado a la misma actividad omisiva o de abstención que en la pura obligación de *non facer*. La obligación consiste en omitir todo acto que perjudique el desenvolvimiento de la actividad del titular del derecho”. Sin embargo, para VATTIER FUENZALIDA<sup>668</sup> “la distinción debe ser mantenida puesto que este deber de omisión es común a toda clase de obligaciones, y no es propio ni exclusivo de las de no hacer, aparte de que, además de la tipicidad legal, las prestaciones negativas *in non faciendo* e *in patiendo* presentan una tipicidad social bien definida”. La doctrina procesalista admite, en general, la distinción<sup>669</sup>.

---

<sup>667</sup> *Fundamentos...*, cit., pág. 250. En el mismo sentido COVIELLO, *L'Obbligazione...*, I, cit., págs. 56 y ss. Por su parte, EGUSQUIZA BALSAMEDA (*La configuración...*, cit., pág. 37) tras afirmar que “la conducta que el deudor debe desplegar en las obligaciones de *pati* es un comportamiento semejante a las prestaciones de *non facere*”, observa que en ambos casos el deudor debe comportamientos omisivos, pero en el supuesto de las prestaciones de *non facere* éstos tienen carácter absoluto (ej. no construir un edificio) y en las de *pati* tienen carácter relativo (ej. permitir el paso de X por mi fundo).

<sup>668</sup> *Sobre la estructura...*, cit., pág. 85. También BORRÈ (*Esecuzione forzata degli...*, cit., pág. 157, nota al pie n.º 222) se muestra partidario de mantener la distinción al considerar que identificar las obligaciones *in patiendo* y las *non faciendo*: “lascia in ombra una parte del fenomeno giuridico: precisamente la parte che interessa ai fini della nostra ricerca, la quale è intesa a stabilire come sia possibile, in via coattiva, lo svolgimento dell'attività nella sfera dell'obbligato, quando questi, violando l'obbligo, non tolleri l'immissione dell'avente diritto”.

<sup>669</sup> Por ejemplo CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., pág. 337) se manifiesta a favor de la distinción por dos motivos, el primero, porque “en un caso se impide realizar actos libre, en otro se condena a no oponerse a los actos de otro”, y el segundo, porque “en las prestaciones de *non facere* el comportamiento omisivo presenta un carácter absoluto –no construir–, mientras que en las de *pati* es más relativo –permitir el paso de X–”. Puede verse también RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 1032; MORENO CATENA,

Por otro lado y en cuanto a las clases, por su origen, las obligaciones de no hacer pueden ser legales (establecidas en la ley), convencionales (nacidas del contrato celebrado entre las partes) y extracontractuales (nacidas de la realización de actos u omisiones ilícitos). Por su función pueden tener el carácter de obligación principal o ser accesorias de otra obligación. Por su contenido, pueden referirse a la no realización de actos materiales (v.gr. no construir por encima de una determinada altura) o a la no realización de actos jurídicos (v.gr. no pedir la división de la cosa común).

Por último, y en cuanto a su duración<sup>670</sup>, pueden ser instantáneas, duraderas y periódicas<sup>671</sup>, y todas ellas pueden ser *in non faciendo* o *in patiendo*. Las instantáneas, transitorias o de tracto único son aquellas en las que la prestación consiste en una única abstención, por ejemplo, no utilizar la denominación comercial o el rótulo X en un determinado acto (*in non faciendo*), o permitir el paso por nuestra propiedad a X el día 10 de enero (*in patiendo*).

---

*Derecho procesal...*, cit., pág. 449; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, cit., págs. 652-653.

<sup>670</sup> COVIELLO, *L'Obbligazione negativa...*, I, cit., págs. 212 y ss. EGUSQUIZA BALSAMEDA, *La configuración...*, cit., págs. 51-52.

<sup>671</sup> Según la doctrina civilista no existen obligaciones de no hacer de carácter indefinido o con una duración excesiva. La obligación durará el tiempo fijado por las partes, pero si del contrato se deduce que la duración es ilimitada, el contrato en este aspecto será nulo y corresponderá a los tribunales fijar la duración. En este sentido puede verse RUIZ VADILLO, *Las obligaciones negativas...*, cit., pág. 46. VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura...*, cit., págs. 86-87. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 251. Por su parte, indica CAÑIZARES LASO (*Obligación de no disponer...*, cit., pág. 421) que “debe tenerse en cuenta que el artículo 1.255 CC impone como límite, entre otros, el orden público que aquí podríamos entender como orden público económico, por lo que la duración excesiva de este tipo de pactos, que a fin de cuentas son contrarios a la contratación, aunque por otra parte no impidan la validez de los actos posteriores celebrados, no deben tener dicha duración excesiva. Sería curioso que al amparo de la libertad de contratación se pudiese recortar o prohibir indefinidamente la libertad de contratar”.

Si son indefinidas, en cambio, las servidumbres. Respecto a las diferencias entre obligaciones negativas y servidumbres puede verse VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura...*, cit., págs. 87-88; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, cit., págs. 251-252.

En segundo lugar pueden ser duraderas, continuadas o de tracto continuado, que son aquellas en las que la abstención se prolonga en el tiempo y, además, no pueden fraccionarse, es decir, la prestación debe realizarse por todo el tiempo convenido, continuamente y en cada momento. Por ejemplo, no publicar libros durante cinco años con una editorial distinta a aquella con la que hemos firmado un contrato de exclusiva (*in non faciendo*) o permitir el paso por nuestra propiedad a determinadas personas durante X tiempo (*in patiendo*).

Finalmente, por su duración las obligaciones negativas, pueden ser periódicas, a plazos o de tracto sucesivo, que se caracterizan porque la obligación abstencionista única puede ser realizada en varios momentos distintos. Por ejemplo, no participar en los debates políticos que el sábado tarde se realizan en una determinada cadena de televisión (*in non faciendo*) o obligación de tolerar la extracción de dos toneladas de arena de nuestro fundo que se llevará a cabo en varias veces (*in patiendo*).

B) *¿Es la destrucción de lo mal hecho una obligación de hacer o de no hacer?*

Es necesario poner de manifiesto que las obligaciones de no hacer no son condenas de hacer formuladas en sentido negativo, es decir, que no se trata simplemente de un problema de formulación lingüística (como ocurre, como hemos visto<sup>672</sup>, entre las obligaciones de no hacer y las de no dar). En las obligaciones de hacer se requiere para su cumplimiento la realización de una actividad positiva, mientras que en las de no hacer el cumplimiento se realiza mediante una omisión.

---

<sup>672</sup> Vid. Introducción, Epígrafe V.

Como consecuencia de esta argumentación, creemos necesario analizar el carácter que debe darse a la destrucción de lo mal hecho que, como veremos, es una de las consecuencias establecida por la ley en caso de contravención de una obligación de no hacer (también el caso de condena a hacer, si el deudor hace contraviniendo el tenor de la obligación, puede decretarse que se deshaga lo mal hecho, cfr. art. 1.098 CC).

La obligación de destruir lo mal hecho es siempre una obligación de hacer, pero la forma de ejecutarla depende del sentido de la condena. Si la sentencia condena directamente a la destrucción de lo mal hecho, estaremos ante una sentencia de condena a un hacer, que se ejecutará según lo establecido en la ley para este tipo de condenas: artículo 706 LEC (si el deshacer es no personalísimo, que es lo habitual) y 709 LEC (si el deshacer es personalísimo, supuesto excepcional pero no por ello imposible). Por ejemplo, una persona levanta una altura más en su chalet vulnerando la normativa existente al respecto. En este caso el juez le condenará a destruir lo mal hecho (a hacer).

En cambio, si la sentencia condena a no hacer alguna cosa, el deudor hace y el resultado del hacer es susceptible de ser destruido, aunque la destrucción de lo mal hecho sea en realidad un “hacer” no se llevará a cabo según lo establecido en la ley para ejecutar este tipo de condenas, sino conforme a lo establecido en el artículo 710 LEC: *...se le intimidará con la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo*<sup>673</sup>. Por ejemplo, se condena al deudor a dejar pasar al deudor por su fundo, y éste para evitar que la condena se cumpla levanta una pared. La destrucción de lo mal hecho se llevará a cabo, en este caso, conforme al artículo 710 LEC.

---

<sup>673</sup> Esta es la solución establecida por la ley a pesar de que no tiene sentido apremiar al deudor para deshacer cuando el deshacer es fungible (que, por otro lado, es lo habitual). Respecto a la



## II. El carácter de obligación de medios o de resultado de las obligaciones de no hacer.

Realizar esta distinción es importante por las repercusiones que tiene respecto a la determinación de si un determinado comportamiento abstencionista del deudor ha producido o no el cumplimiento de la obligación (y también de la condena), con la consecuencia de que, dependiendo de que haya habido cumplimiento voluntario o no, entrará en juego (o no) la ejecución forzosa.

Como vimos<sup>674</sup> las obligaciones de medios (de mera actividad o de diligencia) son aquellas en las que el deudor se compromete a mantener una determinada actitud (una actividad diligente), un determinado comportamiento, pero no a obtener un resultado. Por ejemplo, el médico tratará de curar a su paciente. En cambio, en las obligaciones de resultado la prestación consiste en alcanzar una determinada meta, un resultado. Por ejemplo, la obligación de un constructor de construir un chalet.

En la mayoría de las prestaciones la actividad del deudor y el resultado deseado están perfectamente deslindados. Existe, sin embargo, un reducido número de casos donde estas dos facetas coinciden, supuestos en los que la actividad personal del deudor por sí misma (la mera actividad), produce el efecto estipulado (el resultado). La hipótesis más representativa de este género de prestaciones son las obligaciones negativas, consistentes en un *non facere* del deudor<sup>675</sup>. ¿Deben, entonces, las obligaciones de no hacer o negativas ser calificadas como de medios o como de resultado?

---

crítica de a la solución legalmente establecida, véase el subapartado *c* (*Crítica a la solución legal*) del apartado C, Epígrafe VII, Sección II de este mismo Capítulo.

<sup>674</sup> Véase el Epígrafe I, de la Sección I, del Capítulo II.

<sup>675</sup> EGUSQUIZA BALSAMEDA, *La configuración...*, cit., págs. 102-103.

La mayoría de nuestra doctrina<sup>676</sup> coincide en señalar que la obligación negativa no puede considerarse como una obligación de resultado, puesto que el deudor que debe abstenerse (ya sea *in non faciendo* ya *in patiendo*) no se compromete a la obtención de un resultado, lo que no significa que no exista un interés o finalidad perseguidos por el acreedor al constituir la obligación negativa. Por tanto, la simple abstención del deudor en el sentido indicado en la condena supondrá el cumplimiento de la misma, con independencia de que se alcance el resultado pretendido por el acreedor con la abstención. Por ejemplo, se realiza un contrato de exclusiva con un torero famoso en el sentido de que sólo toreará toros de una determinada ganadería (se abstendrá, por tanto, de torear en las corridas en las que los toros no pertenezcan a esa determinada ganadería), con la finalidad de que se incremente el prestigio de esa ganadería. El comportamiento omisivo del deudor supone el cumplimiento de la obligación, aunque el incremento del prestigio, no se haya producido.

Sin embargo, para EGUSQUIZA BALSAMEDA<sup>677</sup> “el objeto de la obligación las partes lo pueden configurar atendiendo, bien al comportamiento del deudor, esto es, al desarrollo de ciertos actos omisivos, o bien al fin pretendido con el establecimiento de esta obligación, que es el mantenimiento de una situación concreta. De esta manera, si lo que se desea consiste en la realización de una determinada conducta omisiva, estaremos ante una obligación de medios, pero si lo querido radica en la obtención de un determinado estado de cosas, las partes habrán configurado una obligación de resultado... Es, en suma, una cuestión de interpretación del querer de los obligados.

---

<sup>676</sup> Entre otros, VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura...*, cit., pág. 85; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 249.

<sup>677</sup> *La configuración...*, cit., págs. 103-104.

Si la obligación negativa nada establece, y de la interpretación del contrato no se desprende otra cosa, se valorará como objeto de la obligación el comportamiento omisivo, por resultar menos gravoso para el deudor”.

Por nuestra parte, pensamos que las obligaciones de no hacer son ejemplos típicos de obligaciones de medios o de mera (in)actividad porque el deudor se compromete a mantener, simplemente, un comportamiento omisivo (*in non faciendo*) o a tolerar la actividad de otra persona (*in patiendo*). Si el deudor-ejecutado se abstiene y, a pesar de esto, el acreedor-ejecutante no consigue la finalidad perseguida, no se podrá concluir que el deudor-ejecutado no cumplió su obligación.

### **III. El carácter infungible o personalísimo de las obligaciones de no hacer.**

Como vimos<sup>678</sup> las conductas son infungibles o personalísimas cuando la persona del deudor se ha tenido en cuenta al constituirse la obligación, de forma que sólo quedará satisfecho el interés del acreedor si la prestación es realizada por el propio deudor, no por terceras personas. Contrariamente denominamos obligaciones fungibles o no personalísimas a aquellas en las que la persona del deudor no ha sido tenida en cuenta al constituirse la obligación, de forma que si la prestación no puede ser cumplida por el obligado podrá ser realizada por un tercero, quedando igualmente satisfecho el interés del acreedor.

La doctrina, tanto civilista<sup>679</sup> como procesalista<sup>680</sup>, coincide en afirmar la infungibilidad de las obligaciones de no hacer. El único que puede llevar a cabo

---

<sup>678</sup> Capítulo II, Sección I, Epígrafe II (La (in)fungibilidad).

<sup>679</sup> Entre otros, EGUSQUIZA BALSAMEDA, *La configuración...*, cit., págs. 104 y ss. VERDERA SERVER, *El cumplimiento...*, cit., págs. 303 y ss.

el comportamiento omisivo satisfaciendo el interés del acreedor es el propio deudor, porque su persona fue elemento imprescindible al constituirse la obligación (existencia de un *intuitu personae*). El mantenimiento del comportamiento abstencionista por un tercero no supone cumplimiento de la obligación ni satisface el interés del acreedor.

Además, como indica VERDERA SERVER<sup>681</sup>, existe (el autor se refería a antes de la LEC de 2000) “un argumento de carácter positivo que permite desarrollar la idea del carácter infungible de la obligación negativa. Ese argumento se halla en el tenor de los artículos 1099 CC y 925 LEC, que no parecen prever la ejecución a costa del deudor, sino directamente la destrucción de lo hecho y la indemnización de daños y perjuicios. En efecto, el artículo 925 LEC parece excluir el cumplimiento de la condena a no hacer por un tercero, al establecer simplemente como reacción del ordenamiento jurídico la indemnización de daños y perjuicios”. En esta misma línea, el artículo 710 de la nueva LEC tampoco prevé, una vez incumplida la condena, la realización de la actividad (o mejor dicho, el desarrollo de la omisión) por un tercero a costa del deudor-ejecutado, reafirmandose así el carácter infungible de este tipo de obligaciones.

---

<sup>680</sup> Entre otros, PROTO PISANI, *Apunti sulla tutela...*, cit., pág. 1109; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 652; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 335; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 1033; MORENO CATENA, *Derecho procesal...*, cit., pág. 449; PELLEGRINI GRINOVER, *Tutela jurisdiccional...*, cit., págs. 142-143; PEREDA GÁMEZ, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 61; CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 339.

<sup>681</sup> *El cumplimiento...*, págs. 305-306.

La consecuencia inmediata del carácter infungible de las obligaciones de no hacer es la imposibilidad, en vía de ejecución forzosa, del desarrollo de la omisión por un tercero a costa del deudor<sup>682</sup>.

#### IV. La importancia del tiempo en las obligaciones de no hacer.

Esencial en el cumplimiento de las obligaciones de no hacer es el elemento temporal, principalmente en lo relativo a si es posible que, una vez incumplida la obligación por el deudor, se produzca todavía el cumplimiento y a si cabe el retraso, la mora, respecto al comportamiento omisivo.

De las varias clasificaciones que la doctrina ha realizado en relación con el tiempo<sup>683</sup> nos interesa destacar aquella que distingue entre plazo ordinario y plazo esencial. El plazo es ordinario cuando a pesar del transcurso del mismo todavía es posible que se produzca el cumplimiento (ello sin perjuicio de la responsabilidad derivada del retraso). El plazo es, en cambio, esencial cuando su transcurso impide que se produzca ya el cumplimiento (denominado en la doctrina alemana *Fix-geschäfte*). La razón de estos efectos radica en que el fin económico perseguido por la obligación se malogra si no se ejecuta en tiempo<sup>684</sup>.

---

<sup>682</sup> Distingue BORRÈ (*Esecuzione forzata degli...*, cit., págs. 131 y ss) dentro de la infungibilidad de las obligaciones de no hacer, aquellas que tienen por contenido una mera abstención y que no dan lugar a una obra capaz de ser destruida (por ejemplo, el actor que violando el pacto de exclusiva con un empresario teatral, recita en otro teatro), de aquellas otras en las que si se produce una obra capaz de ser destruida. Dice que en las primeras existe una "naturale impossibilità" que se traduce en que nadie puede dejar de hacer por el deudor. En las segundas, tampoco nadie puede dejar de hacer por el deudor pero sí "l'attività del distruggere tipicamente realizzabile a mezzo di terze persone".

<sup>683</sup> Respecto a las varias clasificaciones puede verse, EGUSQUIZA BALSAMEDA, *La configuración...*, cit., págs. 121 y ss.

<sup>684</sup> EGUSQUIZA BALSAMEDA, op. cit., pág. 123.

En las obligaciones positivas normalmente los plazos son ordinarios, es decir, producido el incumplimiento por el deudor en la fecha señalada todavía es posible con posterioridad llevar a cabo el hacer. Si no se trata de una obligación sino de una condena el tratamiento sería el mismo. Por ejemplo, se condena al deudor a realizar las obras de reparación de un edificio ruinoso en el plazo de 40 días (STS de 5 de mayo de 1998 [RA 3233]). Transcurrido el plazo señalado y producido el incumplimiento por el deudor, todavía es posible, físicamente, que las obras de reparación sean realizadas.

También en las obligaciones positivas pueden existir plazos esenciales, pero éstos tienen el carácter de excepcionales en el sentido que es la voluntad de las partes, no la obligación misma, la que imprime al plazo convenido esta característica<sup>685</sup>.

En las obligaciones negativas, en cambio, los plazos tienen el carácter de esenciales debido, no a que las partes así lo hayan estipulado, sino a la función primordial que el tiempo juega en este tipo de obligaciones. De hecho, la no realización del comportamiento omisivo significa la realización del acto prohibido y, por tanto, la violación del derecho del acreedor. De todas formas, debemos distinguir según se trate de obligaciones de no hacer instantáneas, duraderas o periódicas.

En las obligaciones de no hacer instantáneas, transitorias o de tracto único, es decir, aquellas en las que la prestación consiste en una única abstención, por ejemplo, no utilizar la denominación comercial X en un determinado acto (*in non faciendo*) o permitir el paso por nuestro fundo el 10 de enero (*in patiendo*), el incumplimiento de la obligación (es decir, utilizar la denominación comercial o no permitir el paso) impide que pueda cumplirse en

---

<sup>685</sup> Cfr. COVIELLO, *L'Obbligazione negativa...*, I, cit., pág. 211.

el futuro. Es decir, la violación de la obligación implica el total, definitivo e irreversible incumplimiento<sup>686</sup>.

Si se trata de una obligación de no hacer cuyo contenido omisivo se prolonga en el tiempo (tanto si se trata de obligaciones duraderas, continuadas o de tracto continuado, como si se trata de obligaciones periódicas, a plazos o de tracto sucesivo) como, por ejemplo, abstenerse de realizar el comportamiento desleal<sup>687</sup> (*in non faciendo*) o la obligación de permitir el paso por nuestra propiedad durante un determinado período de tiempo (*in patiendo*), la solución se complica. En principio, la realización de uno o varios actos contrarios a la obligación de no hacer, no impediría el cumplimiento por el tiempo que resta. Por ejemplo, si debemos permitir el paso por nuestra propiedad del 1 de enero al 31 de diciembre de 1999, impedir el paso el 10 de enero no impediría que tras esa fecha se permitiera el paso, cumpliendo, por decirlo de alguna forma, “a medias” la obligación. Pero si tenemos en cuenta que el artículo 1.169 CC establece que “no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación” y que la obligación de no hacer es indivisible<sup>688</sup>, constituyendo un todo formado por todos y cada uno de los

---

<sup>686</sup> EGUSQUIZA BALSAMEDA, *La configuración...*, cit., pág. 126.

<sup>687</sup> El artículo 5 LCD establece una gran amplitud en la configuración de la deslealtad competencial, en cuanto opta por asumir el criterio de la buena fe, rechazando criterios tradicionales. Los actos tipificados como de competencia desleal vienen establecidos en los artículos 6 y siguientes. Respecto a los mismos véase BARONA VILAR, *Competencia desleal...*, cit., págs. 31 y ss.

<sup>688</sup> Sobre la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación negativa, puede verse, RUIZ VADILLO, *Las obligaciones negativas...*, cit., págs. 41 y ss; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, I, vol. II, cit., págs. 234-235; y más ampliamente, COVIELLO, *L'Obbligazione negativa...*, I, cit., págs. 145 y ss; EGUSQUIZA BALSAMEDA, *La configuración...*, cit., págs. 79 y ss.

comportamientos omisivos, deberemos concluir que esos comportamientos contrarios a la obligación constituyen su incumplimiento<sup>689</sup>.

A pesar de lo dicho es posible que, tras la realización de la actividad prohibida, comience el deudor a abstenerse o a permitir. Este comportamiento abstencionista o permisivo, que propiamente no puede denominarse cumplimiento (aunque impropiaamente así lo denominemos), sí tiene repercusiones procesalmente hablando; es decir, como veremos, no tiene el mismo tratamiento procesal –siguiendo con nuestro ejemplo– impedir el paso por nuestra finca del 1 al 31 de diciembre de 1999, que impedirlo únicamente los diez primeros días de enero. Por tanto, a efectos procesales, además del cumplimiento y del incumplimiento, cabría el cumplimiento parcial.

Respecto a la posibilidad de que la obligación (condena) negativa (de no hacer) sea cumplida tardíamente<sup>690</sup>, se ha dicho<sup>691</sup> que no cabe esta posibilidad porque, dadas las particularidades de la obligación negativa, el retraso en el cumplimiento supone incumplimiento total<sup>692</sup>. Por tanto, transcurrido el plazo

---

<sup>689</sup> En este sentido, EGUSQUIZA BALSAMEDA, op. cit., pág. 126; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 251. No comparte esta opinión RUIZ VADILLO (*Las obligaciones negativas...*, cit., págs. 51-52) para quien “sólo aparentialmente puede decirse que las obligaciones negativas no admitan otra alternativa que cumplimiento o incumplimiento, manteniendo, por el contrario, que admiten el cumplimiento defectuoso, y también, según vamos a ver seguidamente, el cumplimiento tardío o moroso”.

<sup>690</sup> Se denomina cumplimiento tardío, o mora, al cumplimiento que se produce con posterioridad al momento fijado para realizarlo. Pero para que el retraso constituya mora y no incumplimiento definitivo es necesaria la concurrencia de tres requisitos: 1. El incumplimiento culpable de la prestación en el momento fijado. 2. Que todavía sea posible, porque todavía satisface el interés del acreedor, el cumplimiento íntegro de la obligación. 3. Que el acreedor reclame el cumplimiento de la obligación.

<sup>691</sup> COVIELLO, *L'obbligo negativo (Contributo alla teoria delle obbligazioni) II*, Torella, Napoli, 1934. págs. 5 y ss. EGUSQUIZA BALSAMEDA, *La configuración...*, cit., págs. 145 y ss.

<sup>692</sup> Por otro lado, el artículo 1.101 CC establece que “incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde...”. A *contrario sensu*, al no referirse el precepto expresamente a las obligaciones de no hacer algo, se interpreta que no es posible la mora en las obligaciones de no hacer.



dictado por el juez para cumplir (art. 702 LEC) ya no sería posible el cumplimiento<sup>693</sup>. Aunque se ha matizado<sup>694</sup> que cuando la prestación negativa consiste en el cese de una actividad, es posible pensar en un incumplimiento transitorio o simple demora<sup>695</sup>.

---

<sup>693</sup> Como explica COVIELLO (*L'Obbligazione negativa...*, II, cit., págs. 8-9) si la obligación negativa "si dirige a un'unica omissione, dato il suo carattere di *Fix Leistung*, l'atto contrario è definitivo inadempimento e non ha alcuna rilevanza giuridica un successivo comportamento negativo, perchè non sussiste più neanche un obbligo di omettere, essendo decorso infruttuosamente il tempo in cui doveva adempiersi. Se poi trattarsi di un'obbligazione negativa duratura, come già si è rilevato, la omissione successiva all'atto contrario sarà una prestazione attualmente scaduta ed egualmente dovuta, ma non già la prestazione precedentemente scaduta e rimasta, inadempita: in tale ipotesi pertanto la possibilità di prestare l'omissione rimasta inadempita è esclusa anche dalla *necessità* di prestare l'omissione che viene ora a scadere".

<sup>694</sup> RUIZ VADILLO, *Las obligaciones negativas...*, cit., págs. 52 y ss. VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura...*, cit., págs. 88-89. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, cit., págs. 626-627. VERDERA SERVER, *El cumplimiento...*, cit., pág. 307.

<sup>695</sup> Para LEHLMANN (cit. por COVIELLO, *L'Obbligazione negativa...*, II, cit., págs. 11 y ss.) existe otro supuesto de obligación negativa en el que sí cabe la mora. Distingue dos situaciones: la primera es aquella en la que el deudor se compromete a una abstención (ej. no hacer ruido) de 5 a 7 de la tarde. El retraso en esta obligación supone el incumplimiento total. Sin embargo, dice, si el deudor se compromete, en cambio, a una abstención de dos horas cuyo comienzo se fija a las 5 de la tarde, y el tiempo se ha fijado en atención a los intereses del deudor no del acreedor, comenzar a cumplir después de las 5 de la tarde no supondría incumplimiento total sino mora, de forma que la obligación quedaría igualmente satisfecha cumpliendo de 5.30 a 7.30 h. Refuta este pensamiento COVIELLO (págs. 14 y 16-17) al considerar que "qui vi sia una falsa interpretazione del fenomeno giuridico e della effettiva intenzione delle parti... L'atto contrario ha le stesse conseguenze che nelle altre; l'unica differenza è che qui la determinazione del tempo di prestazione, che rende *Fix-Leistung* la prestazione negativa, è rimessa al creditore, epperò avviene *mediante dichiarazione unilaterale di volontà*, mentre nelle altre ipotesi segue mediante la stessa convenzione costitutiva del rapporto obbligatorio".



**Sección II:**  
**Ejecución por obligaciones**  
**de no hacer.**

**V. Regulación.**

La ejecución de sentencias que condenan a un no hacer, es decir, al mantenimiento de un comportamiento omisivo, estaba regulado en la legislación anterior en dos artículos, contenidos cada uno de ellos en un texto legal diferente: uno en la LEC de 1881 (art. 925) y el otro en el CC (art. 1099).

El primero de ellos, el artículo 925 LEC, establecía que “*si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios, los que se indemnizarán al que hubiere obtenido la ejecutoria en la forma expresada en el artículo que antecede*”. El contenido de este artículo fue criticado por la totalidad de la doctrina en el sentido de que era la solución más simplista que podía imaginarse<sup>696</sup>, que era todavía más insuficiente que la regulación de las condenas a haceres personalísimos<sup>697</sup> o que el Derecho español satisfacía escasamente a este tipo de condenas<sup>698</sup>. Realmente

---

<sup>696</sup> MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, (1998) cit., pág. 505.

<sup>697</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 335; MORENO CATENA, *Derecho procesal...*, cit., pág. 449.

<sup>698</sup> PRIETO CASTRO, *Tratado...*, cit., pág. 838.

ni siquiera se preveía en dicho precepto la posibilidad de que el incumplimiento de la obligación de no hacer hubiera dado lugar a un resultado físico que, evidentemente, no queda eliminado con la simple indemnización (por ejemplo, el incumplimiento de la obligación de no construir tiene un resultado físico: la construcción realizada).

El segundo de los artículos al que hacíamos referencia, el 1.099 CC, dió un paso adelante y vino a complementar la regulación de la ejecución de este tipo de condenas al prever la situación anteriormente citada y establecer la posibilidad de destruir lo hecho por el deudor contraviniendo la condena<sup>699</sup>: *“Lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior (podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho) se observará también cuando la obligación consista en un no hacer, y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido”*.

Se considera ésta una norma de remisión<sup>700</sup>, es decir, que pone en vigor para las obligaciones de no hacer lo establecido respecto de las obligaciones de hacer fungibles (art. 1.098, párrafo II LEC), sin meditar los inconvenientes de trasladar a las obligaciones negativas una estructura normativa pensada fundamentalmente para las obligaciones positivas<sup>701</sup>.

Por otro lado, se ha entendido<sup>702</sup> que esta regulación, que no possibilitaba el empleo de medios coercitivos que presionen la voluntad del deudor en

---

<sup>699</sup> Se había afirmado respecto a la destrucción de lo mal hecho que “la ley (LEC) no contiene este extremo, atendiendo, sin duda, a que si queda completamente atendido en su derecho el vencedor con la indemnización de perjuicios, no deben destruirse valores que siempre afectan a la riqueza pública” (Vicente y Caravantes, *Procedimientos judiciales*, Madrid, 1856. Citado por TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas...*, cit., pág. 141, not al pie n.º. 249).

<sup>700</sup> HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 124.

<sup>701</sup> Cfr. VERDERA SERVER, *El cumplimiento...*, cit., pág. 300.

<sup>702</sup> VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura...*, cit., pág. 89; TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas...*, cit., pág. 141.

dirección al cumplimiento, estaba directamente inspirada en la regla *nemo praecise ad factum cogi potest*<sup>703</sup>.

La nueva regulación, contenida en el artículo 710 LEC de 2000, se ha hecho eco de las críticas vertidas por la doctrina respecto de la legislación anterior y palía muchas de sus deficiencias, aunque la regulación en él contenida sigue siendo, según nuestro parecer y como se verá en los epígrafes siguientes, deficiente e insuficiente: “*Si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se le requerirá, a instancia del ejecutante, para que deshaga lo mal hecho si fuere posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso, se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial.*”

---

<sup>703</sup> El problema era más amplio de lo que a primera vista pudiera pensarse ya que hay muchas Leyes que se remiten en determinados aspectos a la LEC. Por ejemplo, la LCD no contiene normas especiales en materia de ejecución, por lo que serán de aplicación las establecidas con carácter general en la LEC. En materia de competencia desleal las obligaciones o condenas a abstenerse tienen mucha importancia cuantitativa pero para su ejecución no era posible más que el resarcimiento de daños y perjuicios (art. 925 LEC). Respecto a este punto, hacía notar BELLIDO PENADÉS, R. que (*La tutela frente a la competencia desleal...*, cit., págs. 115-116) “contrasta la reticencia del legislador en conferir expresamente a los órganos jurisdiccionales la facultad para adoptar multas coercitivas, y la facilidad con que concede dicha facultad a la Administración cuando conozca de determinados actos de competencia desleal que afecten al interés público a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 LCD... Desconcierta que el legislador, conociendo los instrumentos necesarios para garantizar la eficacia de la ejecución de las obligaciones de hacer (remoción) y no hacer (cesación) y pretendiendo crear los mecanismos sustantivos y procesales eficaces para una adecuada regulación de la disciplina de la competencia desleal, según expresa su Preámbulo, no atribuya a los órganos jurisdiccionales esos instrumentos eficaces que año y medio antes atribuyó a la Administración”. Respecto a los privilegios de la Administración en el proceso civil, incluida la ejecución, puede verse PEDRAZ PENALVA, E., *Privilegios de las Administraciones públicas en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1993.

La nueva LEC viene a solucionar, aunque en algunos aspectos sea muy criticable como a lo largo del trabajo veremos, la ejecución de condenas de no hacer también en los supuestos de defensa de la competencia.

*Se procederá de esta forma cuantas veces incumpla la condena y para que deshaga lo mal hecho se le intimará con la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo.*

*Si, atendida la naturaleza de la condena de no hacer, su incumplimiento no fuera susceptible de reiteración y tampoco fuera posible deshacer lo mal hecho, la ejecución procederá para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan causado”.*

En todo caso, la función primordial de la ejecución en estos supuestos debe ser evitar el incumplimiento, es decir, evitar que se produzca la conducta prohibida; actuar, consecuentemente, antes de que la violación se haya producido o después de producida ésta para que no se vuelva a producir. Por tanto, la ejecución debe realizar una función preventiva<sup>704</sup>. Es evidente que no se puede actuar antes de que la violación se haya producido, porque la ejecución comienza precisamente una vez producida aquella (la violación), pero sí se puede actuar (en el caso de obligaciones de no hacer de carácter duradero, ya sean de tracto continuado ya de tracto sucesivo e independientemente de que sean *in non faciendo* o *in patiendo*) una vez producida la violación para que ésta no se repita. Entendemos que ésta sería también una función preventiva.

El artículo 710 LEC satisface este fin preventivo sólo de forma atenuada porque la única medida que establece para evitar el futuro incumplimiento es el apercibimiento al deudor de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial. Creemos, sin embargo, que sí cumple una finalidad preventiva el artículo 699 LEC que, como veremos más adelante, establece la posibilidad de

---

<sup>704</sup> RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 1032. También en este sentido, estima PROTO PISANI (*L'effettività dei mezzi...*, cit., pág. 624) que “stante il carattere continuativo degli obblighi di fare o di non fare, una tutela giurisdizionale adeguata alle peculiarità di tali situazioni di vantaggio dovrebbe necessariamente avere oltre carattere repressivo della violazione già effettuata..., anche e spesso soprattutto carattere preventivo...”.

que en el requerimiento en el que se fija el plazo para cumplir (las obligaciones de dar, hacer y no hacer), se establezcan apremios personales o multas pecuniarias, que estimulen la voluntad del deudor guiándole en dirección al cumplimiento.

Por último, en cuanto a la regulación, hay que destacar la existencia de otros preceptos que de manera expresa o implícita aluden a las obligaciones de no hacer; entre ellos se encuentran los artículos 1.120, 1.123, 1.158 etc., todos del Código Civil.

## VI. Requerimiento.

Una vez dictada condena a una omisión (independientemente de que se trate de una obligación *in non faciendo* o de una *in patiendo*) suele producirse en la práctica, a pesar de que no estaba legalmente regulado en la LEC de 1881, que el acreedor solicite y el juez efectue un requerimiento formal al condenado para que se abstenga de actuar o permita la realización de una determinada actividad por el acreedor. La doctrina se mostraba dividida respecto a lo acertado o no de dicho requerimiento. Por una parte, para determinados autores<sup>705</sup> la sentencia de condena supone por sí misma una intimación suficiente para el deudor, siendo innecesario requerimiento alguno. Para otra parte de la doctrina<sup>706</sup>, en cambio, el requerimiento aparece como una medida idónea.

---

<sup>705</sup> MORENO CATENA, *Derecho procesal...*, cit., pág. 449. En esta misma línea, MONTERO AROCA (*Derecho jurisdiccional...*, (1998) cit., pág. 505) afirma que el hecho de que el actor pida del juzgado que éste requiera formalmente al condenado para que no haga atiende a "razones poco claras".

<sup>706</sup> RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 1033. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 335 y *El proceso...*, cit., pág. 236.

Dicho requerimiento que es un acto de ejecución, aunque verdaderamente la ejecución comience cuando se ha violado el mandato contenido en el título<sup>707</sup>, realiza una función preventiva<sup>708</sup>: actuar antes de que el incumplimiento se haya producido con el fin, precisamente, de evitarlo, o actuar una vez se ha producido ya el incumplimiento con el fin de que no se siga produciendo.

La nueva LEC, posiblemente influenciada por la práctica forense, ha recogido para las condenas de no hacer un (¿doble?) requerimiento. Por un lado establece en el artículo 699 LEC que en el auto por el que se despache ejecución se requiera al ejecutante para que cumpla en sus propios términos lo establecido en el título ejecutivo. El requerimiento se realizará tanto si la condena es a dar cosa distinta a dinero, o a hacer como si es a no hacer. Por otro lado, el artículo 710 LEC establece que si el condenado quebranta la sentencia, se le requerirá para que deshaga lo mal hecho, indemnice los daños y perjuicios causados y se abstenga de reiterar el quebrantamiento con apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial.

Fijémonos que ambos requerimientos se realizan cuando el incumplimiento ya se ha producido, es decir, dictada sentencia de condena, el condenado puede comenzar a cumplirla voluntariamente (comenzar a abstenerse) en cuyo caso no comienza la ejecución forzosa y no hay, por tanto, requerimiento alguno, porque éste, en principio, no sería necesario. La otra actitud posible del deudor es el incumplimiento de la condena, es decir, no abstenerse o no permitir; es en este supuesto en el que el acreedor solicitará la ejecución forzosa y en el auto por el que ésta se despache se le requerirá.

Ante la dualidad de preceptos son varias las dudas que se nos plantean: ¿Porqué se establecen dos requerimientos?, ¿Hay una contradicción legal?, ¿Son

---

<sup>707</sup> MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, (1998) cit., pág. 505.



incompatibles ambos preceptos?, ¿Deben realizarse dos requerimientos o realmente sólo uno?.

No creemos que la ley establezca dos requerimientos distintos, sino que, en realidad, se trata del mismo requerimiento aunque su contenido será distinto según la naturaleza de la condena y del incumplimiento. Es decir, si el no hacer era instantáneo o de tracto único, es inútil que se requiera al deudor para que cumpla en sus propios términos, porque el no cumplimiento voluntario por el deudor imposibilita que pueda cumplirse forzosamente en forma específica. En este supuesto, se requerirá al deudor para que indemnice los daños y perjuicios causados.

Si la obligación es duradera y la violación tiene eficacia continuada (por ejemplo, la construcción de un muro para obstaculizar al vecino las vistas a las que tiene derecho), se requerirá al deudor para que deshaga lo mal hecho, indemnice los daños y perjuicios causados y se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial.

Si la obligación es duradera y la violación tiene eficacia instantánea (por ejemplo, prohibición de realización de actos de competencia desleal y en un determinado momento difunde el deudor una indicación incorrecta o falsa<sup>709</sup>), se requerirá al deudor para que cumpla en sus propios términos (para que a partir de ese momento se abstenga) y para que indemnice al acreedor los daños y

---

<sup>708</sup> CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 346.

<sup>709</sup> El artículo 7 LCD establece que “*se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas*”. Véase también la STS de 22 de mayo de 1996 [RA 647].

perjuicios producidos por el incumplimiento, con apercibimiento de incurrir el delito de desobediencia a la autoridad judicial si reitera el quebrantamiento.

En el requerimiento, que constituye un acto de ejecución porque ésta (la ejecución) ya ha comenzado, podrá el tribunal apercibir al ejecutado con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias (art. 699 párrafo segundo). Entendemos que este precepto permite al juez imponer apremios personales y multas pecuniarias para incitar al deudor a que cumpla en forma específica (para que se abstenga de hacer o para que permita al acreedor una determinada actividad) y no solamente para que deshaga lo mal hecho, que es el supuesto recogido expresamente por el artículo 710 LEC respecto a la imposición de multas.

El problema será determinar la cuantía de dichas multas porque el artículo 711 LEC que es el que regula el importe de las multas, para los supuestos de condenas a no hacer se refiere únicamente al importe de las multas a imponer cuando se incita al deudor a deshacer lo mal hecho, pero no cuando se incita al deudor a cumplir en forma específica. Creemos que el criterio será el mismo que para fijar la cuantía de la multa en el caso de haceres personalísimos, es decir, las multas tendrán en cuenta el precio o valor del hacer (en este caso de la omisión) fijado en el título ejecutivo y si no se ha fijado en él se atenderá al coste que dicha conducta tenga en el mercado.

## **VII. Plazo.**

Establece el artículo 699 de la nueva LEC, primero de los artículos que la ley dedica a la ejecución no dineraria, que el juez fijará un plazo para que el deudor lleve a cabo el cumplimiento. Según el citado precepto “*cuando el título*

*ejecutivo contuviere condena u obligación de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero, en el auto por el que se despache ejecución se requerirá al ejecutado para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo*". Este plazo, que como el propio artículo 699 LEC indica, se fijará en el auto por el que se despacha la ejecución, supone una novedad respecto de la legislación anterior. La LEC de 1881 sí establecía la necesidad de que el juez fijará un plazo para realizar el cumplimiento, cuando la condena contenía una obligación de hacer, tanto fungible como infungible (art. 924 LEC de 1881), pero nada se establecía respecto de las obligaciones de no hacer.

A pesar de lo dicho, la peculiar idiosincracia de estas obligaciones, traerá como consecuencia que el juez no fije plazo alguno<sup>710</sup>, sino que la obligación deba realizarse desde "ya", es decir, una vez firme la condena en la que se reconoce el derecho del acreedor, por ejemplo, a pasar por la finca del deudor, éste debe inmediatamente abstenerse y permitir el paso (*in patiendo*) o si se condenó al deudor a no editar libros con una editorial diferente a aquella con la que se realizó un pacto de exclusiva, el deudor debe abstenerse desde la condena (*in non faciendo*). Realmente debía haberse abstenido desde mucho antes, desde que las partes decidieron obligarse.

Otra cosa distinta del plazo del que venimos hablando es que en el requerimiento el juez le diga al deudor el periodo de tiempo (el plazo) durante

---

<sup>710</sup> La doctrina italiana se muestra partidaria de que el juez pueda conceder una dilación en el cumplimiento, atendiendo a circunstancias de muy diversa consideración. Lo imprescindible es que la contravención no frustre el fin de la ejecución. Pero el cumplimiento tras la dilación es "adempimento della obbligazione tuttora esistente, ma è adempimento dovuto solo attualmente e non è già, per così dire, l'equivalente dello adempimento mancato e dovuto pel passato. Ciò ha luogo, come è ovvio, perchè il comportamento negativo in obbligazione è sempre intimamente connesso con l'elemento tempo..." (COVIELLO, *L'Obbligazione negativa...*, II, cit., págs. 245 y ss).

el que debe cumplir su obligación, por ejemplo, no grabar durante cinco años discos con una compañía discográfica distinta a aquella con la que se firmó un contrato de exclusiva. Este plazo, que ya estaba fijado en la sentencia de condena y que puede ser ahora nuevamente recordado por el juez, no es un plazo procesal sino un plazo material<sup>711</sup>.

### VIII. Formas de ejecución.

#### *A) Introducción: formas de violación de la obligación de no hacer.*

Siguiendo a PROTO PISANI<sup>712</sup> distinguimos tres formas de violación de las obligaciones de no hacer:

1. Violación que se concreta en actos de eficacia continuada. Por ejemplo, se condena al deudor a no obstaculizar el derecho de vistas del colindante y aquél construye un muro que impide dichas vistas. El muro no es algo que produzca efectos en un instante concreto del tiempo sino que produce sus efectos de forma continuada, mientras no sea destruido.

2. Violación que se concreta en actos de eficacia instantánea susceptibles de ser repetidos en el tiempo. Por ejemplo, se condena al deudor a no trabajar durante el año 1999 con una cadena de televisión distinta a aquella con la que se firmó un pacto de exclusiva. El hecho de presentar un programa en otra cadena el 10 y 11 de enero de 1999 supone la violación de la obligación, que produce sus efectos sólo en ese o esos instantes concretos, pero dicha violación es susceptible de ser repetida en el tiempo.

---

<sup>711</sup> El plazo procesal puede ser definido como un período de tiempo durante el cual o en cualquier momento del cual, puede o debe realizarse un acto *procesal* (cfr. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional...*, I, cit., pág. 400-401).

3. Violación que se concreta en actos de eficacia instantánea no susceptibles (o que razonablemente no es previsible que lo sean) de ser repetidos en el tiempo. Por ejemplo, se condena al deudor a no dar un recital el día 18 de abril de 1999 en el Liceo de Barcelona y el deudor da el recital incumpliendo con este acto la obligación. El acto produce sus efectos en ese instante concreto pero no es posible que la violación se vuelva a repetir.

Partiendo de esta distinción vamos a estudiar las diversas formas de ejecución que pueden darse ante el incumplimiento de obligaciones de no hacer.

*B) Ejecución por violación de la obligación de no hacer mediante actos de eficacia continuada.*

*a) Solución en la LEC de 1881.*

La LEC de 1881, artículo 925, no regulaba una solución adecuada para este supuesto, sino que se limitaba a establecer para el caso de contravención de una condena de no hacer la indemnización de daños y perjuicios. La deficiente regulación contenida en nuestra ley procesal era en parte solventada por la ley material. El CC (art. 1.099 en relación con el 1.098) fija que cuando la obligación consiste en un no hacer y el deudor ejecuta lo que le había sido prohibido, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.

En cuanto al deshacer es necesario diferenciar según éste sea fungible, infungible o imposible. Lo más frecuente será que el deshacer tenga carácter

---

<sup>712</sup> *Appunti sulla tutela...* cit., págs. 1110-1111.

fungible, pero no se descarta que existan, aunque no se trate de supuestos habituales, deshaceres infungibles<sup>713</sup>.

Si el deshacer es fungible, ante la negativa del deudor a destruir lo realizado en violación de la obligación de no hacer, se designaba a un tercero para que deshiciera a costa del ejecutado. Además si se habían producido daños y perjuicios al acreedor-ejecutante, éstos le debían ser indemnizados (art. 925 LEC). Pero puede que el deshacer tenga el carácter de infungible o personalísimo (aunque se trate de casos excepcionales). En estos supuestos si el deudor se niega a deshacer lo mal hecho, como es imposible su realización por un tercero, la ejecución irá dirigida a la obtención de los daños y perjuicios que al acreedor-ejecutante se le hayan producido.

Por otro lado, se apercibía al deudor de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad si una vez “deshecho” volvía a “hacer” quebrantando nuevamente la condena. Esta medida no estaba recogida expresamente en ningún precepto pero la totalidad de la doctrina se mostraba favorable a su aplicación<sup>714</sup>.

---

<sup>713</sup> Para FERNÁNDEZ LÓPEZ (*Derecho procesal...*, cit., pág. 336) el deshacer “se trata en la *práctica totalidad* de los casos de conductas fungibles”, pero no descarta que existan supuestos de deshaceres infungibles. CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., pág. 369) afirma tajantemente que el deshacer puede ser también infungible y pone como ejemplo, entre otros, retractarse públicamente de unas opiniones vertidas. Sin embargo, para MONTERO AROCA (*Derecho jurisdiccional...*, (1998) cit., pág. 506) el deshacer es siempre fungible.

<sup>714</sup> Puede verse, entre otros, MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, (1998) cit., pág. 506; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 1033; CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., págs. 363-364. En este sentido la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 26 de octubre de 1984 (en *Revista General de Derecho*, 1985, pág. 711) declaró que “...en el caso enjuiciado la prohibición de ejercicio de una actividad de competencia desleal puede llevarse acabo destruyendo los efectos que se expidan bajo una marca prohibida, bien si ello no es posible, mediante la conminación a no utilizar la denominación comercial o rótulos indebidos, con el consiguiente apercibimiento por desobediencia si se persiste en la actitud prohibida...”. A favor se manifiesta también RUIZ VADILLO (*Las obligaciones negativas...*, cit., págs. 63-64) que afirma que “lo que siempre me parecerá mal es que

El incumplimiento de condenas a no hacer algo encajaba perfectamente en el tipo descrito en el artículo 556 del CP: existe una orden (sentencia de condena) expresa, terminante, clara, obligatoria y de cumplimiento posible, emitida por la autoridad (el juez), en el ejercicio de sus funciones (función jurisdiccional), dirigida concreta y expresamente al condenado, voluntaria y dolosamente incumplida por éste. La desobediencia, por último, debe calificarse de grave<sup>715</sup>.

Por otro lado, sería también una medida adecuada<sup>716</sup>, susceptible de ser utilizada en supuestos como el del derecho de paso, que el juez ordene a la policía judicial que garantice dicho derecho. Lo que no se permitía en ningún caso de forma expresa era el uso de apremios pecuniarios ni para conseguir el cumplimiento en forma específica de la obligación de no hacer ni para conseguir la destrucción de lo mal hecho (sea ésta fungible o infungible).

---

aparezcan delitos que de alguna manera puedan constituir, aunque sea de manera indirecta, un chantaje para que el deudor, asustado, cumpla, dando o haciendo lo que él cree que no tiene que dar o hacer... Pero no que, con intervención judicial y bajo su decisión, pueda la sociedad crear un clima favorable al cumplimiento de los compromisos libre y legítimamente adquiridos y especialmente al acatamiento de las resoluciones judiciales". Por su parte, entiende MUERZA ESPARZA, J., (*Aspectos procesales de las acciones de cesación y prohibición de daños en el ámbito del Derecho industrial y de la competencia*, Barcelona, 1997, 137 y ss) que el apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la Autoridad es aplicable en caso de incumplimiento de sentencias pero no si se incumplen autos que acuerdan medidas cautelares.

<sup>715</sup> Para un análisis más profundo de este punto, puede verse, el Capítulo I, Sección II, Epígrafe V (El delito de desobediencia a la Autoridad).

<sup>716</sup> MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, (1998) cit., pág. 506.

*b) Solución en la LEC actual.*

En estos supuestos se requerirá al ejecutado para que deshaga lo mal hecho<sup>717</sup>, indemnice los daños y perjuicios causados y se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial (art. 710.1 LEC). El requerimiento se realiza por el juez a instancia del ejecutante en atención al principio de justicia rogada que rige en sede de ejecución.

1. DESTRUCCIÓN DE LO MAL HECHO.

Realizado el requerimiento, el comportamiento del deudor puede ir en una doble dirección:

1. Puede que el deudor voluntariamente deshaga lo mal hecho. En este supuesto la ejecución terminará con la determinación e indemnización al acreedor de los daños y perjuicios que se le hayan producido.

2. En segundo lugar, es posible que, a pesar del requerimiento, el deudor no deshaga lo mal hecho. En este caso, el acreedor solicitará al juez que imponga al deudor multas por cada mes que transcurra sin deshacer lo mal hecho<sup>718</sup>.

Las multas, que serán fijadas por el tribunal mediante providencia, serán de hasta el veinte por ciento del coste que el deshacer lo mal hecho tenga en el mercado (art. 711 LEC). La cuantía exacta de las multas la fijará el juez en atención a las circunstancias concretas de la ejecución. Impuesta por el tribunal

---

<sup>717</sup> Matiza CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., pág. 369) “que también se podrá solicitar la destrucción de los medios empleados de forma exclusiva para realizar la contravención si ello ha de asegurar mejor que no vuelva a producirse el quebrantamiento”.



la obligación de pagar una multa por cada mes que pase sin deshacer lo mal hecho, puede que el deudor-ejecutado se decida a cumplir, satisfaciéndose de esta forma la finalidad para la que las multas fueron creadas. En este supuesto la ejecución terminará con la determinación de los daños y perjuicios causados al acreedor-ejecutante.

Pero puede ocurrir que a pesar de dichas multas el deudor-ejecutado no deshaga lo mal hecho. Aunque la LEC no establece limitación temporal alguna (a diferencia del supuesto de haceres personalísimos para el que expresamente se establece el límite de un año, art. 709 LEC), es evidente que no se puede estar indefinidamente imponiendo multas porque, al fin y al cabo, la finalidad de la ejecución en este supuesto no es la imposición infinita de multas, sino que se deshaga lo mal hecho. ¿Cuál es por tanto la solución a adoptar? Es necesario advertir que la LEC no ha previsto expresamente este supuesto por lo que la solución vendrá del análisis conjunto de las normas relativas a la ejecución:

1. A diferencia de lo que es propiamente la conducta omisiva que es siempre, como ya hemos señalado, infungible, el deshacer lo mal hecho tiene normalmente carácter fungible o no personalísimo y, por tanto, si el ejecutado se niega a deshacer, a pesar de que la LEC (de forma equivocada) no recoge expresamente esta posibilidad, deshará un tercero a costa del deudor. Como en los supuestos de obligaciones de hacer no personalísimas, el ejecutante pedirá al juez que se le faculte para encargar la actividad a un tercero. El precio del deshacer se valorará previamente por un perito tasador designado por el tribunal. Una vez fijado el precio por el perito y aprobado éste por el tribunal mediante providencia<sup>719</sup>, debe el ejecutado depositar dicha cantidad, porque si

---

<sup>718</sup> Para la crítica de esta solución, vid. el subapartado c) de este mismo Epígrafe.

<sup>719</sup> Vid. nota al pie n.º. 390.

no la deposita se procederá inmediatamente al embargo de bienes y a su realización forzosa hasta obtener el dinero necesario (art. 706 LEC).

La ejecución terminará con la determinación de los daños y perjuicios causados al acreedor-ejecutante. Si éstos son pagados voluntariamente por el deudor acaba aquí la ejecución, si no son pagados voluntariamente, continuará la ejecución por los trámites que se siguen para la realización de las condenas pecuniarias (embargo de bienes y realización forzosa de los mismos).

¿Quién y en qué momento debe decidirse acerca de cesar en la imposición de multas y ejecutar por subrogación? Será el juez, a petición del acreedor, quien decida. En cuanto al momento oportuno, podría pensarse que debe respetarse el año establecido para los haceres personalísimos. Sin embargo, al no establecer nada la ley, estimamos que el acreedor podrá solicitarlo en cualquier momento y será el juez quien, en atención a las circunstancias concretas, decidirá.

Veamos un ejemplo: se condena al deudor a permitir al acreedor el paso por un camino propiedad de aquel. El deudor, para evitar que el acreedor pueda pasar, levanta una tapia cerrando de este modo el acceso al camino. Ante el incumplimiento del deudor-ejecutado, el juez le requiere para que deshaga lo mal hecho, imponiéndole multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo. Además le requerirá para que indemnice al acreedor-ejecutante por los daños y perjuicios que le hubiese causado y le apercibirá de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad si reitera su incumplimiento.

Si el deudor destruye voluntariamente la pared, termina la ejecución con el pago al acreedor de los daños y perjuicios. Si, a pesar de los apremios no la quita, el ejecutante, con permiso del juez, encargará a un tercero que destruya la tapia. La ejecución terminará con la determinación y pago al acreedor de los

daños y perjuicios causados pero, además, el juez impondrá (aunque la LEC de forma errónea no recoge expresamente esta posibilidad) apremios pecuniarios al deudor por cada nueva contravención, es decir, por cada vez que el deudor no deje pasar al acreedor. Por otro lado, la reiteración del incumplimiento abrirá la vía penal para juzgar al deudor-ejecutado por delito de desobediencia a la autoridad judicial.

La solución legal de imponer multas cuando el deshacer es fungible es ampliamente criticable. Véase al respecto en las páginas siguientes el subapartado titulado *Crítica a la solución legal*.

2. Si, en cambio, el deshacer tiene carácter infungible (lo que supone que es imposible que un tercero deshaga a costa del deudor) y el deudor, a pesar de los apremios, no deshace, se transformará la ejecución en indemnización de los daños y perjuicios producidos al acreedor. Tengamos en cuenta que el hecho de que el deudor esté pagando infinitamente apremios pecuniarios no beneficia al acreedor, puesto que el importe de éstos no los cobra él. Por eso, transcurrido un tiempo sin que los apremios hayan dado resultado, entendemos legítimo que el ejecutante pida y el juez acuerde la transformación de la ejecución en indemnización de daños y perjuicios.

## 2. POSIBILIDAD DE UTILIZACIÓN DE MULTAS COERCITIVAS QUE INCITEN AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN.

Creemos que, además de las multas a las que nos venimos refiriendo, y que están expresamente establecidas en el artículo 710 LEC, puede el tribunal imponer multas pecuniarias y permitir el uso de la fuerza pública para evitar

que el deudor vuelva a incumplir<sup>720</sup>. En principio, según el tenor literal del citado precepto, no sería posible imponer multas pecuniarias para evitar que el deudor-ejecutado vuelva a incumplir o siga incumpliendo, sino que éstas sólo cabrían para forzarle a deshacer lo mal hecho, pero, pensamos, que la posibilidad de imponer multas coercitivas en estos supuestos encuentra su fundamento en el artículo 699 LEC. Este precepto, que es el primero de los que la LEC dedica a la ejecución por condenas no dinerarias, se refiere a la posibilidad del tribunal de imponer no sólo apremios personales sino también multas pecuniarias para incitar al deudor a cumplir la obligación en sus propios términos. Probablemente, se trata de una interpretación un tanto forzada del precepto, pero es necesario realizarla porque, una vez permitida expresamente la imposición de multas pecuniarias por la LEC, es un error imperdonable del legislador no prever expresamente su imposición para evitar que se siga incumpliendo una obligación de no hacer. Pero, en el caso de obligaciones de no hacer su peculiar idiosincracia genera que no tenga demasiado sentido imponer multas mensuales, sino que lo ideal es imponer una multa por cada contravención.

Por otro lado, los apremios pecuniarios y el recurso a la fuerza pública serán posibles tanto si se trata de obligaciones *in patiendo* como si son simplemente *in non faciendo*. Por ejemplo, si condenado el deudor a dejar pasar al acreedor por su fundo (*in patiendo*) aquél se lo impide, el juez le apremiará por cada contravención, es decir, por cada vez que el deudor impida el paso al acreedor, pudiendo, además, resultar muy útil el recurso a la fuerza pública. Si se condena al deudor a no aproximarse a las propiedades de una persona (*in non*

---

<sup>720</sup> En este sentido se manifestaba ya GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI (*Ejecución forzosa...*, cit., pág. 855) antes de la nueva LEC: “creemos oportuno reforzar el mandato legal

*faciendo*) y éste sigue acercándose se le impondrán apremios pecuniarios por cada contravención (por cada vez que se acerque) y resultará muy útil también, recurrir a la fuerza pública para evitar que siga incumpliendo<sup>721</sup>.

En cuanto a la cuantía de estas multas nada establece la ley; ésta se refiere únicamente a la cuantía de las multas mensuales y de la multa única (que son las únicas recogidas expresamente por el legislador). Si atendemos a la regulación establecida para los haceres personalísimos (art. 711 LEC) parece que la cuantía se fijará atendiendo al precio o a la contraprestación del no hacer establecido en el título ejecutivo y, si no consta en él, al coste de esa conducta en el mercado. Lo normal es que el título ejecutivo no fije el valor de la conducta, por lo tanto, normalmente se atenderá al precio de mercado, sin olvidar las dificultades que puede generar el determinar el precio de un comportamiento omisivo. Por otro lado y como la multa se debe imponer por cada contravención, no tendrá en cuenta el juez, a la hora de fijar su cuantía, los porcentajes establecidos en el artículo 711 LEC (ni el 20% relativo a las multas mensuales ni el 50% de la multa única).

Respecto a su duración, tampoco se refiere a ella la nueva LEC. Al igual que dijimos respecto al deshacer lo mal hecho, creemos que deberá ser el ejecutante quien solicite y el juez quien conceda, si así lo estima conveniente, la cesación de las multas coercitivas y su sustitución por la indemnización de los daños y perjuicios producidos. De todas formas, la aplicación de medidas coercitivas en este supuesto encuentra un límite temporal implícito: la duración de la relación obligatoria. Una vez transcurre el término final de cumplimiento

---

con un párrafo segundo, esto es, estableciendo que el tribunal acuerde la imposición de una pena pecuniaria por cada contravención”.

<sup>721</sup> En el proceso laboral se permite la utilización de apremios pecuniarios por incumplimiento de obligaciones de no hacer, tanto si éstas son *in patiendo* como si son *in non faciendo*. Cfr. MONTERO AROCA, *Introducción al proceso laboral*, cit., pág. 376.

de la obligación negativa, la aplicación de la medida coercitiva es inútil porque ya no será posible el cumplimiento en forma específica<sup>722</sup>.

### 3. REITERACIÓN EN LA VIOLACIÓN DE LA OBLIGACIÓN.

Si una vez deshecho lo realizado contraviniendo la condena, el deudor-ejecutado volviera a violar la obligación de no hacer se actuaría nuevamente en la forma citada (*se procederá de esta forma cuantas veces incumpla la condena...*: art. 710 LEC) pero además se iniciará proceso penal por delito de desobediencia a la autoridad judicial.

#### c) *Crítica a la solución legal.*

Tres son los puntos que nos parecen criticables de la regulación contenida en el artículo 710 LEC:

a) Respecto a la solución adoptada por el legislador de regular la imposición de apremios pecuniarios para el supuesto de deshacer lo mal hecho, entendemos que no es acertada (o que resulta, incluso, absurdo) cuando el deshacer es fungible, porque en este supuesto no son necesarias las multas pecuniarias ya que al tratarse de una conducta fungible es susceptible de ser realizada por otras personas además de por el deudor. El fundamento sería doble:

En primer lugar porque si bien los artículos 24.1 CE (*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva...*), 118 CE (*es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes...*), 18.2 LOPJ (*las*

---

<sup>722</sup> Cfr. COVIELLO, *L'Obbligazione negativa...*, II, cit., pág. 178.

*sentencias se ejecutarán en sus propios términos...*) y 699 LEC (*se requerirá al deudor... para que cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo*), garantizan la ejecución en sus propios términos, ésta no tiene porque producirse necesariamente a través de mecanismos de coerción, sino que puede conseguirse a través de la actividad de un tercero. La ejecución por subrogación debe considerarse ejecución en forma específica<sup>723</sup>, porque se va a conseguir el mismo resultado que si deshiciera el propio deudor, satisfaciéndose igualmente el interés del acreedor.

En segundo lugar, porque la ejecución debe conjugar el mayor beneficio del acreedor con el menor perjuicio para el deudor. Permitiendo la ley la utilización de apremios pecuniarios no se consigue un resultado más beneficioso para el acreedor y sí, en cambio, un mayor perjuicio para el deudor.

Además, creemos que la utilización de multas pecuniarias en estos supuestos tampoco beneficia al acreedor-ejecutante, puesto que ante el incumplimiento del deudor lo normal es que se consiga más rápidamente el fin perseguido (deshacer lo mal hecho) encargando esta actividad a un tercero que apremiando al deudor-ejecutado para que sea él quien la realice. Tengamos en cuenta que, a pesar de las multas, puede que el deudor sea reticente y tarde en decidirse a deshacer o incluso que no deshaga nunca debiéndose, finalmente, encargar la actividad a un tercero. Únicamente si el deudor deshace, voluntariamente, nada más ser requerido por el juez para ello, se consigue el resultado perseguido de forma más rápida, o igual de rápida, que encargándose a un tercero.

En fin, si para la realización de haceres fungibles no permite el legislador el uso de apremios pecuniarios, no comprendemos porqué para deshacer lo mal

---

<sup>723</sup> Véase el subapartado *d* (*Naturaleza del hacer por subrogación*), del apartado *C*, Epígrafe

hecho, que también es una actividad fungible, sí se permite la imposición de dichos apremios pecuniarios. En consecuencia, entendemos posible acudir directamente (es decir, sin solicitar previamente la imposición de apremios pecuniarios) a la destrucción de lo mal hecho por un tercero<sup>724</sup>.

En cambio, sí entendemos adecuada la solución legal en aquellos supuestos en los que el deshacer tiene carácter infungible o personalísimo, porque en estos casos no es posible que un tercero deshaga a costa del deudor. Aunque hubiera sido conveniente fijar unos límites en cuanto a la duración de las multas porque, como hemos dicho, si el deudor, a pesar de las multas, no deshace, de nada sirve al acreedor la imposición infinita de multas.

En conclusión, estimamos que el legislador debería haber diferenciado dos supuestos: por un lado, la destrucción de lo mal hecho de carácter fungible, para la que creemos no debería haber regulado la utilización de apremios pecuniarios. Por otro lado, la destrucción de lo mal hecho de carácter infungible, para cuya consecución sí entendemos necesaria la utilización de apremios pecuniarios y la posibilidad de apercibir con ser procesado por el delito de desobediencia la autoridad.

b) En segundo lugar, entendemos que el legislador debía haber previsto expresamente qué ocurre cuando el juez ordena deshacer lo mal hecho y, a pesar de los apremios, el deudor-ejecutado no deshace. Si la finalidad de los apremios fracasa y el deshacer es fungible, el legislador debía haberse referido expresamente a la facultad del acreedor-ejecutante de encargárselo a un tercero, del mismo modo que sí lo regula cuando se trata de la ejecución de condenas a un hacer fungible o no personalísimo. Si el deshacer es infungible se debía

---

VII, de la Sección II, del Capítulo II.

<sup>724</sup> Cfr. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 653.



haber previsto expresamente que ante el fracaso de las multas el acreedor-ejecutante puede solicitar indemnización de daños y perjuicios.

c) Por último, el artículo 710 LEC debería haber recogido expresamente la posibilidad de que el juez acuerde otras medidas, además del apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial, encaminadas a evitar que continúe o se vuelva a producir la violación de la condena de no hacer. Así nos evitaríamos tener que recurrir a una interpretación “forzada” del artículo 699 LEC para dar cabida a este tipo de medidas. El legislador podía haber seguido una doble técnica: o bien regular directamente la posibilidad de acordar multas pecuniarias por cada nuevo incumplimiento. O bien, de forma más general, permitir al juez la adopción de las medidas que sean necesarias para evitar que prosiga o vuelva a producirse el incumplimiento de la obligación. Así lo hizo, por ejemplo, la Ley de Patentes que en su artículo 63<sup>725</sup> apartado e) permite, al titular cuyo derecho de patente sea lesionado, solicitar la “adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación de la patente y, en particular, la transformación...”.

*C) Ejecución por violación de la obligación de no hacer mediante actos de eficacia instantánea susceptibles de repetirse en el tiempo.*

Según la legislación anterior la ejecución consistía en la destrucción, si era posible, de lo mal hecho (art. 1.099 CC), en la indemnización de daños y perjuicios causados al acreedor (art. 925LEC), y en el apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad si se repetía la violación. Por

---

<sup>725</sup> Como indica CUCARELLA GALIANA, *El proceso civil en materia...*, cit., pág. 559) en el artículo 63 LP “se incluyen una serie de medidas que indudablemente pueden considerarse como ejecutivas”. En el mismo sentido el artículo 36 c) de la Ley de Marcas.

tanto, el único mecanismo de coerción susceptible de ser usado para evitar nuevas violaciones era el apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad.

También según la actual LEC en estos supuestos se requerirá al deudor-ejecutado para que deshaga lo mal hecho si es posible, indemnice los daños y perjuicios causados y se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial (art. 710 LEC). Los daños y perjuicios se fijarán siguiendo las pautas que veremos más adelante.

Dada la naturaleza de la condena y del incumplimiento, éste, a veces, no habrá dado lugar a una realidad física que pueda ser deshecha, aunque, en ocasiones puede ser que sí. Por ejemplo, la destrucción de lo fabricado en violación de un derecho de patente: si estos productos ya han sido adquiridos por terceras personas será imposible la destrucción de lo mal hecho, pero si los productos todavía no han salido a la venta sí será posible su destrucción.

Creemos que lo importante en la tutela de este tipo de condenas es evitar que se siga incumpliendo o se vuelva a incumplir. Para garantizar el sucesivo cumplimiento entendemos que, además del apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad, es posible que el Tribunal imponga multas coercitivas por cada nuevo incumplimiento. Igual que en el supuesto anterior, la posibilidad de imponer multas en estos supuestos encuentra su fundamento en el artículo 699 LEC.

Veamos un ejemplo: Un cantante de ópera realiza un contrato de exclusiva de un año con una determinada compañía teatral. Si el deudor recita los dos primeros sábados del año en un teatro no concertado, evidentemente, incumple la condena. En sede de ejecución dicho incumplimiento generará la

indemnización por los dos sábados que sí recitó y además se apercibirá al deudor de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial si sigue incumpliendo. Pero pensamos que también el tribunal puede imponer apremios pecuniarios por cada vez que recite en un teatro distinto de los concertados, es decir, por cada vez que vuelva o siga incumpliendo porque probablemente el acreedor todavía tiene interés en que el deudor-ejecutado cumpla durante el resto del año.

Si el deudor sigue incumpliendo se abrirá la vía penal para juzgarlo por el delito de desobediencia a la autoridad y se le seguirán imponiendo nuevos apremios pecuniarios, sin perjuicio de que el acreedor sea resarcido por los daños y perjuicios que cada nuevo incumplimiento vaya generando. Como ya dijimos apremios pecuniarios y daños y perjuicios no son conceptos incompatibles.

Un supuesto distinto sería aquel en el que el incumplimiento del deudor-ejecutado genera la pérdida de interés del acreedor en que se cumpla el resto de la condena. En este caso, entendemos que la totalidad de la condena se transformará en indemnización de daños y perjuicios. Indemnización de daños y perjuicios que tendrá el contenido que más adelante veremos.

Siendo el interés del acreedor elemento esencial en la ejecución, el juez deberá, tras el incumplimiento del deudor, preguntar al acreedor si todavía tiene interés en el cumplimiento específico. Si la respuesta es afirmativa, impondrá multas que inciten al deudor-ejecutado a cumplir; si, en cambio, la respuesta es negativa, la condena se transformará en indemnización de daños y perjuicios<sup>726</sup>.

---

<sup>726</sup> En sentido parecido y respecto a la posibilidad de adoptar medidas compulsivas afirma CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., pág. 349) que “competará al juez en cada caso decidir acerca de la solicitud del ejecutante y la eventual oposición que muestre el ejecutado. Tendrá en particular que atender a la posibilidad más o menos objetiva de que pueda volver a producirse un nuevo incumplimiento, a la idoneidad de la medida solicitada

El fundamento jurídico se encuentra en la facultad resolutoria contenida en el artículo 1.124 CC.

*D) Ejecución por violación de la obligación de no hacer mediante actos de eficacia instantánea no susceptible de repetirse en el tiempo.*

Estos supuestos se resolvían en la legislación anterior con la indemnización al acreedor de los daños y perjuicios que se le hubiesen causado (art. 925 LEC). Actualmente se sigue la misma línea y así, según el artículo 710.2 de la nueva LEC, cuando es imposible reiterar el incumplimiento y tampoco es posible deshacer lo mal hecho, la ejecución procederá para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan causado.

Veamos un ejemplo: se condena al deudor a mantener la titularidad del paquete mayoritario de acciones de una sociedad durante cinco años. El deudor incumple la obligación enajenando todas las acciones. Evidentemente es imposible deshacer lo mal hecho, puesto que el incumplimiento no ha dado lugar a una realidad física de eficacia continuada que pueda ser destruida, pero, además, tampoco es posible la reiteración del incumplimiento, porque éste se produce con un único acto que supone el incumplimiento total y definitivo de la obligación. Por tanto, la obligación del deudor-ejecutado se transformará, por causa de la imposibilidad, en el resarcimiento de los daños y perjuicios producidos<sup>727</sup>, los cuales se calcularán según veremos más adelante.

---

para evitar dicha contravención futura, y a la valoración de la voluntad de las partes, especialmente del ejecutante, que juzgue de su interés en seguir intentando el cumplimiento o renuncie al mismo por considerarlo imposible de obtener”.

<sup>727</sup> Entiende PEREDA GÁMEZ (*Ejecución de sentencias...*, cit., pág. 64) que “debe estudiarse aquí también la posibilidad de que el ejecutante prefiera un ‘sucedáneo’ de la prestación debida o aún una prestación incompleta antes que la compensación monetaria. Ello plantea sin duda problemas ejecutivos interesantes en un momento en que se predica la

Acertadamente no establece el legislador para este supuesto que se aperciba al deudor de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial si se reitera el quebrantamiento, porque esto ya no es posible (es decir, porque reiterar el quebrantamiento es imposible). Por el mismo motivo no entendemos pertinente en estos supuestos el empleo de multas coercitivas. Sería ilógico apremiar o apercibir a alguien al cumplimiento de una obligación que ya no es posible.

*E) Visicitudes en la destrucción de lo mal hecho.*

*a) En general.*

A lo largo de los apartados anteriores hemos ido poniendo de manifiesto algunas de las visicitudes que respecto a la destrucción de lo mal hecho pueden acontecer. Así, hemos distinguido, aunque esta distinción no viene recogida por la ley, entre que el deshacer sea fungible, que es el supuesto normal, o que sea infungible, supuesto excepcional pero que no por eso debe ser descartado. Tanto en un caso como en el otro prevé la ley (710.1 párrafo II LEC) que se intime al deudor con la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo. Es ahora el momento de analizar otros acontecimientos que pueden producirse respecto a la destrucción de lo mal hecho. En particular nos referimos a la imposibilidad de deshacer y al deshacer contrario al interés público.

---

preferencia de la prestación 'in natura'. A nivel teórico, de admitirse esta posibilidad (no estimada aún por la jurisprudencia) se produciría una 'concreción' del título ejecutivo (la sentencia) por sustitución del objeto... Si el condenado debía abstenerse de vender una finca y lo hace, enajenándola a un tercero de buena fe, ¿sería posible que ante el incumplimiento consumado e irremediable el actor instara en su lugar que 'al menos' no disponga del precio que ha obtenido por la venta, como conducta de abstención del ejecutado (obligación de no hacer) sustitutiva de la primitiva? En tendemos que la respuesta debe ser afirmativa".

*b) Imposibilidad de destruir lo mal hecho.*

Sí recoge la LEC (art. 710.2) el supuesto de que no fuera posible deshacer lo mal hecho, estableciendo como consecuencia que la “*ejecución procederá para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan causado*”<sup>728</sup>. Debemos ver, por tanto, cuáles son los supuestos que deben englobarse dentro de lo que “genéricamente” se denomina en la ley “imposibilidad”.

En general, la imposibilidad de destruir lo mal hecho puede deberse a causas físicas o jurídicas. Por ejemplo, si un torero realiza un contrato de exclusiva con un empresario taurino por el que se compromete a torear sólo en sus plazas, será físicamente imposible destruir lo mal hecho cuando vulnerando ese contrato el torero participa en una corrida en otra plaza. Si, por otro lado, una de las partes se compromete a no competir con la otra parte, de forma que se compromete a no fabricar sus mismos productos e, incumpliendo su obligación, los productos son fabricados, existiría imposibilidad jurídica de destruir lo mal hecho (imposibilidad de destruir esos productos), por ejemplo, si los productos han sido ya vendidos pasando a manos de terceras personas de buena fe.

Como precisa COVIELLO<sup>729</sup> no cabe destrucción de lo mal hecho cuando ésta afecta a terceros o cuando lo mal hecho ya no forma parte del patrimonio del deudor, sino de otra persona distinta del obligado. En la misma línea, señala EGUSQUIZA BALSAMEDA que “no se puede desconocer que la utilización

---

<sup>728</sup> La LEC de 1881 ni siquiera recogía la posibilidad de destruir lo mal hecho. Esta laguna era resuelta aplicando el artículo 1.099 CC en relación con el artículo 1.098 del mismo texto legal. Pero el Código Civil no hacía ninguna mención respecto a que la destrucción de lo mal hecho fuera imposible.

<sup>729</sup> COVIELLO, *L'Obbligazione negativa...*, II, cit., págs. 206 y ss.

indiscriminada de la restitución para lograr un estado de cosas semejante al disfrutado antes de la infracción puede ocasionar consecuencias terribles, de auténtico asalto, en la esfera de actuación de los obligados, afectando, incluso, a terceros ajenos a esa relación... La clave está en la repercusión que tenga frente a terceros esa destrucción. Si demoler lo mal hecho afecta a la esfera patrimonial de aquellos, resultará de imposible utilización esta medida. Ahora bien, si la inmisión se realiza en el ámbito patrimonial del obligado, y únicamente frente a él se produce esa actuación destructora pejudicial, no hay ningún obstáculo para que proceda este mecanismo<sup>730</sup>.

Identificaba GUASP<sup>731</sup> la imposibilidad al supuesto que el deshacer “no constituya reparación adecuada del derecho del acreedor ejecutante”. Para VATTIER FUENZALIDA<sup>732</sup> también cuando la destrucción es difícil procede la indemnización de los daños y perjuicios. Por su parte, CATALÀ COMAS<sup>733</sup> entiende que “igualmente se pueden considerar los supuestos en que el deshacer, aún siendo teóricamente posible, deviene demasiado oneroso para el ejecutado<sup>734</sup>. En el ámbito de la ejecución judicial, no admitir de forma tajante

---

<sup>730</sup> EGUSQUIZA BALSAMEDA, *La configuración jurídica...*, cit., págs. 176-177. La autora matiza que “si es el Estado quien participa en esa relación contractual, dadas sus peculiares prerrogativas y los intereses que parece representar, este planteamiento varía sustancialmente, debiéndose admitir la adopción de la medida precitada (destrucción de lo mal hecho). El motivo que los administrativistas esgrimen para justificar esta inmisión en la esfera jurídica del tercero corresponde a la idea de que el contrato administrativo no es propiamente un producto del pacto contractual, sino una aplicación de las leyes generales o del Reglamento organizador del servicio”.

<sup>731</sup> GUASP, *Derecho Procesal...*, cit., pág. 237.

<sup>732</sup> VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura...*, cit., pág. 90.

<sup>733</sup> CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 370.

<sup>734</sup> Un supuesto similar es el recogido por el artículo 829 del Código Civil portugués que se refiere al supuesto de que la destrucción genere un perjuicio muy superior al ejecutado del que sufrió el ejecutante: “*Se o devedor estiver obrigado a nao praticar algum acto e vier a praticá-lo, tem o credor o direito de exigir que a obra feita houver, seja demolida à custa do que se obrigou a nao fazer.*”

la posibilidad que el juez no ordene que se deshaga lo indebidamente hecho cuando ello comporte una excesiva onerosidad sería poco justo y desproporcionado”.

Por nuestra parte, entendemos que el hecho de que el deshacer sea difícil o demasiado oneroso para el deudor-ejecutado, no debe ser elemento a tener en cuenta para que el juez determine la imposibilidad de destrucción<sup>735</sup>. La destrucción será imposible si concurre alguna causa física o jurídica, independientemente de cuales sean las consecuencias que dicha destrucción genere en el patrimonio del deudor-ejecutado.

*c) Destrucción de lo mal hecho contraria al interés público.*

Se ha planteado la doctrina también qué es lo que ocurre cuando la destrucción de lo mal hecho entra en colisión con motivos de interés general o de interés público. Los posicionamientos doctrinales son contradictorios:

Para TAPIA FERNÁNDEZ<sup>736</sup> está claro que “la destrucción de lo mal hecho se deberá decretar cuando tal destrucción no se oponga al interés público... La

---

*Cessa o direito conferido no número anterior, havendo apenas lugar à indemnização, nos termos gerais, se o prejuízo da demolição para o devedor for consideravelmente superior ao prejuízo sofrido pelo credor”.*

<sup>735</sup> Entiende VERDERA SERVER (*El cumplimiento...*, cit., pág. 312) que con “el otorgamiento al juez de los poderes suficientes para examinar la racionalidad económica de la solicitud de destrucción... se corre el riesgo de que..., la destrucción se convierta..., en una pura decisión discrecional del juez”.

<sup>736</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas...*, cit., pág. 143. En el mismo sentido se pronuncia GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P. (*La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi editorial, Navarra, 1999, pág. 525) para quien “la destrucción de lo mal hecho sólo puede verse matizada, como se sabrá, cuando razones de interés público aconsejen el mantenimiento de la obra, transformándose entonces la obligación de hacer en otra de pago de dinero”. Pero matiza que “por diversos motivos, esta solución no debe adoptarse con respecto a la protección de intereses colectivos y difusos. En primer lugar, porque las ‘razones de interés público’ más bien aconsejarán todo lo



colisión entre motivos de general interés público y motivos particulares ha de abocar en la adopción por parte del Ejecutor de la repetida indemnización de daños y perjuicios”.

En cambio, entiende PEREDA GÁMEZ<sup>737</sup> que “cuando la equivalencia de las prestaciones resulta a todas luces desequilibrada porque la reintegración específica deviene excesivamente onerosa parece que sólo la aplicación de la cláusula ‘rebus sic standibus’ puede justificar sustituir la prestación de no hacer con la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, vemos enormemente difícil atender a dicha posibilidad cuando ya hay sentencia firme”.

Por nuestra parte, entendemos necesario realizar dos precisiones. En primer lugar, el juez no defiende el interés público sino que es el último garante del derecho del particular pero, en segundo lugar, según el artículo 18.2 LOPJ “*por causa de utilidad pública o interés general, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización*”. El derecho de propiedad “cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad, por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima su expropiación” (STC de 2 de diciembre de 1983 y STS de 2 de julio de 1998 [RA 5123]).

---

contrario: que no se perpetúen los efectos de una actividad ilícita, que afecta a los intereses legítimos de una pluralidad (en ocasiones muy amplia) de personas. Y, en segundo lugar, porque la conversión en un ‘resarcimiento (pecuniario) equivalente’ no satisface –ni resarce ni es equivalente- la necesidad de tutela del interés supraindividual afectado, que, por el contrario, continuará siendo lesionado”.

<sup>737</sup> PEREDA GÁMEZ, *Ejecución de condenas...*, pág. 63.

Un supuesto parecido es el recogido en la legislación italiana. El artículo 2.933 del Codice Civile establece que *“non può essere ordinata la distruzione della cosa e l’avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all’economia nazionale”*.

Evidentemente es al juez a quien corresponde la valoración de si la destrucción de la cosa afecta o no a la economía nacional. A pesar de que la jurisprudencia se ha encargado de fijar los parámetros de lo que debe entenderse por “economía nazionale” se ha puesto de manifiesto, por otro lado, que esta norma puede dar lugar al arbitrio judicial<sup>738</sup>. Como recoge BORRÈ<sup>739</sup> para que pueda hablarse de perjuicio a la economía nacional es necesario que la “cosa da distruggere attenga alle fonti di produzione o di distribuzione della ricchezza del paese”.

En nuestra doctrina, siguiendo esta tendencia, algún autor<sup>740</sup> ha entendido aconsejable, en los casos en que la destrucción de la cosa pueda originar grave perjuicio para la Hacienda pública, conceder sólo la indemnización de daños y perjuicios, es decir, no permitir la destrucción de lo mal hecho.

#### *F) Indemnización de daños y perjuicios.*

El artículo 710.2 LEC nos dice que *“si, atendida la naturaleza de la condena de no hacer, su incumplimiento no fuera susceptible de reiteración y*

---

<sup>738</sup> MICHELI, *Commentario del Codice Civile...*, cit., pág. 200) quien además afirma que la norma “può presentarsi pericolosa, in quanto manchi un indirizzo politico imposto, come avveniva negli stati totalitari, o comunque un indirizzo politico unitario i governo che permetta al giudice di desumere una regola d’esperienza alla quale uniformare il proprio giudizio”. No se muestra, sin embargo, de acuerdo BORRÈ, *L’esecuzione forzata...*, cit., pág. 152.

<sup>739</sup> BORRÈ, op. cit., pág. 153.

<sup>740</sup> GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, *Ejecución forzosa...*, cit., págs. 855 y 857.

*tampoco fuera posible deshacer lo mal hecho, la ejecución procedera para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios causados”.*

El punto de partida para analizar el resarcimiento de daños y perjuicios es ver en qué supuestos se va a producir la transformación de la ejecución específica en genérica.

*a) Supuestos de transformación de la ejecución en forma específica por la ejecución genérica o por equivalente.*

El artículo 710 LEC recoge, respecto a la transformación de la ejecución específica en genérica, únicamente los casos en los que el incumplimiento no es susceptible de ser reiterado y además tampoco es posible deshacer lo mal hecho. Sin embargo, en general, pensamos que debemos distinguir los siguientes supuestos:

1. Incumplimiento de una obligación de tracto único: El incumplimiento de una obligación de este tipo supone que dicha obligación ya no pueda cumplirse en forma específica con posterioridad. Por tanto, el incumplimiento será, en todo caso, total y definitivo y supondrá la transformación de la ejecución en forma específica por la indemnización de los daños y perjuicios que se hayan producido.

2. Incumplimiento de una obligación duradera o periódica: Para los civilistas el incumplimiento de una obligación de no hacer en un momento determinado, aunque ésta sea duradera o periódica, impide el posterior cumplimiento, porque las obligaciones de no hacer son indivisibles. Se dice que no cabe el cumplimiento “parcial”; si se incumple una parte, se incumple el todo. El incumplimiento es total y definitivo. Sin embargo, procesalmente

hablando, es posible que tras un inicial incumplimiento, el deudor cumpla por el tiempo que resta, no suponiendo, por tanto, el incumplimiento de una parte, incumplimiento del todo. Evidentemente el incumplimiento de esa parte es definitivo, porque esa parte ya no se podrá cumplir, pero cabrá cumplimiento del resto de la obligación. Por eso distinguimos dos supuestos:

2.1. Que tras el incumplimiento inicial el deudor cumpla por el tiempo que resta. En este caso, que podría ser denominado como cumplimiento parcial de la obligación, se deshará –en su caso- lo mal hecho, se cumplirá una parte *in natura* y por el periodo de tiempo incumplido se indemnizará al acreedor-ejecutante por los daños y perjuicios sufridos<sup>741</sup>.

2.2. Que tras el incumplimiento el deudor siga incumpliendo, es decir, que a pesar de los apremios pecuniarios y del requerimiento de ser juzgado por desobediencia a la autoridad judicial, el deudor no cumpla, produciéndose el incumplimiento total de la obligación. En este supuesto, se deshará –en su caso- lo mal hecho y se indemnizará al acreedor-ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan producido.

*b) Contenido del resarcimiento de daños y perjuicios.*

Del artículo 710 LEC se deduce que en las obligaciones de no hacer no hay que determinar el equivalente pecuniario y que su incumplimiento generará únicamente indemnización de daños y perjuicios, ya que el precepto en ningún momento se refiere a que, ante el incumplimiento de este tipo de obligaciones, deba determinarse el equivalente pecuniario de las mismas. La única

---

<sup>741</sup> En el mismo sentido, puede verse, EGUSQUIZA BALSAMEDA, *La configuración jurídica...*, cit., pág. 193.

consecuencia que establece es la destrucción de lo mal hecho y el resarcimiento de daños y perjuicios.

Se evita la ley, de esta manera, los problemas que se suscitan cuando de lo que se trata es de cuantificar el equivalente pecuniario en las condenas a no hacer algo, puesto que en éstas el objeto de la obligación es una omisión, comportamiento que *per se* es invaluable<sup>742</sup>; en muchas ocasiones el interés perseguido por el acreedor-ejecutante carece de entidad económica, como, por ejemplo, seguir gozando de unas vistas<sup>743</sup>. Y además, normalmente es difícil precisar los límites entre lo que es propiamente equivalente pecuniario y lo que es daño emergente y lucro cesante<sup>744</sup>.

Según la LEC en caso de incumplimiento de la obligación de no hacer deberán indemnizarse al acreedor aquellos daños y perjuicios que se le hayan producido. Pero no debemos olvidar que el incumplimiento no produce necesariamente daños y perjuicios, por lo que, para que éstos sean indemnizados deberá probarse su existencia y el nexo de causalidad entre ellos y el incumplimiento. Son indemnizables tanto los daños patrimoniales como los morales, y tanto el daño emergente como el lucro cesante (art. 1.106 CC). Normalmente la fijación y prueba del daño emergente (sobre todo si es daño patrimonial) no presenta dificultades. El problema es que en las obligaciones de no hacer el daño casi siempre consiste en la ganancia dejada de obtener, por lo

---

<sup>742</sup> EGUSQUIZA BALSAMEDA, *La configuración jurídica...*, cit., pág. 77.

<sup>743</sup> EGUSQUIZA BALSAMEDA, *La configuración jurídica...*, cit., pág. 190. La autora entiende que aquí ha de “encontrarse la razón de que en este tipo de obligaciones sean tan frecuentes las cláusulas penales, dada la innegable complejidad en la determinación del valor del equivalente de las omisiones debidas”.

<sup>744</sup> A pesar de lo dicho, la doctrina entiende que el equivalente pecuniario de una prestación de no hacer se fija en atención al fin perseguido obligacionalmente (EGUSQUIZA BALSAMEDA, *La configuración jurídica...*, cit., págs. 77 y 190. CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 375) es decir, al aumento o al mayor provecho que iba a

tanto, su prueba se presenta más difícil que en el resto de obligaciones<sup>745</sup>, porque aquél (el lucro cesante), como veremos, constituye una cantidad futura no del todo cierta. En todo caso, para fijar el lucro cesante deberán tenerse en cuenta las indicaciones del TS: no deben considerarse lucro cesante ganancias meramente esperadas, dudosas o contingentes, sino únicamente aquellas en las que concurren signos de verosimilitud (STS de 15 de julio de 1998, [RA 5550]).

Por otro lado, como la finalidad de la indemnización es colocar al acreedor-ejecutante en la misma situación en la que se encontraría de no haberse producido el incumplimiento, la cuantificación de los mismos se realiza en atención, no al momento del incumplimiento, sino de la sentencia que fija la condena de reparación. Es decir, la indemnización es una deuda de valor, no de dinero.

Por último, en cuanto al procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios nos remitimos al Capítulo siguiente (Epígrafe III, apartado D). Únicamente queremos hacer notar que en la nueva LEC (ni tampoco en la LEC de 1881, art. 925) no se recoge el supuesto establecido en el artículo 924 LEC de 1881 para las condenas de hacer: que la sentencia de condena fijara el *quantum* indemnizatorio en previsión de que el cumplimiento no se produjera<sup>746</sup>. Por tanto, los daños y perjuicios se fijarán en todo caso según lo que al respecto establecen los artículos 712 y ss de la LEC.

---

experimentar el acreedor (GALGANO, F., *Diritto privato*, CEDAM, Padova, 1988, 5ª ed., pág. 181).

<sup>745</sup> Cfr. COVIELLO, *L'Obbligazione negativa...*, cit., pág. 110.

<sup>746</sup> Entiende COVIELLO (*L'Obbligazione negativa...*, cit., pág. 179) que “la sentenza di condanna al *non facere* accompagnata dalla condanna generica al risarcimento del danno, è una sentenza *condizionale*, non solo perchè la sua eseguibilità è soggetta al verificarsi dell'inadempimento in *futuro*, ma anche perchè subordinata alla futura liquidazione del danno verificatosi per l'inadempimento, essendo essa eseguibile solo per questa parte”.

### **IX. *Iter* procedimental.**

Interpuesta demanda ejecutiva<sup>747</sup> dentro de los plazos legalmente establecidos (arts. 518 y 548 LEC), el juez la despachará (siempre que se cumplan los requisitos y presupuestos procesales, el título no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título), sin oír al deudor, por medio de auto. En éste auto ordenará requerir (porque previamente así se solicitó por el ejecutante) al deudor para que inmediatamente (es decir, sin establecer plazo alguno) deshaga lo mal hecho si es posible, indemnice los daños y perjuicios que el incumplimiento haya provocado, le apercibirá de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad si reitera el quebrantamiento y, además, podrá imponerle multas coercitivas para evitar que siga incumpliendo. No olvidemos que la ejecución ha comenzado porque el deudor ha empezado a incumplir, es decir, no se ha abstenido o no ha padecido. De todas formas debemos distinguir diversos supuestos:

Si el no hacer (abstenerse o permitir) es de tracto único el juez requerirá al deudor para que deshaga lo mal hecho si es posible. El requerimiento que según el artículo 710 LEC deber realizarse al deudor para que indemnice al acreedor por los daños y perjuicios producidos no tiene un sentido claro, porque todavía no se ha determinado la cantidad líquida que debe pagarse en concepto

---

<sup>747</sup> Como ya dijimos respecto de las condenas a hacer, la demanda ejecutiva contendrá simplemente la solicitud de que se despache ejecución identificando la sentencia de condena que se pretende ejecutar, o, de forma más completa, contendrá esos extremos y, además, la identificación de las partes y de sus representantes, la obligación de ejecutar en forma específica, la solicitud, si así se desea, del embargo preventivo del artículo 700, II LEC, y la designación de bienes del deudor. Además, en la demanda, el acreedor presentará una relación detallada de los daños y perjuicios sufridos para que el juez los determine conforme a lo establecido en los artículos 713 y ss.

de daños y perjuicios. Lo que ocurre es que queda abierta la posibilidad de que el ejecutante solicite la determinación de los mismos (de los daños y perjuicios), dando lugar al trámite procedimental de los artículos 712 y ss. LEC (vid. Capítulo siguiente).

Si el no hacer era duradero (tanto si la obligación era de tracto continuado como si era de tracto sucesivo), el juez requerirá al deudor para que deshaga lo mal hecho, si es posible, le apercibirá de incurrir el delito de desobediencia a la autoridad si sigue incumpliendo y le apercibirá con la imposición de multas coercitivas por cada nueva contravención (apremios pecuniarios tendentes a conseguir el cumplimiento en forma específica). También puede recurrirse a la fuerza pública. Respecto al apercibimiento al deudor para que indemnice por los daños y perjuicios ya producidos debe estarse a lo dicho en el párrafo anterior.

Cada nueva contravención supondrá la imposición de una multa pecuniaria, pero también puede generar daños y perjuicios que deberán ser indemnizados. Para ello, el acreedor-ejecutante presentará al juez una relación detallada de los mismos y de su cuantía y de los documentos que estime oportunos, solicitando motivadamente al juez su determinación (que se realizará conforme a los artículos 713 y ss LEC).

Además, tanto en el supuesto primero como en este último, impondrá al deudor multas coercitivas por cada mes que transcurra sin deshacer lo mal hecho y si, a pesar de las multas, no deshace el ejecutante solicitará y el juez acordará que deshaga un tercero a costa del deudor, si el deshacer es



fungible<sup>748</sup>. Si el deshacer es infungible la obligación se transformará en el resarcimiento de daños y perjuicios.

Si, a pesar del apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad, de las multas coercitivas y de la fuerza pública, el deudor no se abstiene o no permite, la ejecución continuará para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hubieran causado. La ejecución termina con la determinación y pago de las costas del proceso. Además se incoará proceso penal para juzgar al deudor por delito de desobediencia a la Autoridad.

#### **X. Soluciones en derecho comparado.**

Ni el Codice Civile ni el Codice di Procedura Civile recogen, como vimos al estudiar las condenas a haceres personalísimos, la posibilidad de utilizar medidas de coerción sobre la voluntad del deudor. Evidentemente, las condenas a no hacer no iban a ser una excepción.

La única previsión para el supuesto de incumplimiento de este tipo de condenas (arts. 612 CPC y 2.933 CC<sup>749</sup>) es la posibilidad de destruir lo mal

---

<sup>748</sup> Como ya dijimos, nos parece ilógico, a pesar de que así se establece legalmente, que se impongan multas pecuniarias para que el deudor deshaga (cuando el deshacer es fungible). Resulta más rápido encargar a un tercero, a costa del deudor, el deshacer.

<sup>749</sup> Artículo 612 CPC: *“Chi intende ottenere l'esecuzione forzata di una sentenza di condanna per violazione di un obbligo difare o di non fare, dopo la notificazione del precetto, deve chiedere con ricorso al pretore che siano determinate le modalità dell'esecuzione.*

*Il pretore provvede sentita la parte obbligata. Nella sua ordinanza designa l'ufficiale giudiziario che deve procedere all'esecuzione e le persone che debbono provvedere al compimento dell'opera non eseguita o alla distruzione di quella compiuta”.*

Artículo 2.933 CC: *“Se non è adempiuto un obbligo di non fare, l'avente diritto può ottenere che sia distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo.*

*Non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale”.*

hecho a costa del deudor, con el límite ya analizado de que la destrucción de lo mal hecho suponga un perjuicio para la economía nacional (en este caso sólo será posible la indemnización de daños y perjuicios).

Sí se establecen, en cambio, medidas coercitivas que inciten al cumplimiento de las obligaciones de no hacer en derecho germano. Según el parágrafo 890 ZPO<sup>750</sup> si el deudor contraviniera su obligación de abstenerse de realizar un acto o de permitir la realización de una acción, por cada contravención se le condenará por el Tribunal de primer grado, a requerimiento del acreedor, a una multa, y de no poderse hacer efectiva, a prisión, o directamente a prisión de seis meses. El importe de cada multa no puede sobrepasar los quinientos mil marcos, el conjunto de las penas de prisión no puede exceder de los dos años.

Antes de imponer la condena se hará al deudor una conminación penal que, si no va incluida en la sentencia que haya pronunciado la obligación, realizará, a requerimiento de parte, el tribunal de primer grado.

---

Vid. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale...*, cit., págs. 812 y ss; BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, cit., págs. 302 y ss; SATTA, *Diritto processuale...*, cit., págs. 851 y ss; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale...*, cit., págs. 119 y ss.

<sup>750</sup> Parágrafo 890 ZPO: "*Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu einem Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, zur Ordnungshaft oder zur Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu Verurteilen. Das einzelne Ordnungsgeld darf den Betrag von fünfhunderttausend Deutsche Mark, die Ordnungshaft insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen.*

*Der Verurteilung muss eine entsprechende Androhung vorausgehen, die, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urteil nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges erlassen wird.*

*Auch kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurteilt werden".*

Vid. ROSENBERG, *Zwangsvollstreckungsrecht*, cit., págs. 762 y ss; BROX, *Zwangsvollstreckungsrecht*, cit., págs. 601 y ss; STEIN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., págs. 163 y ss.

El deudor podrá ser condenado, a petición del acreedor, a prestar caución por tiempo determinado, para responder de los daños de nuevas contravenciones.

Por tanto, es necesario que se aperciba al deudor (de la posible imposición de medidas coercitivas) ya sea en la misma sentencia de condena ya, a petición de parte, por el tribunal de la ejecución. Si, a pesar del apercibimiento, incumple el tribunal puede imponer o una multa por cada contravención o, directamente, enviar a prisión. En todo caso, si decide imponer multas y éstas no pueden hacerse efectivas, enviará al deudor a prisión.

Nos parece muy adecuada la regulación germana principalmente respecto a dos puntos: primero, respecto a la posibilidad de apremiar con multas para incitar al cumplimiento de la obligación de no hacer (y no para que se cumpla la obligación de deshacer lo mal hecho) y, en segundo lugar, respecto al hecho de que las multas se impongan por cada nueva contravención en vez de por cada periodo de tiempo determinado que transcurra sin dejar de hacer o abstenerse. Sin embargo, nos choca la posibilidad de acudir directamente a la medida de prisión. Entendemos que sería preferible que fuera necesario intentar siempre en primer lugar las multas pecuniarias.

Resulta, finalmente, interesante la posibilidad recogida en el párrafo tercero de que el acreedor-ejecutante pida, y el tribunal acuerde, que el deudor preste caución para responder de los daños y perjuicios que las nuevas contravenciones puedan generar.



## CAPÍTULO IV:

### LA EJECUCIÓN GENÉRICA.

I. Límites a la ejecución específica: la imposibilidad de cumplimiento específico. A) *La preferencia de la ejecución en forma específica o el resarcimiento de perjuicios como solución última.* B) *La imposibilidad natural o física.* C) *La imposibilidad jurídica.* D) *La dificultad extraordinaria.* E) *Acreditación de la imposibilidad.* II. La responsabilidad “universal” del deudor. III. El equivalente pecuniario y la indemnización de daños y perjuicios. A) *Precisiones terminológicas.* B) *El equivalente pecuniario de la prestación incumplida.* C) *La indemnización de daños y perjuicios.* a) *Concepto de daños y perjuicios y requisitos para su indemnización.* b) *¿Qué conceptos conforman los daños y perjuicios?* 1. EN GENERAL. 2. DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE. 2. DAÑO PATRIMONIAL Y DAÑO MORAL. c) *Cuantificación.* D) *Iter procedimental.*



## **I. Límites a la ejecución específica: la imposibilidad de cumplimiento específico.**

*A) La preferencia de la ejecución en forma específica o el resarcimiento de perjuicios como solución última.*

El artículo 923 LEC de 1881 establecía que en caso de condena a dar cosa o cantidad ilíquida, hacer o no hacer se procederá a darle cumplimiento empleando los medios necesarios. De forma más precisa, el artículo 699.1 de la LEC de 2000 señala que cuando el título ejecutivo contuviere condena u obligación de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero, en el auto por el que se despache ejecución se requerirá al ejecutado para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo. Igualmente, el artículo 18.2 LOPJ apunta que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Por tanto, y como regla general, la ejecución deberá ser, siempre que sea posible<sup>751</sup>, en forma específica, porque sólo así se satisface realmente el interés del acreedor<sup>752</sup>.

---

<sup>751</sup> En este sentido CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad...*, cit., págs. 79-80, afirma que la posibilidad de la prestación es presupuesto para que quepa la ejecución específica. La posibilidad de la prestación como requisito de la ejecución forzosa supone, dice, a diferencia de la posibilidad de la prestación como objeto de la obligación, que la prestación existía inicialmente y lo que se pretende es saber si en el momento de ejecutarla sigue siendo posible realizarla.

<sup>752</sup> No se muestra de acuerdo con la rotundidad de esta afirmación VERDERA SERVER (*El cumplimiento...*, cit., pág. 102), para quien este argumento tiene el inconveniente de que “identifica el interés del acreedor con el cumplimiento forzoso, sin entrar a valorar las circunstancias de la concreta relación obligatoria y en especial cuáles son las expectativas del acreedor. El problema consiste, pues, en que si se quiere afirmar la prioridad del cumplimiento forzoso como medio de favorecer al acreedor se está efectuando una valoración en abstracto, sin tener en cuenta los particulares parámetros de cada situación, y puede, por

A pesar de lo dicho existen supuestos en los que no es posible la realización *in natura* de la prestación. Si existe imposibilidad<sup>753</sup>, dado que a lo imposible no se puede estar obligado (*ad impossibilia nemo tenetur*), se producirá la sustitución de la ejecución específica por la genérica, totalmente o en aquella parte que no ha podido ser cumplida de forma específica.

Será el juez el que determine el grado de imposibilidad y sus consecuencias, pero, en cualquier caso, deberá satisfacerse el interés del acreedor. Tal imposibilidad, si así lo exige el acreedor, deberá acreditarse en los autos. En este sentido la STS de 24 de abril de 1973 [RA 1848] establece que una “obligación de hacer se convierte en una obligación de abonar los daños y perjuicios que surjan de la omisión de aquel quehacer decretado en la sentencia, pero para ello es preciso que se acredite en los autos tal imposibilidad si así lo exige el acreedor, aunque *prima facie* aparezca como presumible esa imposibilidad, sin que, mientras tanto, se pueda entender sustituida la obligación de hacer, por la de indemnizar al acreedor, y aunque el principio de economía procesal pareciera aconsejar otra cosa”.

En conclusión, únicamente se debería sustituir la ejecución *in natura* por la ejecución genérica o por equivalente cuando exista una imposibilidad<sup>754</sup>, ya

---

ello, forzar al acreedor a instar una acción de cumplimiento, cuando sus intereses se inclinan por el simple resarcimiento del daño”.

<sup>753</sup> Para VERDERA SERVER (*El cumplimiento...*, cit., pág. 220) la imposibilidad no presenta una relevancia *per se*, sino en la medida que supone un indicio acerca de la (in)fungibilidad de la prestación.

<sup>754</sup> Apunta CAPILLA RONCERO (*La responsabilidad...*, cit., pág. 80) que para que se pase de la ejecución específica a la genérica no debe la imposibilidad comportar la extinción de la obligación. Si la imposibilidad supone la extinción, dice, no habrá lugar a ejecución específica ni genérica ya que al extinguirse la obligación, decae el presupuesto esencial para que la responsabilidad (en sentido amplio) nazca.

A pesar de esta afirmación, es necesario precisar que la imposibilidad que extingue la obligación es la producida antes de la sentencia. En el momento en el que nos encontramos (no debemos olvidar que ya ha recaído sentencia de condena) la imposibilidad nunca supondrá la extinción de la obligación. La sentencia produce *ex tunc* los siguientes efectos:



que si la prestación es posible el ordenamiento jurídico debería disponer de los medios necesarios para la obtención por el acreedor de lo que le es debido (aunque también se transformará la ejecución *in natura* en ejecución genérica cuando no existe imposibilidad pero fracasan los mecanismos de coerción legalmente establecidos). Al realizar esta afirmación lo que verdaderamente mostramos es la prioridad de la ejecución forzosa en forma específica en perjuicio de la ejecución genérica (véanse, entre otras, SSTS de 12 de noviembre de 1976 [RA 4775], de 21 de noviembre de 1990 [RA 9012] y de 12 de diciembre de 1990 [RA 9999]); la ejecución específica es la máxima aspiración que puede conseguir un proceso eficaz<sup>755</sup>.

No siempre, ni en todos los sistemas, se ha dado preferencia a la ejecución específica frente a la genérica. Por ejemplo, en la doctrina anglosajona hay una tradicional preferencia por la solución resarcitoria, teniendo la *specific performance* carácter excepcional. Las razones que se han formulado para justificar este punto de vista son varios, por ejemplo, que la *specific performance* puede suponer un esfuerzo excesivo para la administración de Justicia o que sí existe en derecho anglosajón una tutela plenamente compensatoria, pareciendo que la *specific performance* ofrezca al acreedor mayores oportunidades para aprovecharse del deudor<sup>756</sup>.

---

1. La constitución en mora del deudor (arts. 1.100 y 1.101 CC).

2. La obligación del mismo de pagar los intereses legales cuando no se hubiesen pactado otros (art. 1.109 CC).

3. La restitución de frutos por el deudor de mala fe (arts. 451 y 1.945 CC).

Consecuentemente, en el supuesto a que nos referimos, al haber recaído sentencia el demandado se ha colocado en situación de mora por lo que no son de aplicación las reglas de exoneración de responsabilidad por pérdida o destrucción de la cosa.

<sup>755</sup> VALLESPÍN PÉREZ, *La regulación de la ejecución forzosa...*, cit., pág. 609.

<sup>756</sup> Una exposición más amplia de la preferencia entre los diversos mecanismos de protección del crédito, en VERDERA SERVER, *El cumplimiento...*, cit., págs. 95 y ss). En opinión del citado autor (págs. 201-202) “entre esas dos modalidades de ejecución forzosa (específica y genérica) no existe una relación de subsidiariedad, sino que han de analizarse sus diferentes

Tampoco era la preferencia por la ejecución en forma específica el criterio seguido por nuestro legislador hasta la actual LEC. Nuestra Ley procesal de 1881 parecía permitir que, incluso siendo la prestación posible, se sustituyera la ejecución específica por la genérica. En este sentido, el artículo 924 LEC, para el caso de las obligaciones de hacer infungibles o personalísimas, permitía al deudor, *lege data*, sustituir la ejecución específica por la genérica sin otro requisito que el de su voluntad. Como ya hemos visto, la única medida posible para intentar evitar esta transformación directa de una a otra formas de ejecución, era el apercibimiento al deudor de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad. Si el apercibimiento producía el efecto deseado, el deudor cumplía en forma específica, evitándose la transformación de la condena en una cantidad de dinero. Pero si el deudor-ejecutado no hacía caso de dicho apercibimiento, a pesar de que se incoaba proceso penal por delito de desobediencia a la autoridad, la ejecución específica se transformaba en genérica. Por otro lado, en el supuesto de obligaciones fungibles o no personalísimas la solución legal era, ante el incumplimiento del deudor, la realización por un tercero a su costa (a costa del deudor) que, como ya hemos tenido ocasión de manifestar, debe considerarse ejecución en forma específica.

La actual LEC ha supuesto un cambio radical de enfoque. Al introducir la posibilidad de que el juez aperciba al deudor con apremios personales y multas coercitivas, ha optado claramente por la ejecución en sus propios términos de las obligaciones de hacer y de no hacer (y también de las de dar), rechazando la excesiva inclinación que hasta ahora se había manifestado por la indemnización de daños y perjuicios.

---

funciones, a partir de sus diversos presupuestos y efectos”. Por su parte, le parece dudoso a CAPILLA RONCERO (*La responsabilidad...*, cit., pág.58) “proclamar *tout court* la

Finalmente es necesario poner de manifiesto que la imposibilidad de realización *in natura* de una prestación<sup>757</sup> puede ser, si atendemos a la naturaleza del impedimento, tanto física como jurídica<sup>758</sup>.

---

preferencia de la reparación *in natura* sobre la reparación pecuniaria, como sin embargo, sí se sostiene cuando se trata de responsabilidad civil extracontractual”.

<sup>757</sup> MORENO QUESADA, B. (*La imposibilidad originaria de la prestación*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 1983, 2, 3er cuatrimestre, págs 97 y ss.) clasifica los supuestos de imposibilidad en los siguientes:

1. En relación al tiempo, la imposibilidad puede ser inicial u originaria y sobrevenida. La primera es aquella que, en el momento de constituirse la obligación, la prestación objeto de la misma era ya irrealizable. Es, en cambio, sobrevenida cuando la imposibilidad se presenta con posterioridad a dicho momento.

2. Respecto a la incidencia de la imposibilidad sobre el vínculo obligatorio, puede ser definitiva, es decir, inejecutable para siempre, o transitoria, o sea, que queda abierta la posibilidad de una ejecución posterior.

3. Por la extensión del obstáculo puede ser objetiva, es decir, general, que afecta a todos, y subjetiva que es cuando el afectado por la imposibilidad es el sujeto obligado, ya sea por razones personales o por su situación.

4. Por la naturaleza del esfuerzo exigido por la ley al deudor, puede ser absoluta que es cuando se exige el máximo esfuerzo concebible, y relativa, cuando se exige el esfuerzo normal en un buen padre de familia.

5. Por su amplitud, puede ser total o parcial. Es total cuando la prestación es inejecutable en su integridad y es parcial cuando sólo es inejecutable en alguno de sus aspectos.

6. Atendiendo a la causa de la imposibilidad, es imputable cuando existe un sujeto que con su conducta ha dado lugar a la misma, e inimputable cuando está desconectada de la conducta del sujeto.

7. Por último, por la naturaleza del impedimento la imposibilidad puede ser natural o física, práctica, jurídica, económica y psíquica. Es práctica cuando aun siendo posible realizar físicamente la prestación, no cabe estimar que siga obligado a su ejecución el deudor atendiendo a una concepción racional de la vida. Es económica, cuando la prestación implica una carga onerosísima y no presumible en el caso de que se trate. Es psíquica cuando supone un riesgo grave para la vida o salud del obligado.

A nosotros las imposibilidades que nos interesan son la física o natural y la jurídica, que estudiamos más ampliamente en el texto en apartados independientes. Por otro lado, la imposibilidad a la que nos referimos a lo largo del trabajo es la imposibilidad sobrevenida porque la imposibilidad originaria tiene un efecto impeditivo, es decir, evita que nazca el vínculo obligatorio.

<sup>758</sup> Para referirse a la imposibilidad física y jurídica de la prestación se han utilizado por la doctrina diferentes expresiones. Según la terminología de CHIOVENDA (*De la acción nacida...*, cit., págs. 215 y ss) pueden existir límites de hecho y límites de derecho. GUASP (*Derecho procesal...*, cit., pág. 227) con respecto a la ejecución consistente en la entrega de una cosa entiende que el juez se puede enfrentar con “desviaciones subjetivas u objetivas”.

*B) La imposibilidad natural o física.*

La imposibilidad natural o física viene referida al bien que debe ser entregado, a la cosa sobre la que recae la actividad o a la actividad en sí misma considerada o, en palabras de MORENO QUESADA<sup>759</sup>, “la inejecutabilidad obedece al imperativo de leyes naturales, superiores a toda voluntad humana”. Por ejemplo, en el caso de condena a la reparación de la chimenea de la casa del acreedor, la obligación sería físicamente imposible si se hubiera ordenado por la Administración la demolición del inmueble (Vid. STS de 19 de febrero de 1974 [RA 640]<sup>760</sup>).

Puede ocurrir, por otro lado, que la imposibilidad de realización *in natura* no sea total sino parcial; en este caso se cumplirá una parte *in natura* y la otra por equivalente (ejecución genérica). Por ejemplo, se condena al deudor a destruir las obras realizadas (sin consentimiento de los demás comuneros) en elementos comunes de un inmueble en régimen de propiedad horizontal. La realización en sus propios términos de la condena puede afectar a la seguridad del inmueble por eso, “debe elegirse la vía media representada por la necesidad de complementar lo ejecutable *in natura* con una ejecución sustitutoria de carácter económico” (STS de 29 de noviembre de 1994 [RJ 1994/8634]).

Doctrinalmente se ha discutido si es posible la existencia de imposibilidad natural o física respecto de las obligaciones de no hacer (tengamos en cuenta que en éstas el deudor debe mantener simplemente un comportamiento omisivo: no sólo en las obligaciones *in non faciendo* sino también en las obligaciones de

---

<sup>759</sup> *La imposibilidad originaria...*, cit., pág. 98.

<sup>760</sup> En el supuesto al que se refiere la sentencia se condenaba no a realizar la reparación de la chimenea (a hacer) sino a la restitución del inmueble (a dar) pero nos sirve como ejemplo de imposibilidad natural de realización de la prestación.

no hacer *in patiendo*<sup>761</sup>, el comportamiento del deudor es simplemente omisivo). Aunque es más difícil de concebir, se ha considerado<sup>762</sup> que sí es posible la imposibilidad en este tipo de obligaciones, siempre que exista una fuerza irresistible que impida al obligado el deber de abstención.

En el caso de la prestación de dar se producirá, la imposibilidad, por la pérdida o destrucción de la cosa, si bien en el supuesto de bienes inmuebles la destrucción total es verdaderamente difícil puesto que siempre quedará el solar. Así, se cumplirá una parte de la obligación *in natura* (entrega del solar) y, en la parte en que no es posible el cumplimiento específico (destrucción de la edificación), procederá la indemnización de daños y perjuicios. En este sentido, por ejemplo, la STS de 19 de febrero de 1974 [RA 640] establece la imposibilidad de cumplimiento específico de la condena a entregar un determinado inmueble por haber sido éste previamente demolido. Por tanto, entiende que al no existir la edificación y como la condena es a entregar el solar y el edificio, entra de lleno el supuesto de la indemnización respecto de este último<sup>763</sup>.

La imposibilidad natural se dará más frecuentemente en el supuesto de que la cosa sea mueble, pero muchas veces no se tratará realmente de imposibilidad natural sino de ocultación maliciosa del bien<sup>764</sup>. Si se trata de cosa

---

<sup>761</sup> Respecto a la distinción entre obligaciones de no hacer *in non faciendo e in patiendo* puede verse el Epígrafe I (Las obligaciones de no hacer: concepto y clases. El carácter de la destrucción de lo mal hecho), Sección I del Capítulo III.

<sup>762</sup> MORENO QUESADA, *La imposibilidad originaria...*, cit., pág. 104.

<sup>763</sup> Otro ejemplo lo encontramos en la STS de 9 de abril de 1959 [RA 1545]. Por su parte, la STS de 21 de abril de 1987 [RA 2719] condena, dada la destrucción del inmueble, a “restituir al actor el solar y a pagarle el precio que tuviere al momento de ejecución de la sentencia, el levantar una casa similar a la que existía y que se derribó”.

<sup>764</sup> Precisamente para evitar la ocultación maliciosa del bien ha introducido la nueva LEC (art. 701) la posibilidad de entrar en lugares cerrados con auxilio de la fuerza pública, el empleo de apremios, e incluso el interrogatorio al ejecutado o a terceros, con apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial, para que digan si la cosa está o no en su

genéricas no cabrá imposibilidad natural puesto que el género nunca perece, salvo que se produzca una inexistencia momentánea de dicho género.

Por otra parte, es indiferente a efectos indemnizatorios la causa de la pérdida de la cosa o de la imposibilidad de realización de la actividad.

*C) La imposibilidad jurídica.*

La imposibilidad jurídica tiene su causa, no en el objeto que se debe entregar o en la actividad que se debe realizar, sino en el Ordenamiento Jurídico. Es decir, “la imposibilidad deriva de una decisión del poder público, de la norma jurídica, que coloca fuera del comercio o somete a prohibiciones legales el objeto sobre el que la prestación recaía, vedando la ejecución de lo convenido”<sup>765</sup>. La prohibición de una determinada conducta puede ser por razón de la conducta en sí misma considerada o con motivo de la cosa a que pueda referirse dicha conducta<sup>766</sup>.

El impedimento legal ha sido definido por nuestro Tribunal Supremo (STS de 15 de diciembre de 1987 [RA 9434]) como “aquel que por derivación del Ordenamiento jurídico y sea cual fuere la jerarquía normativa o la actuación

---

poder y si saben donde se encuentra. Únicamente si fracasan estos mecanismos se producirá la transformación de la ejecución en el equivalente pecuniario (o, según la terminología del precepto, se sustituirá la prestación por una “justa compensación pecuniaria”).

Con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva LEC ya se predicaba la aplicación en estos supuestos de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, regulada para el proceso penal principalmente en los artículos 545 y ss LECrim. Sobre este punto puede verse, PARDO IRANZO, *Ejecución por obligaciones de dar...*, cit., págs. 699 y ss.

<sup>765</sup> MORENO QUESADA, *La imposibilidad originaria...*, pág. 98.

<sup>766</sup> En palabras de MORENO QUESADA (op. cit., pág. 105) la sustitución “tanto será por imposibilidad, excluida de una relación obligatoria la prestación consistente en realizar una actividad contraria a las leyes o a las buenas costumbres..., como por referirse a cosas que están fuera del comercio de los hombres”. En todo caso, el autor hace notar la indeterminación del concepto de “buenas costumbre”, concepto muy vinculado a la estimación social de cada momento.

de cualquier Organismo estatal, establezca una imposibilidad jurídica de cumplimiento". La imposibilidad jurídica puede ser establecida tanto por leyes como por normas de rango inferior a la ley (STS de 15 de diciembre de 1987 [RA 9434]).

El dar, el hacer o no hacer es físicamente posible, pero el ordenamiento jurídico, por diversas causas, establece límites a dicha transmisión de la cosa o realización de la actividad.

En el caso de condena a la realización de un edificio la obligación deviene irrealizable (imposibilidad jurídica) por haber variado el Plan General de Ordenación Urbana y Territorial de la Comarca (STS de 3 de noviembre de 1983 [RJ 1983/5953]).

En el caso de obligaciones de dar no será posible la ejecución específica cuando la cosa haya pasado a poder de un tercero de forma irrevindicable. La causa de la limitación es la defensa de los derechos de los terceros (de buena fe). En este sentido, por ejemplo, la STS de 17 de junio de 1986 [RA 3570], respecto de la entrega de varios inmuebles establece que éstos no pueden ser entregados por los demandados porque fueron vendidos a terceras personas<sup>767</sup>. Pero no basta con que la cosa esté en poder de terceros, sino que es necesario que lo esté de forma irrevindicable. Así, por ejemplo, será posible la ejecución específica si la cosa se halla en poder de un causahabiente del condenado.

Por otro lado, si se adoptaron medidas cautelares en el proceso de declaración o en el de ejecución (cfr. art. 700, I LEC)<sup>768</sup>, éstas garantizan la ejecución específica.

---

<sup>767</sup> Para más ejemplos, véanse, entre otras, las SSTs de 5 de noviembre de 1979 [RA 3642] y de 30 de septiembre de 1989 [RA6393].

<sup>768</sup> Respecto a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en ejecución de sentencia, véase el Epígrafe II (Artículo 700, I LEC: las medidas de garantía para asegurar la efectividad de la condena), Sección I del Capítulo I.

En cuanto a la plasmación legal, la imposibilidad está recogida en la ley material, en el artículo 1.182 CC para las obligaciones de dar y en el 1.184 CC para las de hacer. No contiene nuestro Código civil, en cambio, ningún precepto que recoja la imposibilidad respecto a las obligaciones de no hacer, si bien ello no obsta para que dichas reglas se apliquen de forma analógica a las obligaciones negativas. Respecto a las leyes procesales, la LEC de 1881 no se refería a la imposibilidad. Nuestra actual ley procesal podía haber aprovechado la oportunidad de recoger estos supuestos de imposibilidad de la prestación, pero no ha sido así.

*D) La dificultad extraordinaria.*

La doctrina y la jurisprudencia equiparan, a efectos de la sustitución de la ejecución específica por la genérica, aquellos supuestos en que sin haber imposibilidad absoluta, sí hay una dificultad extraordinaria. Se trata de casos en los que la prestación sobreviene extraordinariamente difícil y/o desproporcionada.

Por ejemplo, la STS de 2 de julio de 1998 [RA 5123], respecto de la realización de un canal para suministrar agua a un mercado de ganado, establece que la realización y el funcionamiento posterior del canal suponen un gravamen desproporcionado. “La ejecución pretendida por la parte recurrente, aunque exactamente no sea técnicamente imposible de llevar a cabo, sí su cumplimiento, supondría una realización de obras cuyo coste es absolutamente *desproporcionado*, sino que, además, sus consecuencias y funcionamiento posteriores del canal, a realizarse..., significaría un gravamen desproporcionado... El presente recurso es de los típicos casos, en que una



ejecución extremadamente audaz y laboriosa de cumplir, aparte de costosa, debe ser sustituida o atemperada por una justa y equitativa indemnización pecuniaria o de contenido similar”<sup>769</sup>.

De todas formas, estamos ante situaciones (imposibilidad física o jurídica-dificultad extraordinaria) muy próximas entre sí. Así lo ha puesto de manifiesto la STS de 5 de mayo de 1986 [RA 2339] en la que nuestro alto tribunal establece que “aunque es cierto que no se debe confundir dificultad con imposibilidad, también lo es que la distinción entre imposibilidad y dificultad no resulta fácil, debiéndose estar a los casos y a las circunstancias, lo que hace que en el caso del presente litigio, en el que no es dable atribuir al obligado don Luis G. culpa de clase alguna, puesto que la imposibilidad de la prestación no puede reprochársele, sea de aplicación la preceptiva contenida en el artículo 1.184 CC, puesto que la prestación a que se había obligado resultaba para él legalmente imposible”.

En conclusión, tanto si estamos ante un caso de imposibilidad absoluta como ante una extraordinaria dificultad, se sustituirá la ejecución *in natura* por la ejecución genérica (pero no cuando la dificultad no es extraordinaria). En este

---

<sup>769</sup> Otro caso de prestación que deviene desproporcionada y que, en consecuencia, supone la sustitución de la ejecución específica por la genérica, sería el recogido por la STC 194/1991, de 17 de octubre. El supuesto es el siguiente: se ejercita acción reivindicatoria de una finca rústica. El Juez de 1ª Instancia dicta sentencia en la que estima la demanda y reconoce la titularidad dominical del actor, condenando a los demandados a poner en disposición del demandante dicho inmueble. En el incidente de ejecución de la sentencia el juez dicta auto, que fue confirmado después por la Audiencia, por el que establece la imposibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos. La razón estribaba en que “de la prueba pericial practicada y del reconocimiento judicial se desprendería que levantar el carbón depositado en la finca, construir unos muros de contención y otras operaciones supondría un coste superior a 50 millones de pesetas, cosa que resultaba desproporcionada y excesivamente oneroso para los condenados, puesto que la finca, de secano y sita al lado de unas escombreras, sólo podía valorarse en 116.025 pesetas. Por consiguiente, el Juez fijaba una indemnización sustitutoria de la entrega real del inmueble, indemnización que fijaba en el citado y total valor real de la finca con los intereses legales desde la interposición de la demanda”.

sentido, entre otras, la STS de 27 de febrero de 1995 [RA 552] afirma: “el cumplimiento por equivalente sólo tiene lugar cuando la prestación interesada no es posible llevarla a cabo o se hace totalmente dificultosa”. También nuestro Tribunal Constitucional ha mantenido esta postura; por ejemplo, en STC 41/1993, de 8 de febrero, considera que “no puede aceptarse que sin el contenido de circunstancias que *hagan imposible o dificulten* la ejecución de la sentencia (...) se proceda a la sustitución”.

Solamente en el caso de que el ejecutado no pueda entregar la cosa -no que no quiera- si se trata de una obligación de dar; no pueda realizar la actividad a que ha sido condenado -si se trata de una obligación de hacer- o no pueda abstenerse de hacer -obligación de no hacer- (y también cuando hayan fallado los mecanismos de coerción), se habrá de acudir a la sustitución de la ejecución específica.

*E) Acreditación de la imposibilidad.*

Según ha entendido reiteradamente el Tribunal Supremo la imposibilidad debe acreditarse, no siendo suficiente la afirmación en ese sentido por parte del deudor ni, tan siquiera, del acreedor. Ha manifestado la necesidad de acreditación de la imposibilidad, entre otras, en sentencia de 15 de noviembre de 1974 [RA 4239] en la cual, y respecto de un contrato de permuta, se condena a la entrega de unos inmuebles determinados. La parte alega imposibilidad de cumplimiento por estar dichos inmuebles ocupados por una tercera persona. Sin embargo, mediante providencia ordena el tribunal seguir con la ejecución hasta tanto se *acredite* cumplidamente la imposibilidad de entrega<sup>770</sup>.

---

<sup>770</sup> En este mismo sentido, entre otras, STS de 17 de abril de 1979 [RA 1404].

Por su parte, la STS de 24 de abril de 1973 [RA 1848], en relación con el cumplimiento de la condena a otorgar a favor del actor escritura pública notarial de cesión o a firmar la póliza de transmisión de una sociedad X, y alegando el condenado imposibilidad de cumplimiento, fija un plazo para que se *acredite* por el acreedor el cumplimiento o la imposibilidad de hacerlo.

## II. La responsabilidad “universal” del deudor.

Una vez transformada la obligación específica de hacer o de no hacer (o también de dar) en resarcimiento del daño (o en equivalente pecuniario, según los casos) surge la cuestión de cuál es el alcance de la responsabilidad<sup>771</sup> del deudor, es decir, de hasta donde responde el deudor.

Establece el artículo 1.911 CC<sup>772</sup> que “*del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”. El tenor literal del precepto ha sido ampliamente criticado por la doctrina que ha considerado, en general, que se trata de una formulación “poco feliz” o “poco afortunada”<sup>773</sup>. Para FERNÁNDEZ LÓPEZ<sup>774</sup> “en realidad lo que el artículo 1.911

---

<sup>771</sup> Dos son las posturas existentes respecto a cual sea la naturaleza de la responsabilidad *ex* artículo 1.911 CC. La primera postura, defendida principalmente por Carnelutti, entiende que la responsabilidad *ex* artículo 1.911 CC tiene naturaleza procesal. La segunda considera que la responsabilidad *ex* artículo 1.911 CC tiene naturaleza sustantiva. Sobre esta cuestión véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Reflexiones sobre la responsabilidad patrimonial universal...*, cit., págs. 628 y ss.

<sup>772</sup> De “sanción” califica CAPILLA RONCERO (*La responsabilidad...*, cit., págs. 101-102) la responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 CC): “considerando que bajo el término sanción se hace referencia a la reacción del ordenamiento ante la violación del mismo, con la finalidad de conservarse y devenir efectivo, no hay inconveniente en convenir que la calificación de sanción cuadra perfectamente a la responsabilidad patrimonial universal, como instrumento que tiende a hacer efectiva, mediante la ejecución forzosa, la obligación de resarcir que nace como consecuencia del incumplimiento de una obligación preexistente”.

<sup>773</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas...*, cit., pág. 208; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 79.

CC pretende explicitar es el sencillo hecho de que, en el momento de proceder a la traba, el Juez ejecutor tiene a su disposición todo el patrimonio del ejecutado para elegir cuál o cuáles de los bienes que lo integran deben ser embargados. O, de otro modo: para que el Juez pueda proceder al embargo, no es necesario que exista un pacto previo –cuando exista y no sea contrario a la Ley debe ser respetado–, entre acreedor y deudor sobre los bienes en que debe hacerse efectiva la ejecución, ni hay que acudir al arcaísmo consistente en pensar que, al asumirse la obligación, se constituyó un derecho genérico de prenda del acreedor sobre todo el patrimonio del deudor, de imposible –o, al menos, difícil– configuración teórica. Por lo demás, esta idea se deduce con facilidad de la naturaleza de la ejecución forzosa y del propio articulado de la LEC”.

Respecto a lo establecido en el artículo 1.911 CC debemos realizar las siguientes consideraciones:

1ª. El deudor no responde del cumplimiento de sus obligaciones sino “por” el incumplimiento de las mismas<sup>775</sup>. De ahí que la LEC/2000 cuando regula la ejecución no dineraria, titula los capítulos segundo y tercero “De la ejecución *por* deberes de entregar cosas” y “De la ejecución *por* obligaciones de hacer y no hacer” y no “De la ejecución *de* deberes de entregar cosas” y “De la ejecución *de* obligaciones de hacer y no hacer”.

2ª. El cumplimiento debe ser en forma específica y, únicamente en el caso de incumplimiento en esta forma, responderá el deudor con sus bienes. Por tanto, el deudor no responde del cumplimiento de las obligaciones

---

<sup>774</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 79.

<sup>775</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas...*, cit., pág. 208. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal...*, cit., pág. 79.

“directamente” con sus bienes, sino únicamente “de forma subsidiaria”<sup>776</sup>, es decir, tras intentarse, sin éxito, el cumplimiento específico.

3ª. El deudor responde con sus bienes y sólo con ellos y, por tanto, quedan excluidas las formas, existentes en otras épocas, de ejecución sobre la persona del deudor. Se ha dicho<sup>777</sup> que una de las funciones esenciales del artículo que ahora analizamos es el contener dentro del ámbito patrimonial la eventual responsabilidad del deudor (es decir, sin traspasar al ámbito de la responsabilidad personal), a través de limitar el objeto de responsabilidad del deudor a sus bienes y sólo a ellos. Entendiéndose por responsabilidad patrimonial “el fenómeno mediante el cual los bienes del deudor quedan sujetos a la acción ejecutiva del acreedor para que éste consiga la satisfacción de su interés, que se ha visto impedido por el incumplimiento del deudor”<sup>778</sup>.

A pesar de ser esta la regla general, existen excepciones, es decir, supuestos en los que la ejecución recae sobre la persona del deudor. Es el caso del lanzamiento de quienes se consideran ocupantes de mero hecho o sin título suficiente en el supuesto de ejecución por entrega de inmuebles (cfr. art. 703 LEC).

---

<sup>776</sup> Para TAPIA FERNÁNDEZ (*Las condenas...*, cit., págs. 214-215) “los bienes del deudor constituyen una garantía de satisfacción para el acreedor, en el sentido de que si el deudor no cumple lo que le concierne y el acreedor no puede obtener el exacto cumplimiento de la prestación coactivamente, ahí están los bienes del deudor para responder de tal incumplimiento. Este y sólo éste es el alcance que creemos tiene el artículo 1.911 CC”.

<sup>777</sup> RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., *Comentando el artículo 1.911 de nuestro Código Civil*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1951, págs. 29 y 31. CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad...*, cit., págs. 7 y ss, VERDERA SERVER, *El cumplimiento...*, cit., pág. 161.

<sup>778</sup> VERDERA SERVER, *El cumplimiento...*, cit., pág. 163. Véase también los autores ahí citados.

4<sup>a</sup>. Es excesivo decir que el deudor responde con todos sus bienes<sup>779</sup>, puesto que existen muchos de ellos que no son embargables. La LEC distingue entre bienes “absolutamente” inembargables y bienes inembargables del ejecutado<sup>780</sup>. Los bienes “absolutamente” inembargables (art. 605 LEC) son los bienes que hayan sido declarados inalienables, los derechos accesorios inalienables con independencia del principal, los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial y los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal.

Son también inembargables (art. 606 LEC): 1. Los muebles y el menaje de la casa. Las ropas del ejecutado y de su familia siempre que no sean supérfluas y aquellos bienes que, según el tribunal, sean imprescindibles para la subsistencia del ejecutado y de su familia. 2. Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado pero sólo cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada. 3. Los bienes sacros y los dedicados al culto cuando se trate

---

<sup>779</sup> Para CAPILLA RONCERO (*La responsabilidad...*, cit., págs. 77 y ss) “la ejecución forzosa específica no afecta potencialmente a todo el patrimonio del deudor o, si se prefiere utilizar la expresión del artículo 1.911, a todos los bienes presentes y futuros del deudor. Efectivamente, si se trata de la ejecución no dineraria de la prestación consistente en dar cosa específica que se encuentra en el patrimonio del deudor, solamente esa cosa será coactivamente extraída del patrimonio del deudor para ser transferida al patrimonio del acreedor, sin que el resto de los bienes del primero puedan quedar afectados en absoluto por esa ejecución específica, aunque sí pueden quedar afectados, si se reclama además la indemnización pecuniaria por los ulteriores daños causados por la impuntualidad en el cumplimiento...”. Por su parte, MANZANA LAGUARDA (*La ejecución procesal...*, cit., pág. 10) tras afirmar que no todo el patrimonio del ejecutado es susceptible de quedar afecto a las responsabilidades de la ejecución, matiza que “una vez determinados los bienes embargables, éstos lo serán aún cuando se trate de bienes futuros, sujetos a condición o término, en situación de indivisión o en poder de terceros”.

<sup>780</sup> En cuanto a la embargabilidad de los bienes de la Administración, puede verse PEDRAZ PENALVA, *Privilegios de las Administraciones...*, cit., págs. 143 y ss.; ANDRÉS CIURANA, B., *La embargabilidad de los bienes de la Administración (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998, de 15 de julio)*, en *Tribunales de Justicia*, nº. 10, octubre 1999.

de religiones legalmente registradas. 4. Las cantidades expresamente declaradas inembargables por la ley y, por último, 5. Los bienes y cantidades declaradas inembargables por Tratados ratificados por España.

En conclusión, la inembargabilidad puede ser consecuencia del carácter no patrimonial del bien (por ejemplo, no se pueden embargar el derecho a la vida, a la propia imagen, etc.), del hecho de que el bien no pueda ser enajenado sin perder su contenido (por ejemplo, los derechos de tanteo y retracto legales), o del hecho de haber sido declarados legalmente inembargables (por ejemplo, el lecho cotidiano del deudor)<sup>781</sup>.

5<sup>a</sup>. Cabe, en ocasiones, que los bienes que van a responder de la obligación del deudor sean no sólo bienes presentes y futuros sino, también, bienes pasados (por ejemplo, cuando el deudor tiene un determinado bien, constituye sobre él una hipoteca y posteriormente lo enajena. El bien deja de estar en su poder pero, sin embargo, puede ocurrir que finalmente dicho bien sea el que responda por las deudas de quien ya no es su dueño).

6<sup>a</sup>. El término “bienes” no incluye únicamente los bienes materiales (las cosas), sino que incluye también los inmateriales (los derechos)<sup>782</sup>.

---

<sup>781</sup> Añade FENECH (*La ejecución forzosa de los bienes de las Autoridades y Servicios públicos*, en “Estudios de derecho procesal”, con CARRERAS LLANSANA, Bosch, Barcelona, 1962, págs. 550 y ss.) que “existen otros bienes, que integran el patrimonio, y de los que puede disponer su titular, pero en los que no cabe sustitución por parte del Juez, a causa de una prohibición de carácter procesal. Tales bienes reciben el nombre de inembargables o irrealizables. Se prohíbe respecto de ellos no la disposición en general, sino la disposición por el juez como sustituto del ejecutado”.

<sup>782</sup> RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *Comentando el artículo 1.911...*, cit., págs. 32 y 34. Cuando afirmamos que el término “bienes” incluye también los inmateriales nos referimos a aquellos inmateriales susceptibles de ser valorados económicamente porque, como señala FENECH (*La ejecución forzosa...*, cit., págs. 549-550) “los derechos no patrimoniales ..., no pueden ser objeto de la realización forzosa, ya que la disposición de estos derechos es personalísima, y no cabe que en su ejercicio sea sustituido el titular ni siquiera por la potestad del juez”.

7<sup>a</sup>. El incumplimiento de “cualquier” obligación genera la responsabilidad de que habla el artículo 1.911 CC<sup>783</sup>.

Finalmente queremos destacar que el orden por el que se deben embargar los bienes no es el que decidan unilateralmente el acreedor o el deudor sino el que ambos pacten o, en su defecto, el que el tribunal, en atención a la mayor facilidad y menor onerosidad para el deudor de la enajenación, decida (cfr. art. 592.1 LEC). Pero si estos criterios son, por circunstancias de la ejecución, de imposible o muy difícil aplicación, se seguirá el orden que establece el artículo 592.2 LEC: primero se embarga el dinero o cuentas corrientes de cualquier clase, en segundo lugar, los créditos y derechos realizables en el acto o a corto plazo...

### III. El equivalente pecuniario y la indemnización de daños y perjuicios.

Aunque la LEC en ningún momento utiliza el término “ejecución genérica”<sup>784</sup> para referirse a la ejecución sustitutiva de la *in natura*, entendemos que este es el término que mejor encaja cuando hablamos de ejecución pecuniaria en concepto de equivalente y/o daños y perjuicios<sup>785</sup>.

---

<sup>783</sup> Según CAPILLA RONCERO (*La responsabilidad...*, cit., pág. 104) “potencialmente el derecho a obtener una indemnización pecuniaria cabe en todas las obligaciones; razón por la cual la responsabilidad patrimonial universal es también elemento de todas las obligaciones”.

<sup>784</sup> GUASP (*Derecho procesal...*, II, cit., pág. 199) la denomina ejecución expropiativa o por expropiación. En esta incluye las prestaciones procesales en las que se reclama una cantidad de dinero ya sea porque originariamente era éste el objeto de la prestación, ya porque la prestación originaria se ha transformado en pecuniaria.

<sup>785</sup> Véase lo dicho al respecto en el apartado C) *Ejecución específica y ejecución genérica*, del Epígrafe III de la Introducción.



La función que la ejecución genérica está llamada a cumplir es distinta de la que es propia de la ejecución en forma específica<sup>786</sup>. Mediante ésta se va a obtener la misma prestación y, por decirlo de alguna manera, en la misma especie que era debida. En cambio, por medio de aquella se obtiene una prestación diferente, una cantidad de dinero; por tanto, la ejecución genérica, a diferencia de la específica, no es perfectamente equivalente.

*A) Precisiones terminológicas.*

Los términos en los que se pronunciaba la LEC de 1881<sup>787</sup> para el caso de que la ejecución específica debiera transformarse en genérica nos llevaban a plantearnos cuál era el alcance que la ley otorgaba a dicha ejecución genérica sustitutiva de la específica. Los artículos 924 y 925 LEC establecían respectivamente, para el caso de incumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer, que se entenderá que el deudor optaba “por el resarcimiento de perjuicios” y que se procederá “conforme a lo establecido en los artículos 928 y siguientes”.

Varios eran los sentidos que teóricamente podían atribuírsele al denominado “resarcimiento de perjuicios”:

---

<sup>786</sup> VERDERA SERVER, *El cumplimiento...*, cit., pag. 66, nota al pie n.º. 3. El autor recoge, además, la opinión contraria de Badosa Coll para quien “la finalidad de la ejecución forzosa y del resarcimiento del daño es idéntica, pues consiste en la reparación de las consecuencias negativas del incumplimiento, aunque su modo de operar sea distinto: la ejecución forzosa actúa de manera preventiva, al impedir que se produzca la fuente del daño; y la indemnización *a posteriori*, al eliminar esos daños.

<sup>787</sup> La doctrina había mostrado su insatisfacción por los términos utilizados por la ley. Así, por ejemplo, PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, I, vol. II, cit., pág. 439) se refiere al “defecto que representa llamar indemnización o resarcimiento de daños y perjuicios, tanto a ese equivalente en dinero de la prestación debida, cuando no puede realizarse en forma específica, como a la indemnización de los daños que pueden resultar por repercusión del incumplimiento”. Y, posteriormente (pág. 443), califica dicha terminología de “improcedente”.

1. La primera postura sería entender que el resarcimiento de perjuicios hacía referencia únicamente a la indemnización de daños y perjuicios, por lo que el ejecutante, que ha visto insatisfecho su interés en que fuera realizada la misma actividad que era debida, recibiría, gracias a la transformación de la ejecución específica en genérica, una cantidad de dinero en concepto de daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento. Esta era la concepción que *a priori* parecía desprenderse de los citados preceptos.

2. En segundo lugar podríamos pensar que mediante el resarcimiento de daños la LEC de 1881 pretendía que el ejecutante insatisfecho recibiera el equivalente pecuniario, es decir, que recibiera una cantidad de dinero equivalente al valor de la cosa o actividad debida.

3. Por último, parte de la doctrina<sup>788</sup> entendía que el resarcimiento de perjuicios tenía (al menos cuando la ejecución era por obligaciones de dar) un componente doble: por un lado, incluía el equivalente pecuniario de la cosa debida y, por otro, la indemnización de aquellos daños y perjuicios que el incumplimiento de la condena por el deudor-ejecutado hubiera generado en el acreedor-ejecutante.

Esta posición la recoge también el propio CP, que en su artículo 101 establece que la responsabilidad civil (arts. 19 y ss. del CP) comprende: 1. La restitución, 2. La reparación del daño causado, y 3. La indemnización de perjuicios (arts. 103 y 104 CP y 100 LECRIM).

---

<sup>788</sup> Cfr. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, (1998) cit., pág. 510. Para clarificar la distinción hay que tener presente el artículo 1.124 CC, que establece que el perjudicado “podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento y abono de intereses en ambos casos; o sea, que podrá pedir el cumplimiento (o su sustitutivo, el *id quod interest*) y además, y por ende, como algo distinto, los daños y perjuicios” (BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, págs. 50-51).

En esta línea, la jurisprudencia (STS de 3 de marzo de 1978 [RA 759]) ha manifestado que indemnizar y reparar “responden a la misma finalidad de restablecer la situación económica y patrimonial del perjudicado, con lo que ambos están incluidos en el concepto jurídico que a la palabra indemnización asigna el artículo 1.106 de aquel Código”, pero reconoce que no es menos cierto que el primer término “constituye una forma de resarcimiento del daño de mayor amplitud y generalidad que el segundo, cuyo significado según del Diccionario Oficial de la Lengua, se limita a componer, aderezar o enmendar el menoscabo que ha padecido una cosa...”.

Todo esto llevó a entender que realmente nos encontramos con la existencia de dos acciones contrapuestas: la de daños (si los hay) y la propiamente restitutoria<sup>789</sup>. En cambio, para DÍEZ-PICAZO<sup>790</sup> “no existe ninguna razón de fondo, una vez que las líneas de objetivación de la responsabilidad se han dibujado, para separar el régimen de la *aestimatio rei* del de los restantes daños, ni para pensar que en los supuestos en que, según los artículos 1.182-1.184 CC, no se extingue la obligación, ésta no se transforma en la de indemnizar daños y perjuicios”. En este mismo sentido VERDERA SERVER<sup>791</sup> no entendía adecuada la diferenciación porque consideraba que “la distinción entre unas y otras partidas del daño sería relevante si pudiera perfilarse en nuestro ordenamiento un régimen diferente para cada uno de ellos. Sin embargo, la obligación de indemnizar se somete a unas mismas disposiciones con independencia de que el daño resarcible consista en el equivalente de la prestación debida o en otras consecuencias. El resarcimiento del daño constituye una obligación única que se somete a un régimen único. No existe un daño

---

<sup>789</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas...*, cit., pág. 217.

<sup>790</sup> *Fundamentos...*, cit., pág. 681.

<sup>791</sup> *El cumplimiento...*, cit., págs. 210-211.

incontrovertible (el valor de la prestación incumplida) y un daño eventual o ulterior (la repercusión en el resto del patrimonio). La indemnización a pagar no es ni total ni parcialmente un subrogado de la prestación originaria: no se trata pues de un cumplimiento por equivalente de esa prestación, sino simple cumplimiento de la obligación de resarcir”.

La actual LEC podía haber aprovechado la oportunidad de hacer frente a la insatisfacción terminológica, sin embargo, en este punto ha aumentado, si cabe, la imprecisión, puesto que, a lo largo de su articulado, nuestra ley procesal no sigue un criterio uniforme y, ante la imposibilidad de ejecución específica de la obligación, las respuestas son varias y distintas en atención al tipo de obligación. En este sentido, y ante la imposibilidad de ejecución específica, el artículo 701 (relativo a la entrega de cosas muebles determinadas) establece como consecuencia que el acreedor recibirá la “justa compensación pecuniaria”. Si la cosa es genérica o indeterminada, según el artículo 702, el acreedor recibirá el “equivalente pecuniario y los daños y perjuicios”. Si la imposibilidad se produce respecto de obligaciones de hacer no personalísimas o de no hacer (arts. 706 y 710) el acreedor recibirá “el resarcimiento de daños y perjuicios”, y, finalmente, si no es posible la ejecución específica de una obligación de hacer personalísima (art. 709) el acreedor-ejecutante recibirá el “equivalente pecuniario”.

No entendemos<sup>792</sup> cuál ha sido el criterio seguido por el legislador para, ante la imposibilidad de cumplimiento, en unas ocasiones (cuando la obligación es de no hacer o de hacer no personalísimo) establecer como consecuencia el resarcimiento de daños y perjuicios y, en otras (cuando el hacer es personalísimo), establecer como consecuencia simplemente el equivalente

pecuniario de la prestación. En los epígrafes siguientes, en los que establecemos cuál es el contenido del equivalente pecuniario y del resarcimiento de daños y perjuicios, nos referimos a cuál es, a nuestro parecer, la solución que mejor responde a la finalidad reparadora de la ejecución genérica.

*B) El equivalente pecuniario de la prestación incumplida.*

En caso de incumplimiento de una condena de hacer personalísimo, según el artículo 709 LEC, el acreedor-ejecutante puede optar por que la ejecución continúe para obtener el equivalente pecuniario de la prestación incumplida. Si, en cambio, prefiere que se apremie al deudor pero los apremios fracasan, también continuará la ejecución para la entrega al acreedor-ejecutante del equivalente pecuniario de la prestación. Por tanto, es necesario fijar cómo o qué es ese equivalente pecuniario de la prestación.

El valor de la prestación hace las veces, sustituye a la prestación misma. Se trata de la misma obligación sólo que transformada por causa de la imposibilidad. A diferencia de los daños y perjuicios, que para que sean indemnizados deben probarse, el equivalente pecuniario no hay que probarlo porque su existencia resulta ya probada por la existencia misma de la obligación<sup>793</sup>.

La LEC de 1881 no regulaba cómo debía fijarse el equivalente pecuniario de la prestación. Sí está regulado, en cambio, en la actual ley procesal (LEC/2000), en el artículo 717 que establece: “*Cuando se solicite la determinación del equivalente pecuniario de una prestación que no consista en*

---

<sup>792</sup> Nos referimos simplemente a las obligaciones de hacer y de no hacer, no a las de dar, porque ese es nuestro objeto de estudio.

*la entrega de una cantidad de dinero, se expresarán las estimaciones pecuniarias de dicha prestación y las razones que las fundamenten, acompañándose los documentos que el solicitante considere oportunos para fundar su petición, de la que se dará traslado a quien hubiere de pagar para que, en el plazo de diez días, conteste lo que estime conveniente.*

*La solicitud se sustanciará y resolverá del mismo modo que se establece en los artículos 714 a 716 para la liquidación de daños y perjuicios”.*

La idea de equivalencia en las condenas de dar no genera, normalmente, grandes dificultades por lo que a la cuantificación se refiere, ya que se fija atendiendo al valor de la cosa. Cuando lo que se trata de cuantificar, en cambio, son condenas de hacer, el equivalente pecuniario se refiere al valor de la actividad que se debía realizar realizar<sup>794</sup> (*estimaciones pecuniarias de dicha prestación*, art. 717 LEC). Por ejemplo, si la obligación consistía en que un pintor famoso pintara un cuadro, el equivalente pecuniario de la prestación será, según lo establecido legalmente (pero que a nuestro parecer, según exponemos seguidamente, es absurdo), el precio que tiene pintar dicho cuadro.

En cuanto al procedimiento, la determinación del equivalente pecuniario se realizará a instancia de parte, es decir, que la transformación de la ejecución de forma específica a genérica no corresponde al juez de oficio. Normalmente será el ejecutante quien lo solicite, pero nada impide que dicha solicitud sea realizada por el ejecutado. Tras la solicitud, el acreedor-ejecutante expresará

---

<sup>793</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *El incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, pág. 50.

<sup>794</sup> Para EGUSQUIZA BALSAMEDA (*La configuración...*, cit., págs. 76-77) la medida económica de la obligación de dar viene proporcionada, como mínimo, por el “valor intrínseco del objeto. En las obligaciones de hacer, el criterio de valoración se ajusta al sacrificio material que supone la prestación del servicio (salvo que sean comportamientos que obedezcan a criterios de sociabilidad y cortesía, manifestaciones de de los deberes morales que se producen en el contorno social, y no en el área obligacional)”.

cuál es y por qué el valor de la prestación, fundamentándolo con los documentos que considere oportunos. De la valoración y de los documentos se dará traslado al deudor-ejecutado, concediéndosele un plazo de diez días para que alegue lo que estime conveniente. La sustanciación se realizará de la misma forma que veremos para la determinación de los daños y perjuicios. Finalmente, resolverá el juez por medio de auto, apelable en un solo efecto.

Sin embargo, no creemos que esa deba ser la consecuencia que el incumplimiento o la imposibilidad de ejecución específica de una obligación de hacer personalísima deba generar. Parece ilógico que si un pintor incumple su obligación de pintar un cuadro (que es el ejemplo teórico que suele ponerse de hacer personalísimo) deba pagar al acreedor el precio del cuadro. Parece más lógico que si el deudor-ejecutado incumple devuelva la cantidad pagada por el acreedor -si es que éste ya pagó- y, además, indemnice por los daños y perjuicios que el incumplimiento causó al acreedor.

Es decir, entendemos que la consecuencia del incumplimiento debería ser la misma que para el caso de haceres no personalísimos y de no haceres. No entendemos por qué el legislador en el supuesto de obligaciones de hacer personalísimas ha optado por una solución diferente.

Por otro lado y según lo dicho, el equivalente se traduce, en la práctica, en una cantidad de dinero. No faltan propuestas que reclaman<sup>795</sup> “una mayor libertad a la hora de configurar la equivalencia, hay que ser más imaginativo y no acudir a una transformación automática de todo en dinero”. Se dice que el equivalente puede hallarse en otro tipo de prestación distinta, en vez de en el dinero. Por ejemplo, en el supuesto de incumplimiento de una obligación de hacer infungible, se propone “que la prestación la realizara un tercero como si

---

<sup>795</sup> CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 225.

se tratara de ejecución de hacer fungible, con la posibilidad adicional de reclamar como indemnización los daños generados por el cambio de agente<sup>796</sup>”.

*C) La indemnización de daños y perjuicios.*

*a) Concepto de daños y perjuicios y requisitos para su indemnización.*

Ante el incumplimiento por el deudor de una obligación de hacer no personalísima, según el artículo 706 LEC, puede el acreedor solicitar que la ejecución continúe para la obtención del resarcimiento de los daños y perjuicios que se le hayan producido. También si es imposible la ejecución específica de una obligación de no hacer (art. 710 LEC) o si el deudor no cumple voluntariamente la condena a la emisión de una declaración de voluntad en la que no están fijados todos los elementos esenciales del contrato, la consecuencia legalmente establecida es el resarcimiento de daños y perjuicios<sup>797</sup>. Por eso, es necesario que fijemos el alcance de este concepto.

---

<sup>796</sup> CATALÀ COMAS, op. cit., pág. 225-226. Argumenta la autora que “el ámbito de la equivalencia debe determinarse caso por caso, pudiendo como orientación darse traslado al ejecutado de la propuesta del ejecutante para que se pronuncie. De conformarse con ella puede ser una suerte de transacción, de impugnarla, competará al juez decidir si cabe considerar la petición como una prestación equivalente a la contenida en la ejecutoria que asegura una efectividad de la misma o está fuera de lugar”.

<sup>797</sup> GATICA PACHECO, S. (*Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Editorial Jurídica de Chile, 1959, págs. 14 y 21) entiende que la “indemnización tiene un fundamento de orden moral y otro de orden económico. El primero se manifiesta en la necesidad de remediar todo daño que se cause a otra persona y constituye la solución ideada por el legislador para hacer primar el Derecho sobre el imperio de la fuerza. El fundamento de orden económico supone que nadie puede ser privado, sin justa causa, de una parte de su patrimonio.

Y podría aún agregarse que la necesidad de restablecer el orden jurídico, violado por el incumplimiento del contrato, constituye también un fundamento de la indemnización de perjuicios que contempla, a la vez, el interés público y el interés privado del acreedor”.



Pero no sólo el incumplimiento total de estas condenas genera la obligación de resarcir por los daños y perjuicios causados, sino también el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento parcial. Que el incumplimiento total de las obligaciones citadas produce daños y perjuicios viene expresamente establecido en la LEC. No se recoge, en cambio, el supuesto de cumplimiento parcial o defectuoso. El fundamento legal de la indemnización en los casos de cumplimiento parcial o defectuoso lo encontramos en el artículo 18.2 LOPJ que establece que “las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y  *fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno...*”.

Los daños han sido definidos<sup>798</sup> como “toda situación desventajosa en que el acreedor se vea colocado como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito, que no puede medirse únicamente, de acuerdo con los postulados de la llamada teoría de la diferencia, por la diferencia entre el valor del patrimonio antes y después de la lesión, sino que exige una comprobación más amplia de la situación patrimonial entera”.

La función de la indemnización no es sustituir al cumplimiento sino reparar sus consecuencias, es decir, colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en la que se encontraría si no se hubiera

---

Por otro lado, considera que “la fuente de la indemnización en el incumplimiento de las obligaciones contractuales radica precisamente en la voluntad de las partes”.

<sup>798</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 683. Sobre el concepto de daño y las diversas teorías respecto a él, véase, SCOGNAMIGLIO, R., *Appunti sulla nozione di danno*, en *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXIII, 1969, págs. 464 y ss.

producido el incumplimiento. Esta reparación se traduce en una cantidad de dinero<sup>799</sup>.

Dicho incumplimiento no va necesariamente a generar daños y perjuicios. Para que el incumplimiento de lugar a la indemnización es necesaria la concurrencia de cuatro requisitos:

1. Existencia de una obligación.

2. Incumplimiento de la misma.

3. Existencia real de un daño al acreedor. En este sentido la STS de 12 de noviembre de 1976 [RA 4775] que “los daños y perjuicios indemnizables son los reales, no los supuestos”.

---

<sup>799</sup> Respecto a la posibilidad de que esta indemnización o reparación del daño pueda realizarse no sólo a través del resarcimiento pecuniario, sino también a través de la reparación *in natura* o a través de otras formas que no consistan en una suma de dinero pero que tampoco se identifiquen con la prestación debida, puede verse VERDERA SERVER (*El cumplimiento...*, cit., págs. 73 y ss.). En cuanto a la posibilidad de la reparación *in natura* señala el autor el riesgo de acercarnos peligrosamente a la noción de cumplimiento de la obligación; “por ello puede pensarse en una identificación de la satisfacción *in natura* del acreedor con el cumplimiento”. En relación a la posibilidad de otras formas de reparación (no dinerarias ni *in natura*) el problema, afirma, se da respecto al carácter que debe atribuirse a la destrucción de lo mal hecho. “La solución ha de venir dada por la concreta relación de esa medida con la noción de cumplimiento de las obligaciones de hacer: si se considera que esa medida no supone cumplimiento, no hay inconveniente en calificarla de reparación; pero, en cambio, si es satisfactoria, su incidencia sobre el daño no será meramente compensatoria”. A su juicio, el significado de esa regla se aproxima, en principio, más a una medida reparatoria que satisfactoria.

Por su parte, DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, cit., pág. 682) afirma que “en nuestro Derecho positivo, la indemnización es siempre una obligación pecuniaria, por lo que la llamada restitución *in natura* debe considerarse como objeto de la pretensión de cumplimiento y no como una variante del derecho de resarcimiento”. En este mismo sentido, CAPILLA RONCERO (*La responsabilidad...* cit., pág. 52) entiende que para nuestro legislador la reparación del daño consiste en una prestación de carácter pecuniario, sin señalarse la posibilidad de alternativa alguna. Ello “claramente significa que, cuando el daño no consista materialmente en dinero, lo que se entregará es el equivalente al daño provocado”. Véase también GATICA PACHECO (*Aspectos de la indemnización...*, cit., págs. 14 y ss.). Para el autor no “hay razones de técnica jurídica que lleven a desestimar otra forma que el dinero como objeto de la indemnización de perjuicios; lo que explica que el código japonés expresamente establezca que su monto se determina en dinero, a menos de convención en contrario”. Además califica esta posibilidad de “criterio renovador”.

Por otro lado, como dice CERDÁ OLMEDO “pretender la reparación de un daño eventual o hipotético, aunque sea susceptible de producirse en el futuro pero todavía no realizado, equivaldría a enriquecer sin causa a la víctima. Sin embargo, nada obsta para que un daño, que aún no se ha producido, es decir, que aún es futuro, pueda merecer una conducta indemnizatoria actual, siempre que se cumplan determinados requisitos, pues para saber si un daño es o no inmediatamente indemnizable no sirve la distinción entre daño actual y daño futuro sino entre daño cierto y daño eventual; efectivamente, el daño futuro puede ser igualmente indemnizable de manera inmediata siempre que concurren cumulativamente dos condiciones: que se pruebe cumplidamente que su realización es desde ahora cierta y que sea susceptible de evaluación al tiempo que se reclama su reparación<sup>800</sup>...”

4. Por último, nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño, es decir, que los daños y perjuicios sean consecuencia del incumplimiento<sup>801</sup>.

Además es necesario, para que el deudor quede obligado a dicha indemnización (cfr. art. 1.101 CC) que éste haya incurrido en culpa, dolo o morosidad. No obstante, nótese que el deudor-ejecutado nunca estará exento de

---

<sup>800</sup> *Responsabilidad civil por daños futuros*, en Anuario de Derecho Civil, 1985, III, págs. 623 y ss. Y propone el autor “acordar, si fuera procedente que la indemnización consista en el abono de sumas pagaderas periódicamente a la víctima, de modo que cada pago cubra la indemnización del tramo correspondiente del daño realizado”.

Además, dice, es incluso posible “la reparación de una oportunidad perdida como daño específico e independientemente de la responsabilidad que proceda por lucro cesante u otros daños siempre que se pruebe: primero, la probabilidad de que un acontecimiento desfavorable... no se realizaría o que un acontecer favorable... tendría lugar, de no haberse perdido la posibilidad... Segundo, la certeza de la pérdida de oportunidad, que ha de ser seria y real, pues el daño indemnizable debe ser cierto, no probable o hipotético. Tercero, la culpa del demandado; cuarto, el daño efectivamente sufrido, y quinto, el nexo causal entre el hecho culpable y la pérdida de posibilidad sufrida”.

<sup>801</sup> GATICA PACHECO (*Aspectos de la indemnización...*, cit., págs. 90-91) añade, como último requisito, el de la calidad del acreedor afectado, es decir, que entienda necesario que el “acreedor haya experimentado el perjuicio en su calidad de contratante y no a título distinto”.

responsabilidad, porque tras la sentencia se ha colocado automáticamente en situación de mora.

Por otro lado, como hemos dicho, el incumplimiento no produce siempre y necesariamente daños y perjuicios, por eso si éstos se han producido realmente y se pretende conseguir su indemnización, deberán probarse<sup>802</sup>. La prueba alcanza tanto a la existencia de los daños y perjuicios, como al nexo de causalidad entre éstos y el incumplimiento. En este sentido, la STS de 12 de noviembre de 1976 [RA 4775]<sup>803</sup> establece que “aunque se han pedido en la demanda daños y perjuicios, éstos no son consecuencia necesaria del incumplimiento, sino que hay que probar que realmente se han causado y que los mismos son consecuencia de dicho incumplimiento”<sup>804</sup>.

Sin embargo, la STS de 26 de mayo de 1990 [RA 4852]<sup>805</sup> afirma que “en los casos en que de los hechos demostrados se deduzca necesaria y fatalmente la existencia del daño, no es preciso acreditar su realidad además de la de los hechos que inexcusablemente lo han causado”.

Por tanto, si bien la regla general es que el incumplimiento no genera necesariamente daños y perjuicios y, por tanto, en el caso en el que realmente

---

<sup>802</sup> Diferencia CARRERAS (*El embargo...*, cit., pág. 21) entre sanciones civiles y penales y dice que si aquellas tienden “a remediar una perturbación consistente en un desequilibrio patrimonial, es preciso, para que actúe una sanción, que el desequilibrio se haya producido de modo efectivo. Por ello, cuando se solicita una indemnización de daños y perjuicios, exige la jurisprudencia, en primer término, que en el proceso *se pruebe* la existencia real y efectiva de estos daños y perjuicios”.

<sup>803</sup> Pueden verse también, las SSTS de 6 de mayo de 1960 [RA 1716] y de 18 de marzo de 1992 [RA 2203].

<sup>804</sup> En el mismo sentido, entre otras, SSTS de 5 de marzo de 1992 [RJ 1994/3575], de 12 de mayo de 1994 [RJ 1994/3575], de 1 de abril de 1996 [RJ 1996/2875].

<sup>805</sup> También en este sentido la STS de 21 de abril de 1992, fundamento jurídico tercero (en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, abril/agosto de 1992, nº. 29, págs. 523 y ss) y las sentencias en ella citadas. En términos más claros, si cabe, se expresa la STS de 26 de mayo de 1990 [RA 4852] al considerar que “hay casos en los que el mero incumplimiento constituye un daño *in re ipsa*”.

se hayan producido deben probarse por el ejecutante, en ocasiones, si bien realmente escasas, el TS ha considerado “que existen casos en que el incumplimiento es por sí solo determinante de daños, de manera que exonera de la prueba de estos al demandante. Lo que no es posible saber es por dónde corre la línea divisoria entre los casos en que debe aplicarse la regla general y los casos en que el rigor de la carga de la prueba se suaviza y el daño es consecuencia natural e inevitable del incumplimiento”<sup>806</sup>.

Hay que probar dicho nexo<sup>807</sup> porque la indemnización no tiene naturaleza punitiva sino compensatoria. La naturaleza compensatoria de la indemnización obliga a que se indemnice únicamente el daño causado (si no hay daño no hay derecho a indemnización), ya que un exceso en la indemnización podría provocar un enriquecimiento sin causa del acreedor<sup>808</sup> y una indemnización defectuosa no traería como consecuencia el verdadero efecto compensatorio pretendido. De todas formas no debe olvidarse la facultad moderadora que respecto de la indemnización de daños y perjuicios, gozan los Tribunales (art. 1.103 CC).

---

<sup>806</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pags. 688-689.

<sup>807</sup> Por otro lado, la determinación de dicho nexo causal es revisable en casación aunque dentro de ciertos límites. En este sentido la STS de 19 de octubre de 1992 [RA 8081] considera que “la determinación del nexo casual entre la acción u omisión y el resultado dañoso, aunque perteneciente al ámbito de la *quaestio iuris* y, por tanto, revisable en casación a través del medio impugnatorio aquí utilizado, es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de instancia y que hay que respetar en casación en tanto no se demuestre que los mismos han seguido, al negar la existencia de dicho nexo o relación, una vía o camino erróneo, no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica o buen criterio...”.

<sup>808</sup> Ya en las fuentes romanas se hace referencia a la imposibilidad de enriquecimiento del acreedor: *Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiozem* (es justo, por derecho natural, que nadie se haga rico con daño y perjuicio de otro); Pomponio: 1. 206, Digesto., *de regulis iuris*, 50, 17 (MANS, *Los principios...*, cit., pág. 125).

La carga de la prueba corresponde al acreedor-ejecutante que los demanda (véase la STS de 21 de abril de 1992 [RA 6179])<sup>809</sup>. No existe una norma especial en este punto, es decir, relativa a la distribución de la carga de la prueba y, por tanto, al aplicarse las reglas generales y ser los daños y perjuicios hechos constitutivos de la demanda, debe probarlos el acreedor<sup>810</sup>. Lo que no debe probar el acreedor-ejecutante es el incumplimiento; en todo caso, deberá ser el deudor-ejecutado el que pruebe su cumplimiento.

*b) ¿Qué conceptos conforman los daños y perjuicios?*

1. EN GENERAL.

Muchas son las clasificaciones<sup>811</sup> que de los daños y perjuicios se han realizado, como por ejemplo, daños comunes y daños particulares, directos e

---

<sup>809</sup> En el mismo sentido, entre otras, STS de 5 de marzo de 1992 [RJ1992/2391].

<sup>810</sup> RAMOS MÉNDEZ (*Derecho procesal...*, cit., pág. 1027) aboga por una inversión de la carga de la prueba. Por otro lado, como entiende CAPILLA RONCERO (*La responsabilidad...*, cit., págs. 48-49) “lo único a la vez seguro y útil en orden a la apreciación de la relación de causalidad está en -una vez alegado el daño y expuesto por qué se le estima consecuencia del incumplimiento- dejar el juicio de la misma en manos del Juzgador, para que, a la vista del caso, determine, basándose en el buen sentido, si tal o cual daño se debe o no al incumplimiento”. Por último, en opinión de VERDERA SERVER (*El cumplimiento...*, cit., pág. 72) “el rigor con que la jurisprudencia suele abordar estas cuestiones acentúa la desprotección del acreedor: para evitar que el acreedor abuse de su posición y trate de enriquecerse gracias al incumplimiento del deudor, los tribunales acostumbran a ser muy estrictos en la prueba de la producción de daños, su cuantía y el nexo con el incumplimiento”.

<sup>811</sup> En cuanto a las clases de daños y perjuicios puede verse, GATICA PACHECO, *Aspectos de la indemnización...*, cit., págs. 93 y ss.

Por otro lado la STS de 5 de mayo de 1998 [RA 3233] distingue entre daños y perjuicios instantáneos y sucesivos, entendiendo que “en los instantáneos ésta (la obligación de pagar) debe recaer, en principio, tan solo sobre el autor o quien tenga la obligación de responder de él, en cambio cuando, como sucede en el caso de autos, la causación de los daños sucesivos se produce a lo largo de un dilatado período de tiempo, durante el cual resulta evidente su evitabilidad mediante la aplicación de medidas de seguridad que impidan la causación de nuevos ataques a la propiedad de un tercero, es obvio que, junto a la

indirectos..., discutiéndose, incluso, si “daños” y “perjuicios” hacen referencia a una misma realidad o, por el contrario, se refieren a fenómenos distintos<sup>812</sup>. A nosotros la clasificación que nos interesa a efectos de indemnización es aquella que distingue entre daños patrimoniales y morales, y daño emergente y lucro cesante<sup>813</sup>.

Entonces ¿qué daños son indemnizables? En nuestro derecho rige el principio de “reparación íntegra o integral” (art. 1.902 CC). En este sentido la

---

responsabilidad que pudiera incumbir al autor del acto inicil, así como la que correspondería a los autores de actos posteriores que coadyuven a producir nuevos daños, deben también imputarse éstos a cuantos por su relación de dominio o gestión de la cosa o actividad productora del daño, se hallaban obligados a adoptar las medidas necesarias para impedir que se produjeran nuevos daños, cuya previsibilidad venía ya reforzada por la ocurrencia de otras anteriores”.

Por su parte, distingue DE LA PLAZA, M. (*Los daños y perjuicios procesales (ensayo)*, en Revista de Derecho procesal, 1945, págs. 509 y ss) los daños y perjuicios que engendra el incumplimiento culpable o doloso de una obligación y que denomina “civiles”, de aquellos otros daños y perjuicios que ni pueden identificarse en su fuente “con el (daño) que deriva del doloso o culpable incumplimiento, ni, con frecuencia, se debe a una actividad que pueda con razón ser tachada de ilicitud sustancial”. A estos últimos los denomina daños y perjuicios “procesales”. Aclara que (págs. 514-515) aunque los daños procesales suelen ir cobijados dentro del concepto genérico de costas porque tanto éstas como aquellos “tienen su fuente en una actividad que en el proceso se realiza”, no son lo mismo ya que “la indemnización de perjuicios (procesales) deriva siempre de una resolución *provisional*, cautelar en la mayor parte de los casos, que, por lo mismo, puede quedar sin efecto si se dan determinados presupuestos. No es, pues, normal que se ligue la indemnización debida en esos casos a la suerte del asunto principal, ni siquiera a la de las costas, que, en cualquier supuesto, exigen la terminación de éste...”.

<sup>812</sup> Cfr. MUÑIZ DÍEZ, A., *Indemnización de daños materiales causados a vehículos en accidentes de circulación. Criterios de valoración*, en “Valoración judicial de daños y perjuicios”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 187. Señala el autor que en la doctrina no se halla una neta distinción entre esos conceptos, ni tampoco su significado gramatical contribuye a diferenciarlos pero matiza, que “en el aspecto práctico parece predominar el criterio de considerar como ‘daños’ los directos, es decir, los que se producen inmediatamente en los bienes afectados por el evento productor del daño y que concluyen al finalizar éste, y ‘perjuicios’ los daños indirectos que sobrevienen más tarde o actúan permanentemente o que no se manifiestan en el mismo objeto que sufrió el daño, sino en el patrimonio del perjudicado”.

<sup>813</sup> La distinción entre el daño emergente y el lucro cesante encuentra su fundamento en las fuentes romanas, en el Digesto. 46, 8, 13: “...*quantum mihi abest quantum que lucrati potuti*”.

SAP de Madrid de 20 de mayo de 1999<sup>814</sup> establece que “no puede desconocerse... el principio de reparación íntegra que preside el instituto de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento..., conforme al cual el perjudicado tiene derecho a que sus esferas jurídicas patrimonial y extrapatrimonial queden plenamente restauradas y repuestas al umbral de la indiferencia económica, esto es, a un ser y estado idéntico o equivalente al que presentaba en el instante inmediatamente anterior al que sobrevino el evento luctuoso... (y esta reparación íntegra) comprende tanto el menoscabo o pérdida sufridos... como las ganancias dejadas de obtener o lucro cesante...”. Por tanto, son indemnizables tanto los daños patrimoniales como los morales<sup>815</sup>, y tanto el daño emergente como el lucro cesante<sup>816</sup> (art. 1.106 CC).

Plantea VERDERA SERVER<sup>817</sup> una discusión muy interesante y es la relativa a si los beneficios obtenidos por el deudor a través de su incumplimiento tienen alguna repercusión o incidencia en el resarcimiento del daño. “Una parte de la doctrina excluye que la función de la indemnización de daños deba evitar el enriquecimiento del deudor gracias a su incumplimiento”.

---

<sup>814</sup> En MEDINA CRESPO, M., *El tratamiento del lucro cesante en el sistema de la Ley 30/1995. La posibilidad de su efectiva reparación y la práctica judicial*, en “Valoración judicial de daños y perjuicios”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999, págs. 573 y ss.

<sup>815</sup> Fija PINTO RUIZ (*La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la indemnización de daños y perjuicios durante el año 1957*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1958, pág. 209) la STS de 5 de diciembre de 1912 como el punto de inflexión a partir del cual se indemniza el simple daño moral.

<sup>816</sup> Asegura PEREDA GÁMEZ (*Ejecución de condenas...*, cit., pág. 70) que cabe “constatar una tendencia excesiva a hacer ‘cuantificable’ económicamente cualquier molestia que sufran los particulares, siendo cada vez menor la capacidad para tolerar los avatares de la vida, pretendiendo una excesiva ‘normativización’ de intereses sin contenido jurídico... En este sentido cabe destacar que no son indemnizables las meras molestias como tampoco las simples esperanzas”.

<sup>817</sup> VERDERA SERVER, *El cumplimiento...*, cit., págs. 67 y ss. Véase también sobre este punto, CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad...*, cit., págs. 223 y ss, quien entiende que el primer mecanismo “asume tintes punitivos, en la medida en que su cuantía queda determinada al margen de la magnitud del daño efectivamente causado”.



Si se tuviera en cuenta el beneficio obtenido por el deudor, el acreedor podría obtener una suma mayor que la que el daño efectivamente le ha causado. “Otra parte de la doctrina, en cambio, entiende que, salvo disposición particular en contrario, no existe ningún principio que obligue al deudor a indemnizar por el beneficio que obtiene del incumplimiento”. Por nuestra parte, entendemos que los daños indemnizables son los realmente producidos al acreedor, no siendo indemnizables los beneficios que el incumplimiento ha provocado en el deudor ya que incluir en la indemnización los beneficios que el incumplimiento haya generado en el deudor supondría un enriquecimiento injusto de aquel.

## 2. DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE.

Se llama daño emergente al valor de la pérdida sufrida y lucro cesante a la ganancia dejada de obtener. ¿Cómo se valora el daño? La ley no nos da las directrices o reglas para hallar el daño<sup>818</sup>. Ha señalado DÍEZ-PICAZO<sup>819</sup> que, con carácter general, pueden establecerse los siguientes criterios para la valoración del daño:

1º. El mayor o menor costo del negocio de reemplazo celebrado por la parte que sufre la lesión o el incumplimiento con un tercero para cubrirse de las consecuencias negativas que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso le produce. Este criterio aparece como un módulo de cálculo en el Convenio de

---

<sup>818</sup> Entiende GATICA PACHECO (*Aspectos de la indemnización...*, cit., pág. 108) que la razón de que no se hayan dictado normas respecto a la fijación o determinación del lucro cesante “es su carácter esencialmente eventual que lo transforma en un principio jurídico lleno de vaguedades e incertidumbres. A ello se agrega que, aún en los casos en que aparezca con mayor evidencia que la privación de la ganancia ha sido consecuencia del incumplimiento de la obligación, existe siempre la posibilidad de suponer, con buenas o malas razones, que otras circunstancias ajenas al incumplimiento, hubieran podido también burlar las expectativas del acreedor”.

<sup>819</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 685-686.

Viena sobre Venta Internacional de Mercaderías y puede ser generalizado a la totalidad de las relaciones contractuales incumplidas. Se ha señalado que el daño indemnizable es el mayor o menor costo del negocio de reemplazo, pero no pueden imputarse al primer contratante incumplidor las consecuencias perjudiciales que para el acreedor supongan las vicisitudes del nuevo contrato.

2°. Constituyen partidas del cálculo del daño, en los casos de obligaciones defectuosamente cumplidas, los costos de reparación o de reposición de las cosas al estado que deberían tener.

3°. Son partidas a tomar en cuenta en el cálculo del daño los sufridos en los bienes que eran objeto de la prestación del deudor o en otros pertenecientes al acreedor, que se encuentren con aquellos en directa relación. Por ejemplo, aquellos casos en que la prestación de hacer del deudor tenía como punto de referencia determinados bienes del acreedor, como es el caso de una empresa de lavandería que devuelve las prendas deterioradas.

4°. Forman igualmente parte del daño emergente los gastos que el acreedor se haya visto obligado a realizar como consecuencia del incumplimiento. Por ejemplo para llevar a cabo la ejecución de una obra, el contratista adquiere nueva maquinaria o contrata nuevo personal.

5°. Entre los criterios de cálculo de los daños debe tenerse en cuenta aquellos que el acreedor haya sufrido, en los contratos celebrados con él por terceros, como consecuencia del incumplimiento determinado por la anterior inexecución o defectuosa ejecución por el deudor de su prestación. El caso paradigmático es el del vendedor que se ve imposibilitado a cumplir sus obligaciones de entrega de la cosa vendida por falta de la previa entrega que a él tenía que hacerle un vendedor anterior.

Deben incluirse también dentro de los daños y perjuicios las cantidades pagadas o adelantadas por el acreedor. Por ejemplo, si la obligación consistía en que el deudor pintara las paredes de la casa del acreedor y adelantó 100.000 pesetas del precio total, ese dinero deberá también ser devuelto.

Por otra parte, ya hemos señalado que se denomina lucro cesante a la ganancia dejada de obtener por el incumplimiento. El concepto de lucro cesante ha sido objeto, por parte de la jurisprudencia, de una interpretación restrictiva, convirtiéndose en una cláusula de estilo continuamente repetida que da lugar a un resarcimiento que muy pocas veces trasciende de lo simbólico<sup>820</sup>. El lucro cesante constituye, en todo caso, una cantidad futura no del todo cierta, pero no deben considerarse lucro cesante ganancias meramente esperadas, dudosas o contingentes, sino únicamente aquellas en las que concurren signos de verosimilitud (STS de 15 de julio de 1998 [RA 5550])<sup>821</sup>. Por ejemplo, se arrienda una casa con facultad de subarrendar y se celebran, en consecuencia, contratos de subarriendo que entraran en vigor el día que se entregue el piso. Si el arrendador no cumple su obligación, al arrendatario se le habrán producido unos perjuicios que tendrán la consideración de lucro cesante<sup>822</sup> pero la “ganancia dejada de obtener” no es equivalente a ganancia bruta sino que “únicamente cabe reputar ganancia en sentido propio al residuo resultante... de

---

<sup>820</sup> MEDINA CRESPO, *El tratamiento del lucro cesante...*, cit., pág. 490. Matiza el autor que “cuando se trata del lucro cesante derivado de un daño material, hay casos en que llega a fijarse su resarcimiento, pero brilla casi siempre por su ausencia cuando corresponde al que dimana de un daño corporal”.

<sup>821</sup> En el mismo sentido la STS de 5 de noviembre de 1998 [RJ 1998/8404] establece que el resarcimiento del lucro cesante “no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna”. Vid. también SSTS de 16 de junio de 1993 [RA 5272] y de 30 de junio de 1993 [RA 5340].

<sup>822</sup> La STS de 18 de junio de 1998 [RA 5064] entiende que tienen la consideración de lucro cesante las cantidades dejadas de obtener en concepto de alquileres (incluido el IVA), desde la fecha del desalojo del edificio ruinoso hasta la fecha de extinción de los correspondientes contratos de arrendamiento.

deducir los gastos necesarios para obtenerla” (SAP de Madrid de 10 de mayo de 1999).

Respecto a la realidad del lucro cesante y a la necesidad de que esté fijada exactamente su cuantía, establece la SAP de Madrid de 20 de mayo de 1999, que “la incertidumbre enervatoria de su reconocimiento (del reconocimiento del lucro cesante) es la que afecta exclusivamente al hecho mismo de la existencia o producción de la pérdida de ganancia, no la que únicamente atañe al *quantum*, sin que pueda olvidarse, como razona la doctrina científica, que, entre la demostración absoluta y segura de que la ganancia se iba a obtener y el reconocimiento de indemnización en todos los casos en los cuales aparezca como meramente posible o esperada con racional fundamento, media la ponderación de un rigor probatorio razonable y de la razonable verosimilitud que arrojen las circunstancias concurrentes en cada caso particular y el curso normal de los acontecimientos”. Es decir, no habrá lugar a indemnización por lucro cesante si no llega a probarse su existencia pero sí habrá indemnización si la incertidumbre afecta sólo al *quantum*.

Por otro lado, recientemente nuestra doctrina ha comenzado a distinguir como algo distinto del lucro cesante la pérdida de una “chance” (pérdida de una oportunidad). La distinción consiste en que en el caso del lucro cesante “estamos ante la certeza de una situación jurídicamente idónea por parte del sujeto que le permitía esperar unas ganancias en el futuro (y acaso en el presente), en la pérdida de ‘chances’ se da la ausencia de tal certeza”<sup>823</sup>. Se

---

<sup>823</sup> ILLESCAS RUS, A., *El daño moral estricto*, en “Valoración judicial de daños y perjuicios”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 225. Por ejemplo, el opositor al que el incumplimiento de la obligación por el deudor le impide presentarse a las oposiciones.

dice<sup>824</sup> que la “propia ‘chance’ tiene un valor, porque su desaparición es un daño actual y cierto” aunque su valor depende de cada caso concreto.

### 3. DAÑO PATRIMONIAL Y DAÑO MORAL<sup>825</sup>.

El daño patrimonial puede definirse como el menoscabo que como consecuencia del incumplimiento experimenta el patrimonio del acreedor. En cuanto al daño moral, son muchas y muy distintas las concepciones<sup>826</sup> que sobre él existen pero entendemos que éste puede definirse<sup>827</sup> como el resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menoscabo de alguno de los bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho<sup>828</sup>.

---

<sup>824</sup> VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 131. ILLESCAS RUS, *El daño moral...*, cit., pág. 256.

<sup>825</sup> Entiende BREBBIA, R. H. (*El daño moral*, Buenos Aires, 1967, págs. 57 y ss) que la “separación de los daños en dos grandes categorías: daños patrimoniales y daños morales, no es más que la consecuencia lógica de la clasificación de los derechos subjetivos en dos grandes grupos: el de los derechos patrimoniales y el de los extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad. La violación de alguno de los derechos pertenecientes al primer grupo engendra un daño patrimonial, mientras que la conculcación de algunos de los derechos integrantes de la segunda categoría, o sea, de los derechos inherentes a la personalidad, origina un daño extrapatrimonial o moral”. Se ha criticado esta concepción argumentando que la lesión a un derecho no patrimonial puede llevar consigo daños cuya naturaleza exceda de la propia del derecho lesionado y que la lesión a un derecho patrimonial puede desencadenar la producción de daños morales (ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La responsabilidad por daño moral*, en Anuario de Derecho Civil, 1966, pág. 82). Sin embargo, a nosotros nos parece apropiada como punto de partida para distinguir entre una y otra clase de daños.

<sup>826</sup> En líneas generales existen concepciones negativas y concepciones positivas del daño moral. Al respecto, véase GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 51 y ss e ILLESCAS RUS, *El daño moral...*, cit., págs. 232 y ss.

<sup>827</sup> GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral...*, cit., pág. 80.

<sup>828</sup> La jurisprudencia, en ocasiones, distingue entre daños morales “strictu sensu” y daños morales “indirectamente económicos” (vid, STS de 4 de julio de 1985, Referencia Colex 85P1130 y STS de 22 de abril de 1989, Referencia Colex 89P1085). Para GATICA PACHECO (*Aspectos de la indemnización...*, cit., págs. 93-95) los daños morales no pueden nunca producir perjuicios económicos, es decir, el daño moral “es un sufrimiento que aparece

Por ejemplo, en el supuesto al que se refiere la STS de 5 de octubre de 1998 [RJ 1998/8367] se considera daño moral la pérdida del material propio de coleccionista. El caso era el siguiente: el demandado realizó unas perforaciones en un solar que provocaron el hundimiento de la casa colindante, donde vivían el demandante y su familia. Dicho hundimiento provocó los siguientes daños y perjuicios: necesidad de alquilar otra vivienda, pérdida de la práctica totalidad del mobiliario, ajuar doméstico, enseres de uso personal y pérdida de la colección fotográfica del demandante. La pérdida de la colección fotográfica se considera, según la resolución, daño moral en atención a la profesión del demandante y a la significación histórica y cultural de la misma (de la colección fotográfica)<sup>829</sup>.

Medir el menoscabo producido en la persona del acreedor supone, sin duda, mayor dificultad que medir el menoscabo en el patrimonio. Así lo ha puesto de manifiesto el TS que “tiene declarado que la relatividad e imprecisión forzosa del mismo impide una exigencia judicial estricta respecto de su existencia y traducción económica o patrimonial y exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual y viceversa,

---

desvinculado de toda consecuencia patrimonial; y tiene carácter estrictamente subjetivo, porque no se advierte con los sentidos exteriores, sino que sólo se percibe interiormente. Pero desde el momento en que produce consecuencias lesivas para el patrimonio del afectado, este daño se hace patrimonial”. Por tanto, el autor incluye, dentro de los daños materiales, por un lado, los que afectan a los bienes económicos del acreedor, a sus derechos reales y personales, y, por otro lado, los daños inferidos a los bienes jurídicos de la personalidad si entrañan (o producen) un contenido económico.

Por nuestra parte pensamos que probablemente el autor parte de esta interpretación restrictiva de los daños morales porque en Chile los daños morales no son indemnizables (art. 1.556 CC), y, por tanto, es conveniente reducirlos lo máximo posible.

<sup>829</sup> En el supuesto de la SAP de Zaragoza de 25 de junio de 1996 (Referencia Colex 96CP1353) un fotógrafo demandó a un diario por publicar por publicar fotos por él realizadas sin su autorización. La Audiencia entiende que el actor sufrió “daños morales, en razón al sufrimiento y lesión a su sensibilidad artística, al no publicarse la fotografía, en dos ocasiones, en las condiciones que él hubiera convenido, de integridad, calidad, e indicación de autor”.

que jurídicamente ha de ser resuelto con aproximación y necesidad pragmática de resolver ese conflicto y de dar solución a la finalidad social que el Derecho debe conseguir y cumplir el principio del *alterum non laedere*” (SSTS de 9 de mayo de 1984 [RJ 1984/2403] y de 5 de octubre de 1998 [RJ 1998/8367]). La valoración del daño moral y la fijación de la cuantía de la indemnización debe realizarse por el juez con arreglo a la equidad<sup>830</sup>.

Directamente relacionado con el daño moral, aunque emergiendo como un supuesto autónomo de daño reparable<sup>831</sup>, aparece aquel que se produce en el propio cuerpo, o la pérdida de parte de él. Afirmada la existencia en nuestro ordenamiento del principio de reparación íntegra, es evidente que también el daño corporal debe ser indemnizado, el problema es cómo valorar la salud. El legislador ha optado, aunque no sin críticas tanto doctrinales como jurisprudenciales respecto a la obligatoriedad o no de su aplicación<sup>832</sup>, por que se realice la valoración del daño corporal en atención a unos baremos previamente establecidos. El baremo “es un instrumento que valora el propio

---

<sup>830</sup> ALVAREZ VIGARAY, *La responsabilidad por daño moral*, cit., pág. 114; GARCÍA LÓPEZ, *La responsabilidad civil por daño moral...*, cit., pág. 80. Entre otras, STS de 12 de marzo de 1992 (Referencia Colex 92P511). Por su parte, indica PINTO RUIZ (*La jurisprudencia del Tribunal Supremo...*, cit., pág. 200) que “en cuanto al *quantum* el tratamiento es distinto si el daño es moral o material. En el primer caso, la falta de correspondencia o adecuación entre un perjuicio moral y la obligación de pagar una cantidad de dinero es tal, que para la constitución del derecho a indemnizar no pueden exigirse, ni la doctrina ni la jurisprudencia exigen, ni determinación ni determinabilidad con arreglo a un criterio estrictamente lógico sometido a reglas deductivas predeterminadas. En cambio cuando se trata de daño, propiamente material (lucro económico cesante o daño causado), sí que se exige no sólo la existencia efectiva del daño, sino que también determinación o determinabilidad para estimar constituido el referido derecho a indemnizar. Determinación, pues, fijándose el *quantum* mediante una cifra en dinero, o determinabilidad mediante la fijación de unas bases, a través de las cuales y con un criterio estrictamente lógico-deductivo puede llegarse al conocimiento del *quantum exacto*”.

<sup>831</sup> Cfr. VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales...*, cit., págs. 87-89.

<sup>832</sup> Véase FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *Penúltimos problemas en valoración del daño corporal: la reforma de 1998*, en “Valoración judicial de daños y perjuicios”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 22 y ss y la jurisprudencia ahí citada.

daño corporal y las consecuencias que de él se derivan, atendiendo a criterios objetivos y a valores medios, que se aplican automáticamente, aunque también pueden contar con unos criterios de corrección a los que se recurre para adaptar esa indemnización fija a las circunstancias del caso. El objetivo de los mismos es el de lograr una uniformidad casi absoluta de las indemnizaciones por daños corporales, disminuyendo, e incluso, llegando a anular las facultades discrecionales del juez en la apreciación y valoración del mismo”<sup>833</sup>.

*c) Cuantificación.*

Los daños se cuantifican en atención al momento no del incumplimiento sino de la sentencia que fija la condena de reparación, porque el objetivo de la indemnización, en general, es colocar al acreedor en la misma situación en la que se encontraría en el supuesto de no haber existido incumplimiento<sup>834</sup>. De ahí que la indemnización tenga la consideración de deuda de valor (entre otras, STS de 30 de enero de 1997, [RA 846]).

Una deuda se califica como deuda de dinero cuando el dinero funciona estrictamente como medio de cambio. El dinero es el objeto directamente buscado por el acreedor. En este sentido, son deudas de dinero las del precio de

---

<sup>833</sup> VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales...*, cit., pág. 272. Entiende la autora (págs. 261-262) que “la fórmula mágica de la valoración del daño corporal, no sólo no existe, sino que de existir, no podría ser una sola ya que en el daño corporal... concurren aspectos... a los que difícilmente se puede satisfacer con un sistema global de reparación”.

<sup>834</sup> “La doctrina y la jurisprudencia determinan que el momento de la fijación de la suma de resarcimiento es el de la ‘última sentencia’. Quedan, pues, excluidos el tiempo en que se produce el daño, el de su tasación, aquél en el que se ejercita la acción y la fecha de las sentencias de las instancias anteriores.

Nosotros sostenemos que hay que avanzar más en el sentido de que además la sentencia ha de fijar el mecanismo que permita ‘actualizar’ la suma indemnizatoria al tiempo de su pago...” (PERAL RODRÍGUEZ, F., “*La restitutio in integrum*”. *El resarcimiento de los daños como deuda de valor*, en Justicia, 1992, pág. 107)



una compraventa, la renta de un arrendamiento, etc. En las llamadas deudas de valor, el dinero no cumple una función de bien que resulta buscado por sí mismo, sino que es medida de valor de otras cosas o servicios respecto de los cuales el dinero funciona como equivalente o sustitutivo. Son deudas de valor, por ejemplo, las de restitución, cuando las cosas que debían entregarse se han perdido o no existen y también, el resarcimiento de daños y perjuicios<sup>835</sup>.

Por último entendemos necesario poner de manifiesto que la cuantificación del daño no era (con la LEC de 1881) ni es impugnabile en casación (STS de 2 de julio de 1998, [RA 5128])<sup>836</sup>.

#### *D) Iter procedimental.*

Si la sentencia condena a la realización de una actividad fungible y el deudor no cumple se procederá, a elección del acreedor, a la indemnización de daños y perjuicios (o a la realización por subrogación). También continuará la ejecución para la obtención de los daños y perjuicios cuando se condene a la emisión de una declaración de voluntad en la que estén indeterminados algunos elementos esenciales del negocio y el deudor no cumpla voluntariamente. Finalmente, si la condena es a abstenerse o a permitir e incumplida la obligación el incumplimiento no es susceptible de repetirse y tampoco es posible deshacer lo mal hecho, se procederá para resarcir al ejecutante por los daños y

---

<sup>835</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., págs. 259-260.

<sup>836</sup> Sí era posible, en cambio, casación cuando lo que se pretendía era impugnar, no la cuantía en sí, sino los parámetros sobre los que reposaba el cálculo de la indemnización (STS de 12 de junio de 1998 [RA 4684] o cuando la cuantificación resultaba “acreditadamente errónea, ilógica, disparatada o improcedente” (entre otras, SSTS de 4 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 9200], de 12 de febrero de 1993 [RJ 1993, 762] y de 4 de febrero de 1998 [RA 618]). Con la actual LEC no es posible ni siquiera en estos supuestos interponer recurso de casación.

perjuicios<sup>837</sup>, por el procedimiento establecido en los artículos 712 y siguientes de la LEC.

En todo caso la imposibilidad –en el caso de declaraciones de voluntad y de condenas de no hacer, pero no en las de hacer fungible en las que se permite al ejecutante optar- debe quedar probada<sup>838</sup> puesto que la indemnización de daños y perjuicios es el remedio último<sup>839</sup>. Será el juez quien mediante auto determinará el tránsito de una a otra formas de ejecución<sup>840</sup> (de la ejecución en forma específica a la ejecución por equivalente).

Los artículos 712 y siguientes de la LEC fijan el procedimiento a seguir para obtener la indemnización de daños y perjuicios y el equivalente pecuniario

---

<sup>837</sup> Indemnización total o parcial según sea la imposibilidad. Así, en el supuesto de imposibilidad parcial de cumplimiento, como hemos repetido en diversas ocasiones, se cumplirá una parte (la que no es imposible) *in natura* y otra parte se transformará en indemnización de daños. Si la imposibilidad es total la obligación originaria se transformará totalmente en la de indemnizar.

Los supuestos de imposibilidad parcial son más fácilmente comprensibles en los casos de condena a la entrega de inmuebles, pero esto no significa que no puedan darse también en el caso de condenas a realizar una actividad y de condenas a abstenerse de hacer algo o permitir a otro que haga.

<sup>838</sup> En este sentido la STS de 24 de abril de 1973 [RA 1848] establece que para que se sustituya la ejecución en forma específica por la genérica es necesario “que se acredite en autos tal imposibilidad si así lo exige el acreedor, aunque *prima facie* aparezca como presumible esa imposibilidad, sin que mientras tanto, se pueda entender sustituida la obligación de hacer, por la de indemnizar... Esa obligación de hacer no puede entenderse sustituida por la de indemnizar daños y perjuicios que pretende el ejecutante sin más razonamiento que su simple alegación”.

<sup>839</sup> En este mismo sentido, CATALÀ COMAS, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 222.

<sup>840</sup> Una vez el juez ha determinado mediante auto el tránsito de la ejecución específica a la genérica, se pregunta CATALÀ COMAS (*Ejecución de condenas...*, cit., págs. 232 y ss.) si todavía sería posible que se produjera el cumplimiento en forma específica, es decir, “si la fijación de la cuantía de la indemnización por el juez extinguía la condena de hacer y cerraba la puerta al cumplimiento específico”, llegando a la conclusión de que “el cumplimiento tardío de la prestación originaria, de poder resultar eficaz, por no ser esencial el factor tiempo, enerva la ejecución forzosa en ese punto, suspende la ejecución de la resolución que prescribía la indemnización y la excluye en la medida en que ha perdido su razón de ser; sin embargo, proseguirá para indemnizar los daños y perjuicios que el cumplimiento tardío haya ocasionado”.

de la prestación<sup>841</sup>. La LEC de 1881 lo regulaba en el artículo 928 y siguientes, pero en estos artículos se establecía únicamente como debían determinarse los daños y perjuicios pero nada decía la ley respecto a cómo debía determinarse el equivalente pecuniario de la prestación. Esta laguna es suplida, como hemos visto, por el artículo 717 LEC.

Por lo que al procedimiento a seguir para la obtención de la indemnización de daños y perjuicios se refiere, diferenciamos dos supuestos:

1. El artículo 924, párrafo II, LEC de 1881 recogía expresamente un supuesto poco frecuente en la práctica (“*si se hubiere fijado en la sentencia la importancia de éstos –entiéndase, daños y perjuicios- para el caso de inejecución, se procederá...*”): que la sentencia de condena fijara el importe de la indemnización en previsión de que aquella no pudiera específicamente cumplirse.

Probablemente la causa de este párrafo II era el espíritu tendente hacia la ejecución genérica porque la simple voluntad reacia del deudor a cumplir producía automáticamente la transformación de la ejecución específica en ejecución por equivalente. Por tanto, cuando se dictaba sentencia de condena el juez podía fácilmente prever que ésta no se cumpliría en forma específica y fijar, para este supuesto, la indemnización de daños y perjuicios correspondiente.

En este supuesto, en caso de imposibilidad de cumplimiento de la obligación de hacer se procedía, conforme al artículo 921 LEC de 1881, al embargo de los bienes del deudor. La actual LEC no recoge la posibilidad de sentencias ilíquidas (cfr. art. 219 LEC).

---

<sup>841</sup> En todo caso lo que digamos sobre el procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios será de aplicación también a la determinación del equivalente pecuniario porque el artículo 717 LEC se remite a lo establecido en los artículos 714 a 716 LEC.

2. El que haya sufrido los daños y perjuicios (el acreedor-ejecutante) presentará, junto con la solicitud de su determinación judicial, una relación detallada de dichos daños y perjuicios, su valoración y aquellos dictámenes y documentos que estime oportunos. La solicitud de la determinación judicial de daños y perjuicios ha de ser motivada (cfr. art. 713.1 LEC).

De la solicitud, de la relación, de daños y perjuicios, de su valoración y de los documentos aportados, se da traslado al deudor-ejecutado, que es quien debe pagarlos, concediéndosele el plazo de diez días (seis días según la regulación anterior, art. 929 LEC de 1881) para que alegue lo que estime conveniente (cfr. art. 713.2 LEC).

Cuatro son las posibilidades de actuación del deudor-ejecutado:

1. Contestar conformándose con la relación (o partidas) y con la valoración de los daños y perjuicios realizada por el acreedor (art. 714.1 LEC).

2. No contestar -en el plazo de 10 días-: equivale a conformarse.

3. Negar categóricamente la existencia de daños y perjuicios pero sin concretar los puntos en los que se discrepa y el por qué. Este comportamiento equivale también a conformarse (art. 714.2 LEC).

4. Por último, puede que el deudor dentro del plazo conteste motivadamente impugnando dicha relación o la cuantificación.

En los tres primeros supuestos, el juez aprobará, mediante providencia<sup>842</sup>, la relación de daños y perjuicios y su importe. Contra la providencia no cabrá recurso alguno. A continuación se procederá a hacer efectiva la suma convenida en la forma establecida en los artículos 571 y siguientes para la ejecución dineraria (art. 714.1 LEC).

---

<sup>842</sup> Vid. nota al pie nº. 390.

Cabe preguntarse si, en caso de silencio del ejecutado en torno a la relación de daños y perjuicios, está el juez *obligado* a estimar íntegramente la pretensión del ejecutante. A la vista del artículo 714.1 LEC parece que sí porque dicho artículo establece claramente que no contestar equivale a conformarse y la consecuencia establecida para este supuesto es que el tribunal aprobará la relación y el importe de los daños y perjuicios presentados por el acreedor. Aunque no faltan opiniones en contra<sup>843</sup> el principio dispositivo determina que el juez deba aprobar la relación y el importe de los daños y perjuicios presentados por el acreedor.

La cuarta posibilidad a la que nos referíamos es que el deudor-ejecutado, dentro del plazo de diez días, se oponga motivadamente a la petición del acreedor-ejecutante. La oposición puede referirse a la relación o partidas de los daños y perjuicios o estar de acuerdo con las partidas del daño y oponerse simplemente a su cuantificación. La liquidación de los daños y perjuicios se sustanciará<sup>844</sup>, conforme a lo establecido para los juicios verbales en los

---

<sup>843</sup> PEREDA GÁMEZ, *Ejecución de condenas...*, cit., pág. 72.

<sup>844</sup> Según la LEC de 1881 si el deudor impugnaba la relación o cuantificación de daños y perjuicios (cfr. art. 931 LEC) se procedía conforme a los artículos 937 y ss., es decir, era posible abrir incidente probatorio. El ejecutante, si le interesaba, debía pedir en el escrito de solicitud de la ejecución, el recibimiento a prueba, puesto que, en caso contrario (es decir, si no lo solicitaba) no había práctica de la misma. Si era solicitada, se practicaba si el juez la estimaba necesaria.

Contra el auto que aprobaba el recibimiento a prueba no se daba recurso alguno, contra el auto que lo denegaba cabía apelación. La apelación (art. 937.3 LEC) se admitía y sustanciaba a la vez que el auto que ponía término a la liquidación, si se interpusiere, es decir, no cabía substanciarla independientemente.

Contra la inadmisión de un medio de prueba, por ser impertinente o dirigirse a contrariar las bases fijadas en la ejecutoria para hacer la liquidación, únicamente cabía recurso de reposición (art. 939 LEC).

En el incidente probatorio las partes alegaban y probaban lo que estimaban conveniente en relación con los hechos en que no estuviesen de acuerdo las mismas.

Tras la práctica de la prueba o del plazo para practicarla (plazo común para proponer y practicar que era como máximo de veinte días, sin posibilidad de prórroga) se unían -en su caso- a los autos las pruebas practicadas y se convocaba a las partes a una comparecencia en la

artículos 441 y siguientes de la LEC (cfr. art. 715 LEC), es decir, se celebrará una vista en la que el demandante ratificará los fundamentos de su petición expuestos al oponerse (cfr. art. 443.1 LEC). El demandado puede formular alegaciones si así lo estima conveniente (art. 443.2 LEC). A continuación se propone prueba y una vez admitidas las que no sean impertinentes o inútiles, se practicarán seguidamente (art. 443.4 LEC).

Pero, si lo considera necesario, el tribunal puede, de oficio o a instancia de parte, mediante providencia, nombrar un perito para que, en el plazo que el juez le fije, determine si se han producido o no daños y perjuicios y, en caso de haberse producido, cuál es su importe<sup>845</sup>, y para que entregue su dictamen al juzgado. Del dictamen se dará traslado a las partes y, pasados diez días desde su traslado a las mismas, se celebrará la vista oral (cfr. art. 715 LEC) en la que las partes podrán alegar lo que estimen conveniente.

Dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se celebre la vista (cfr. art. 716 LEC) el tribunal fijará, por medio de auto, la cantidad que el deudor-ejecutado debe abonar en concepto de daños y perjuicios. El auto, que será apelable en un solo efecto<sup>846</sup>, se resolverá ante el tribunal superior<sup>847</sup>. La

---

que el secretario daba cuenta de las pretensiones de las partes y del resultado de las pruebas practicadas, y el juez, tras oír a las partes o a sus defensores y excitándoles a que se pusieran de acuerdo, extendía acta (arts. 940 y 941 LEC).

Si en ese acto las partes se ponían de acuerdo respecto a la cuantificación de los daños, el juez la aprobaba mediante auto y ordenaba la ejecución. Si no había acuerdo era el juez el que, igualmente mediante auto, fijaba la cantidad que debía abonarse en concepto de daños y perjuicios.

<sup>845</sup> Como apunta PEREDA GÁMEZ (*Ejecución de condenas...*, cit., págs. 72-73) “cierto es que los peritos encuentran con frecuencia dificultades para fijar con un mínimo soporte documental los daños y perjuicios y sus referencias a su leal saber y entender ‘volatizan’ la objetividad de parámetros objetivos del cálculo”.

<sup>846</sup> En la LEC de 1855 se consideraba que el auto era apelable en ambos efectos pero, a pesar de esto, se permitía la ejecución del mismo bajo fianza. En el sistema establecido en la LEC de 1881 ya se establece expresamente que el auto sea apelable en un solo efecto (art. 942 LEC).

ejecución para la obtención de los daños y perjuicios continua, es decir, no se paraliza por el hecho de que el auto por el que se fija la cuantía de los daños sea apelado, ya que el recurso (la apelación) es en un solo efecto, es decir, sin efecto suspensivo.

En el auto, además se hará declaración expresa de la imposición de las costas, conforme a lo establecido en el artículo 396 de la LEC. Tras la firmeza del auto la cantidad en él expresada se hará efectiva, a instancia del acreedor, en la forma establecida en los artículos 573 y ss para la ejecución dineraria.

---

<sup>847</sup> Contra este auto podría interponerse (puesto que se trata de un auto que pone fin a la segunda instancia) recurso extraordinario por infracción procesal, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (como Sala de lo Civil) correspondiente, si se diera algunos de los motivos establecidos en el artículo 469 LEC, pero no por inconformidad con las partidas que componen los daños y perjuicios o por su cuantificación.





## **CONCLUSIONES**



**PRIMERA.** La ejecución de la condena en sus propios términos forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. La ejecución específica se sustituirá por la genérica cuando aquella sea física o jurídicamente imposible o cuando, aun siendo posible, fracasen los mecanismos de coerción legalmente establecidos. Con la finalidad de obtener la ejecución de la sentencia *in natura* y, en consecuencia, no vulnerar el derecho a la tutela efectiva, el legislador ha introducido expresamente la posibilidad de apremiar personal y pecuniariamente al deudor-ejecutado.

**SEGUNDA.** En el supuesto de condenas a un hacer fungible, el legislador ha establecido que, ante el incumplimiento del deudor-ejecutado, el acreedor-ejecutante elegirá, en atención a su interés, entre el resarcimiento de daños y perjuicios y la ejecución por subrogación (realización de la actividad por un tercero a costa del deudor), no permitiendo el uso de medidas coercitivas sobre la voluntad del deudor-ejecutado para que sea él mismo quien cumpla. La solución legal es la correcta, puesto que al ser la conducta fungible puede ser realizada por un tercero satisfaciéndose igualmente el interés del acreedor. Sin embargo, la ley no es completa; ha olvidado regular el cumplimiento parcial y el defectuoso. Tampoco se ha referido a los supuestos en los que una actividad teóricamente fungible, resulta infungible en la práctica, como, por ejemplo, las actividades prestadas en régimen de monopolio. En estos supuestos, en los que la realización por un tercero es imposible y la indemnización de daños y perjuicios no satisface el interés del acreedor-ejecutante, es posible utilizar las mismas medidas coercitivas previstas por el legislador para ejecutar las condenas a hacer algo personalísimo.

**TERCERA.** Las condenas a emitir una declaración de voluntad no existen como tales porque para que exista contrato (precontrato) es necesario que el consentimiento se haya prestado. Si no hay consentimiento nos encontraremos ante unos tratos preliminares, pero no ante un precontrato. Por eso, cuando las partes han realizado un precontrato que contiene todos los elementos esenciales y accidentales del negocio proyectado y una de ellas quiere su eficacia, la sentencia no será de condena a emitir la declaración de voluntad ya prestada, sino que será constitutiva en cuanto que constituye el contrato proyectado. Además, la sentencia condenará (si así se solicitó) a lo previsto en el contrato.

Si el precontrato contenía los elementos esenciales, pero no los accidentales del contrato proyectado, la sentencia no será tampoco de condena sino constitutiva (aunque si se solicitó condenará también a lo previsto en el contrato). El juez, en ejecución, fijará los elementos accidentales del contrato conforme a lo que sea usual en el tráfico.

Si la indeterminación afecta a elementos esenciales, no existe realmente precontrato sino que lo que hay es, simplemente, tratos preliminares. En este supuesto la sentencia sí será de condena: condenará a otorgar efectivamente el contrato. Si el deudor incumple la condena, como el otorgamiento de un contrato es una actividad infungible, el acreedor será resarcido de los daños y perjuicios que se le hubieren causado.

**CUARTA.** Si la condena es a un hacer personalísimo ante el incumplimiento de la misma por el deudor-ejecutado, el acreedor-ejecutante puede elegir entre el equivalente pecuniario de la prestación o la imposición de apremios pecuniarios mensuales al deudor. Si el acreedor elige obtener el

equivalente pecuniario de la prestación, el deudor, además de pagar el dinero correspondiente al equivalente, deberá pagar la multa que le imponga el juez; multa que tiene como finalidad penar el incumplimiento (medida represiva). A pesar de los términos legales, no tiene sentido que el deudor deba pagar el equivalente pecuniario de la prestación, lo lógico es que se le obligue a indemnizar los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación haya causado al acreedor.

La posibilidad de apremiar pecuniariamente al deudor para que cumpla *in natura* es la correcta, pero el fracaso de los apremios pecuniarios supone que el ejecutante pueda solicitar y el juez acordar “cualesquiera otras medidas que resulten idóneas” para su satisfacción (la del acreedor-ejecutante). Entre estas otras medidas se sitúa el apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad.

**QUINTA.** Para ejecutar las condenas a no hacer la Ley de Enjuiciamiento Civil prescribe una solución ampliamente criticable. En primer lugar, no tiene sentido establecer multas pecuniarias para que el deudor destruya lo mal hecho cuando el deshacer es fungible (que es lo habitual), por eso, es posible solicitar directamente la realización por subrogación (la destrucción de lo mal hecho por un tercero) sin solicitar previamente la imposición de las multas mensuales. En segundo lugar, y aunque el artículo 710 LEC recoge únicamente el apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad si el deudor sigue incumpliendo la condena, es posible acordar también la imposición de multas coercitivas por cada nueva contravención. Igualmente es posible recurrir a la fuerza pública para evitar que el deudor siga incumpliendo.

**SEXTA.** La imposibilidad física o jurídica de la prestación así como el fracaso de las medidas coercitivas legalmente previstas, supone la transformación de la ejecución específica en genérica. El deudor deberá devolver las cantidades pagadas por el acreedor e indemnizarle por los daños y perjuicios que el incumplimiento le hubiera producido. A la hora de indemnizar rige el principio de reparación integral, lo que significa que se indemnizan tanto los daños patrimoniales como los morales y tanto el daño emergente como el lucro cesante.

## **BIBLIOGRAFÍA CITADA**





- ALBALADEJO, M., *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1989.
- ALGUER, J., *Ensayos varios sobre temas fundamentales de derecho civil*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1931.
  - . *Idem*, *Para la crítica del concepto de precontrato*, en Revista de Derecho Privado, 1935, tomo 22.
- ALLORIO, E., *Problemas de derecho procesal. II*, (trad. Sentis Melendo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.
- ALONSO PÉREZ, M., *La responsabilidad precontractual*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1971, vol. II.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La responsabilidad por daño moral*, en Anuario de Derecho Civil, 1966.
- ANDRÉS CIURANA, B., *La embargabilidad de los bienes de la Administración (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998, de 15 de julio)*, en Tribunales de Justicia, nº. 10, octubre 1999.
- ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Las astreintes (Su aplicación al proceso español)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.
- ARLAS, J. A., *Incorporación de las Astreintes al Derecho positivo Uruguayo (Estudio particular de la ley 14.978 de 14 de diciembre de 1979)*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1979.
- ASCOLI, *Contratto preliminare*, en Rivista di Diritto Civile, 1909.
- ASÚA, CL., *La culpa in contrahendo*, Bilbao, 1989.
- ÁVILA NAVARRO, *El Registro Mercantil, I. El Registro Mercantil como registro de sociedades*, Bosch, Barcelona, 1997.

- **AYARRAGARAY, C.**, *Introducción a la ejecución de sentencia*, Valerio Abeledo editor, Buenos Aires, 1943.

. *Idem*, *La congruencia en la ejecución de sentencia*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1964.

- **BARONA VILAR, S.**, *Entrada y registro en lugar cerrado (un análisis de la diligencia desde el prisma jurisprudencial y constitucional)*, en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1995.

. *Idem*, *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

. *Idem*, *Competencia desleal (Doctrina y jurisprudencia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 2ª ed.

. *Idem*, *Derecho jurisdiccional, I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A.

. *Idem*, *Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A.

- **BARRIOS DE ANGELIS, D.**, *Naturaleza Jurídica de la astrictión*, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1980.

- **BAYLOS GRAU, A.**, *Las obligaciones de hacer: las multas coercitivas (análisis del art. 239 LPL)*, en "Puntos críticos en ejecución de sentencia, recurribilidad de las resoluciones judiciales. Especial referencia a la suplicación", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1999.

- **BELLIDO PENADÉS, R.**, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998.

- BELTRÁN DE FELIPE, M., *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, 1995.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *La obligación (concepto, estructura y fuentes)*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1989.
  - . *Idem*, *El incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990.
- BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones*, (trad. De los Mozos, J.L.) Revista de Derecho Privado, Editorial Edersa, Madrid, 1969.
- BLASCO GASCÓ, F., *Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 1995, con VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª. (coordinadora), CAPILLA RONCERO, LÓPEZ LÓPEZ, MONTÉS PENADES, ORDUÑA MORENO, ROCA I TRIAS.
- BONET NAVARRO, J., *Comentario a la STS (Sala 2ª) de 14 de octubre de 1992*, en Revista General de Derecho, 1994, julio-agosto.
- BONSIGNORI, A., *L'esecuzione forzata*, Giappichelli editore, Torino, 1996, 3ª ed.
- BORRÈ, G., *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Jovene, Napoli, 1966.
- BREBBIA, R. H., *El daño moral*, Buenos Aires, 1967.
- BROCA-MAJADA, *Práctica Procesal Civil, tomo V, Jurisdicción contenciosa*, Bosch, Barcelona, 1988.
- BROX, H., *Zwangsvollstreckungsrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, 1996, con WOLF, W.
- BUJOSA VADELL, L. M., *Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional*, en La Ley, martes 30 de marzo de 1999, Año XX, nº 4765, con RODRÍGUEZ GARCÍA, N.

- CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, Bosch, Barcelona, 1991.
- CALAMANDREI, P., *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, en “Studi sul Processo Civile”, CEDAM, Padova, 1934, vol. III.
  - . *Idem*, *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936.
- CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup>. P., *Sobre una reciente reforma del proceso cautelar italiano. Su incidencia en el artículo 700 CPC*, en *Justicia*, 1991.
  - . *Idem*, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1992.
- CALVILLO MARTÍNEZ, J., *Promesa bilateral de comprar y vender: efectos que produce su incumplimiento. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1951, I.
- CALVOSA, *La tutela cautelare*, Torino, 1963.
- CAÑIZARES LASO, *Obligaciones de no disponer y prohibiciones de disponer (Comentario a la STS de 26 de julio de 1993)*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1995, 1.
- CAPILLA RONCERO, F., *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, Cádiz, 1989.
- CARNELUTTI, F., *Sistema de derecho procesal civil, I, Introducción y función del proceso civil*, (trad. Alcalá-Zamora y Castillo, N), Uteha, Buenos Aires, 1944.
- CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957.

. *Idem, Las medidas cautelares del artículo 1.428 de la LEC*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1958.

. *Idem, La función del juez en la dirección del proceso civil. Facultades materiales de dirección*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Bosch, Barcelona, 1962.

- CASARES VILLANUEVA, M. L., *Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad*, en Poder Judicial, nº. 40, oct-nov 1995.

- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M<sup>a</sup>., *El “favor debitoris” en el Derecho español*, en Anuario de Derecho Civil, 1961.

- CATALÀ COMAS, CH., *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*, Bosch, Barcelona, 1998.

- CERDÁ OLMEDO, *Responsabilidad civil por daños futuros*, en Anuario de Derecho Civil, 1985, III.

- CERES, L., *Un aspecto procesal de las obligaciones alternativas*, en Revista de Derecho Procesal, 1953.

- CEREZO MIR, J., *Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia*, en Problemas Fundamentales del Derecho Penal, Tecnos, Madrid, 1982.

- CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva, derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1994.

- CHIOVENDA, G., *De la acción nacida del contrato preliminar*, en “Ensayos de Derecho Procesal Civil”, (trad. Sentís Melendo) EJECA, Buenos Aires, 1949, vol. I.

. *Idem, Principios de Derecho Procesal Civil, I*, (trad. Casais y Santoló), Reus S.A., Madrid, 1977.

- CLEMENTE MEORO, M. E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- CÓRDOBA GRACIA, D., *La promesa de contrato según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en Revista de Derecho Judicial, 1960.
- CÓRDOBA RODA, J., *El cumplimiento de resoluciones judiciales y el delito de desobediencia*, en Actualidad Jurídica, 1981, I.
- CORRADO CHESSA, *Il termine di efficacia della trascrizione del preliminare*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, septiembre 1998, año LII, nº. 3.
- CORSARO, V., *Manuale dell'esecuzione forzata*, Giuffrè editore, Milano, 1996, terza edizione, con BOZZI, S.
- COVIELLO, L., *Contratto preliminare*, en "Enciclopedia Giuridica Italiana", 1902.
  - . *Idem, L'obbligazione negativa (Contributo alla teoria delle obbligazioni), I*, SIEM, Napoli, 1931.
  - . *Idem, L'obbligazione negativa (Contributo alla teoria delle obbligazioni), II*, Torella, Napoli, 1934.
- CRISTÓBAL MONTÉS, A., *¿Es la patrimonialidad requisito de la prestación?*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1990.
  - . *Idem, La imposibilidad sobrevenida de todas las prestaciones en la obligación alternativa*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, mayo-junio, 1996.
- CUCARELLA GALIANA, L. A., *Embargo preventivo de buques: estudio jurisprudencial*, La Ley, año XIX, nº. 4646, 9 de octubre de 1998.
  - . *Idem, El proceso civil en materia de patentes*, Comares, Granada, 1999.

- DE CASTRO Y BRAVO, F., *La promesa de contrato (Algunas notas para su estudio)*, en Anuario de Derecho Civil, 1950, tomo III, julio-septiembre.

- DE LA CUESTA, J. M<sup>a</sup>., *Las obligaciones alternativas*, en Revista de Derecho Privado, 1984.

- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Conceptos fundamentales de la ejecución forzosa civil*, en La Ley, 1981, vol. 4<sup>o</sup>.

. *Idem*, *Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: criterios inspiradores e innovaciones principales*, en Tribunales de Justicia, febrero 2000, n<sup>o</sup>. 2.

- DE LA PLAZA, M., *Los daños y perjuicios procesales (ensayo)*, en Revista de Derecho Procesal, 1945.

. *Idem*, *Los principios fundamentales del proceso de ejecución*, en Revista de Derecho Privado, 1945.

- DEL TORO MARZAL, A., *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Barcelona, 1972, con CÓRDOBA RODA, J., RODRÍGUEZ MOURULLO, G. y CASABÓ RUIZ, J.R.

- DE MIGUEL Y ALONSO, C., *Problemática de la ejecución forzosa en lo civil*, en Revista de Derecho Procesal, 1965.

. *Idem*, *Últimas evoluciones en materia de ejecución forzosa singular*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1983.

- DENTI, V., *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Giuffrè editore, Milano, 1953.

- Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Sistema de derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1978, con GULLÓN BALLESTEROS.

. *Idem, Sistema de derecho civil. Derecho de cosas, Derecho Inmobiliario y Registral*, vol. III, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, con GULLÓN BALLESTEROS.

. *Idem, Fundamentos del derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993.

- D'ORS, A., *En torno a la llamada obligación alternativa*, en *Revista de Derecho Privado*, 1944.

. *Idem, Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra SA, Pamplona, 1991, 8ª ed. revisada.

- EGUSQUIZA BALSAMEDA, Mª.A., *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Bosch, Barcelona, 1990.

- ESTURILLO LÓPEZ, A., *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil, práctica de legislación mercantil societaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993.

- FAIRÉN GULLÉN, V., *La reforma del proceso cautelar civil español*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1966, I.

. *Idem, La sistematización de la ejecución forzosa española*, en "Temas del Ordenamiento Procesal", tomo II, Tecnos, Madrid, 1969.

- FÉNECH NAVARRO, M., *La función del juez en la dirección del proceso civil. Facultades procesales de dirección*, en "Estudios de Derecho Procesal", Bosch, Barcelona, 1962, con CARRERAS LLANSANA, J.



. *Idem*, *La ejecución forzosa de los bienes de las Autoridades y Servicios públicos*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Bosch, Barcelona, 1962, con CARRERAS LLANSANA, J.

. *Idem*, *Derecho procesal civil*, Agesa, Madrid, 1986, 2ª ed.

- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *Penúltimos problemas en valoración del daño corporal: la reforma de 1998*, en “Valoración judicial de daños y perjuicios”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *El proceso de ejecución*, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 1982.

. *Idem*, *Derecho procesal práctico*, tomo V, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 1992, con RIFA SOLER, J. Mª y VALLS GOMBAU, J. F.

. *Idem*, *Derecho procesal civil, III*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996.

- FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, Mª. T., *La ejecución de sentencias en sus propios términos y el cumplimiento por equivalente*, Jurisprudencia práctica, tecnos, Madrid, 1996.

- FERNÁNDEZ PAMPLILLÓN, *Comentario a la Sentencia de 11 de junio de 1998*, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LII, de 1 de noviembre de 1998, nº. 1832.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. R., *Naturaleza jurídica de la dación en pago*, en Anuario de Derecho Civil, 1957.

- FIGUEROA NAVARRO, M. C., *Entradas y registros domiciliarios*, Tecnos, 1994.

- GALGANO, F., *Diritto privato*, CEDAM, Padova, 1988, 5ª ed.

- **GARBERÍ LLOBREGAT, J.**, *Comentario de los artículos 38 a 42 de la Ley de Arbitraje*, en “Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 36/1988, de 5 de diciembre”, Tecnos, Madrid, 1991, con **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.** (coordinador).
- **GARCÍA DE ENTERRÍA, E.**, *Curso de derecho administrativo I*, Civitas, Madrid, 1999, 9ª ed., con **FERNÁNDEZ, T.R.**
- **GARCÍA LÓPEZ, R.**, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1990.
- **GARCÍA PONS, E.**, *Ejecución de sentencias (El derecho a la ejecución de sentencia como manifestación prestacional de contenido fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva según la doctrina del Tribunal Constitucional)*, PPU, Barcelona, 1995.
- **GATICA PACHECO, S.**, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Editorial Jurídica de Chile, 1959.
- **GELSI BIDART, A.**, *Medidas para asegurar la efectividad de la sentencia (Contempt of court y astreinte)*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1953, II.
- **GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I.**, *Consideraciones generales sobre las astreintes: aplicación práctica en el proceso laboral*, en *Justicia*, 1992.
- **GOLDSCHMIDT, J.**, *Derecho Procesal Civil*, (trad. Prieto-Castro), Editorial Labor, Barcelona, 1936.
- **GÓMEZ COLOMER, J. L.**, *Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1993.
- **GUASP DELGADO, J.**, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Aguilar editor, Madrid, 1943.

. *idem*, *El arbitraje en el derecho español, su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Barcelona, 1956.

. *Idem*, *La pretensión procesal*, Cuadernos civitas, Civitas, Madrid, 1981.

. *Idem*, *Derecho procesal civil, tomo II. Parte especial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1986, 3ª ed.

- GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, F., *Ejecución forzosa por obligaciones de hacer, no hacer y dar cosas determinadas*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1974.

- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares*, en "El sistema de medidas cautelares", IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal, Ediciones Universidad de Navarra SA, Pamplona, 1974.

- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela de los Intereses Supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Navarra, 1999.

- GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Las costas en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1998.

- HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil. Juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal, jurisdicción voluntaria*, vol. 2º, Madrid, 1976, con GÓMEZ ORBANEJA, E.

- HERNÁNDEZ GIL, A., *Naturaleza jurídica de la obligación alternativa*, en *Revista de Derecho Privado*, 1942.

. *Idem*, *El problema de la patrimonialidad de la prestación*, en *Revista de Derecho Privado*, 1960.

. *Idem*, *Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983.

- ILLESCAS RUS, A., *El daño moral estricto*, en “Valoración judicial de daños y perjuicios”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999.
  
- JORDANO FRAGA, F., *Obligaciones de medios y de resultado*, en Anuario de Derecho Civil, enero-marzo de 1991.
- JOVÉ PONS, M<sup>a</sup>. A., *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1995.
- JUANATEY DORADO, C., *El delito de desobediencia a la autoridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
  
- KISCH, W., *Elementos de Derecho Procesal Civil, vol. IV*, (trad. Prieto-Castro) Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932.
  
- LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil, II Derecho de obligaciones, vol. 3º Contratos y cuasicontratos*, Bosch, Barcelona, 1979.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Curso de derecho civil II, Derecho de obligaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
  - . *Idem, El contrato de promesa de venta y el retracto convencional*, en “Estudios de Derecho Civil, obligaciones y contratos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, 2<sup>a</sup> ed.
- LEDESMA MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. J., *Las obligaciones de hacer*, Comares, Granada, 1999.
- LIEBMAN, E. T., *Manual de derecho Procesal Civil*, (trad. Sentís Melendo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980.

- LIEBS, D., *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, Beck, München, 1982.
- LOBATO DE BLAS, J. M<sup>a</sup>., *La cláusula penal en el Derecho español*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1974.
  
- MANDRIOLI, C., *L'esecuzione forzata in forma specifica, premesse e nozioni generali*, Giuffrè editore, Milano, 1953.
  - . *Idem*, *L'azione esecutiva, contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Giuffrè editore, Milano, 1955.
  - . *Idem*, *Corso di diritto processuale, III, L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, il processo del lavoro e il processi locatizio e agrario*, Giappichelli editore, Torino, 1991, 8<sup>a</sup> ed.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M<sup>a</sup>., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo IV, Madrid, 1889.
  - . *Idem*, *Comentarios al Código Civil español*, tomo VII, vol. I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950, 5<sup>a</sup> ed.
- MANS PUIGARNAU, *Los Principios Generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1979.
- MANZANA LAGUARDA, R., *La ejecución procesal y su adecuación constitucional*, Revista General de Derecho, 1990.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *El artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Revista de Derecho Procesal, 1975.
- MARTÍN CONTRERAS, L., *La tasación de costas y la liquidación de intereses y sus impugnaciones en los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social (legislación, doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, Comares, Granada, 1998.

- MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M., *Ley de Enjuiciamiento Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II, Editorial Trivium SA, 1994, con AAVV (ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. [director]).
- MARTÍN PASTOR, J., *Las anotaciones preventivas de naturaleza cautelar en el proceso civil*, Tesis Doctoral inédita, Valencia, 1999.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, R., *Reflexiones sobre la responsabilidad patrimonial universal y la ejecución por deudas: naturaleza sustantiva y actuación procesal de la responsabilidad ex artículo 1.911 del Código Civil*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1998, nº. 3.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., *Las obligaciones facultativas en el derecho español*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1972.
- MAZZARELLA, F., *Contributo allo studio del titolo esecutivo*, Giuffrè editore, Milano, 1965.
- MEDINA CRESPO, M., *El tratamiento del lucro cesante en el sistema de la Ley 30/1995. La posibilidad de su efectiva reparación y la práctica judicial*, en "Valoración de daños y perjuicios", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999.
- MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial*, IV, (trad. Sentís Melendo) Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954-1956.
- MICHELI, G. A., *Derecho procesal civil*, III, (trad. Sentís Melendo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970.
  - . *Idem*, *Commentario del Codice civile (arts. 2.910-2.969), tutela dei diritti*, Zanichelli editore, 1977.
- MINVIELLE, B., *Breve estudio comparativo entre las "Astreintes" en la legislación Argentina y Uruguay*, en *Revista Uruguay de Derecho Procesal*, 1983.

. *Idem, Las Astreintes en el Derecho Belga (Estudio de Derecho Comparado)*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1984.

- MOLINA PASQUEL, R., *Contempt of Court, correcciones disciplinarias y medios de apremio*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1954.

- MONTERO AROCA, J., *El proceso laboral*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1981.

. *Idem, Perfeccionamiento del sistema de ejecución singular. La indefensión del ejecutante*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Bosch, Barcelona, 1981.

. *Idem, Medidas cautelares*, en Trabajos de Derecho Procesal, Bosch, Barcelona, 1988.

. *Idem, Derecho jurisdiccional (3ª ed.)*, II, *Proceso civil*, 2º, Bosch, Barcelona, 1993, con ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J. L. y MONTÓN REDONDO, A.

. *Idem, Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, II, Civitas, Madrid, 1993, con IGLESIAS CABERO, M., MARÍN CORREA, J.Mª. y SAMPEDRO CORRAL, M.

. *Idem, La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Civitas, 1994.

. *Idem, La acción (Un intento de aclaración conceptual)*, en “Ensayos de Derecho Procesal”, Bosch, Barcelona, 1996.

. *Idem, La ejecución en España de títulos ejecutivos italianos*, en “Ensayos de Derecho Procesal”, Bosch, Barcelona, 1996.

. *idem, La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1996.

. *Idem, Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

. *Idem, Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, con ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A.

. *Idem, Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, con GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.

. *Idem, Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, con GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.

. *Idem, Introducción al proceso laboral*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, 5ª ed.

- MONTÓN REDONDO, A., *Los pactos precontractuales y la exigencia judicial de su cumplimiento. Algunas sugerencias para la reforma del artículo 1.451 del Código Civil*, La Ley, 1990, nº. 3.

. *Idem, La eficacia de la promesa de venta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en La Ley, 1991, 1.

. *Idem, ¿Es ejecutable la sentencia exigente de una declaración de voluntad?*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1995.

- MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil*, Colex, Madrid, 1997, 2ª ed., con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. Y GIMENO SENDRA, V.

- MORENO QUESADA, B., *Problemática de las obligaciones de hacer*, en Revista de Derecho Privado, 1967.



. *Idem*, *La imposibilidad originaria de la prestación*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 1983, 2, 3er cuatrimestre.

- MORO LEDESMA, S., *El precontrato. Notas para su estudio*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1934.

- MUERZA ESPARZA, J., *Aspectos procesales de las acciones de cesación y prohibición de daños y perjuicios en el ámbito del Derecho industrial y de la competencia*, Barcelona, 1997.

- MUÑIZ DíEZ, A., *Indemnización de daños materiales causados a vehículos en accidentes de circulación. Criterios de valoración*, en "Valoración judicial de daños y perjuicios", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999.

- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 11<sup>o</sup> edición, Valencia, 1996.

- MUÑOZ SABATE, L., *La ineficacia de las reclamaciones judiciales de cantidad en España (notas para un estudio de la conducta forense)*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1972.

- MUÑOZ XANCO, J., *La fungibilidad de la condena judicial a dividir la cosa común*, en La Ley, 1986, 3.

- OCHOA MONZÓ, V., *La localización de bienes en el embargo*, Bosch, Barcelona, 1997.

- ORTELLS RAMOS, M., *Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1.428 LEC*, en Justicia, 1989.

. *Idem*, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1995, con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A.

. *Idem*, *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Comares, Granada, 1996, con CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup>. P.

. *Idem*, *Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil*, en *Actualidad civil*, 1996.

. *Idem*, *Las medidas cautelares. Análisis crítico del Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, 7 a 10 de octubre de 1997, Escuela de Práctica Jurídica de Murcia, 1997.

. *Idem*, *Los presupuestos del embargo preventivo y el procedimiento para su adopción: revisión de la jurisprudencia reciente (y II)*, en *La Ley*, año XVIII, nº. 4248, marzo 1997.

. *Idem*, *El embargo preventivo, Doctrina y jurisprudencia (1960-1996)*, Comares, Granada, 1998.

. *Idem*, *Derecho procesal civil*, Aranzadi editorial, Navarra, 2000, con JUAN SÁNCHEZ, R., BONET NAVARRO, J., BELLIDO PENEDES, R., CUCARELLA GALIANA, L.A., MARTÍN PASTOR, J.

- PARDO IRANZO, V., *Ejecución por obligaciones de dar no dinerarias*, en *Actualidad civil*, nº. 25, semana del 21 al 27 de junio de 1999.

- PEDRÁZ PENALVA, E., *Los privilegios de las Administraciones Públicas en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1993.

. *Idem*, *El secretario en la ejecución*, en *justicia*, 1997, nº. 2, con MORAL MORO, M<sup>a</sup>. J.

- PELLEGRINI GRINOVER, A., *Tutela jurisdiccional en las obligaciones de hacer y de no hacer*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1997, nº.1.

- PERAL RODRÍGUEZ, F., *“La restitutio in integrum”. El resarcimiento de los daños como deuda de valor*, en *Justicia*, 1992.

- PEREDA GÁMEZ, F. J., *Ejecución de condenas de dar, hacer y no hacer y liquidación de títulos ejecutivos y ejecución de sentencias*, en *Ejecución de sentencias civiles II. La vía de apremio*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Bosch, Barcelona, 1995.
- PÉREZ GORDO, A., *El sistema de recursos y el proceso de ejecución singular, ante la corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1975.
- PERROT, R., *La efectividad de las resoluciones judiciales en el ámbito civil, mercantil y laboral*, en *Justicia*, 1987.
- PINTO RUIZ, J., *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la indemnización de daños y perjuicios durante el año 1957*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958.
- PRATS CANUT, J. M., *Comentarios al nuevo Código penal*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, con MORALES PRATS, F., VALLE MUÑIZ, J.M., TAMARIT SUMALLA, J.M<sup>a</sup>., y GARCÍA ALBERO, R.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Ejecución de sentencia a instancia del deudor*, en “*Estudios y comentarios para la teoría y práctica procesal civil*”, II, Madrid, 1950.
  - . *Idem*, *El objeto del proceso*, en “*Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
  - . *Idem*, *Correcciones al derecho sobre ejecución forzosa de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en “*Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

. *Idem, Derecho procesal civil, vol. 2º. Procesos sumarios y especiales, ejecución singular*, Tecnos, Madrid, 1983, 3ª ed.

. *Idem, Tratado de derecho procesal civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*, II, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1985, 2ª ed.

- **PROTO PISANI, A.**, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1975.

. *Idem, Appunti sulla tutela di condanna*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1978.

. *Idem, Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene editore, Napoli, 1999, 3ª ed.

- **PUIG BRUTAU, J.**, *Fundamentos de derecho civil*, tomo II, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1982.

. *Idem, Fundamentos de derecho civil*, tomo III, vol. 3º, Bosch, Barcelona, 1983.

. *Idem, Fundamentos de derecho civil*, tomo I, vol. II, Bosch, Barcelona, 1988, 4ª ed.

- **PUIG PEÑA, F.**, *Tratado de Derecho Civil español*, tomo IV, vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.

- **PUYOL MONTERO, J. F.**, *Manual práctico de doctrina constitucional en materia de derecho al honor, a la intimidad y derecho de rectificación*, Edigener, Madrid, 1991, con **GENEROSO HERMOSO, MªF.**

. *Idem, Derecho al honor, libertad de expresión, información y medios de comunicación social, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional I y II*, PPU, Barcelona, 1994.

. *Idem*, *La figura comunitaria del “Huissier de Justicia”*, en Boletín de información del Ministerio de Justicia, Año L, 1 de mayo de 1996, nº. 1773.

. *idem*, *El procurador ante la ejecución procesal: algunos criterios prácticos*, en Actualidad Civil, nº. 4, semana del 22 al 28 de enero, 1996.

- RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y proceso*, Bosch, Barcelona, 1978.

. *Idem*, *La eficacia del proceso*, en Justicia, 1982, nº. 2.

. *idem*, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, en Justicia, 1985.

. *Idem*, *Derecho procesal civil*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1992.

- REUS, *Ley de enjuiciamiento civil, concordada y anotada*, tomo II, Madrid, 1908, 2ª ed.

- ROBLES GARZÓN, J.A., *Aseguramiento anticipado de la ejecución: medidas cautelares*, en “La protección del crédito en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, Jornadas celebradas en Barcelona el 17, 18 y 19 de junio de 1998, Pricewaterhousecoopers, 1999.

- ROCA SASTRE, R. Mª., *Contrato de promesa*, en “Estudios de Derecho Privado”, tomo I (Obligaciones y contratos), Madrid, 1948.

. *Idem*, *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral, I*, Bosch, Barcelona, 1995, 8ª ed., con ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.

- RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMENTE, L., *Comentando el artículo 1.911 de nuestro Código Civil*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1951.

- RODRÍGUEZ DE VALCARCE, F., *La sentencia de condena a la emisión de una declaración de voluntad*, en Revista de Derecho Procesal, 1949, nº. 2.

- **ROLDÁN BARBERO, H.**, *El delito de desobediencia a la autoridad y la resistencia de la Administración al cumplimiento de las sentencias y otras resoluciones judiciales en el procedimiento administrativo*, en *La Ley*, 1990.
- **ROMÁN GARCÍA, A.**, *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Montecorvo, SA, Madrid, 1982.
- **ROSENBERG**, *Zwangsvollstreckungsrecht*, C.H.Beck, München, 1987, con GAUL y SCHILKEN.
- **RUIZ VADILLO, E.**, *Las obligaciones negativas en el Derecho español*, en *Pretor*, XXV, 1976.
  
- **SÁNCHEZ LÓPEZ, B.**, *Consideraciones sobre la ejecución de sentencia de condena a rendir cuentas, o a dar cuenta*, en *Tribunales de Justicia*, febrero 1999, nº. 2.
- **SANTOS BRIZ**, *Derecho Civil (teoría y práctica), IV, Derecho de obligaciones (los contratos en particular)*, Madrid, 1977.
- **SANZ VIOLA, A. M<sup>a</sup>.**, *La cláusula penal en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1994.
- **SATTA, S.**, *L'esecuzione forzata*, Giuffrè editore, Milano, 1937.
  - . *Idem*, *L'esecuzione forzata*, en *Trattato di Diritto Civile*, a cargo de Vassalli, Torino, 1963.
  - . *Idem*, *Derecho procesal civil II. El proceso de ejecución y los procedimientos especiales*, (trad. Sentís Melendo) Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
  - . *Idem*, *Diritto processuale civile*, CEDAM, Padova, 1996, dodicesima edizione, con PUNZI, C.

- SCOGNAMIGLIO, R., *Appunti sulla nozione di danno*, en *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXIII, 1969.
- SENÉS MOTILLA, C., *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa*, La Ley, Madrid, 2000.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Teoría general de las medidas cautelares*, en “Las medidas cautelares en el proceso civil”, Barcelona, 1974, con RAMOS MÉNDEZ, F.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (director), *Ejecución de sentencias civiles y penales*, Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, Eurolex, Madrid, 1994, con DE LA MATA AMAYA, J., FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., ILLESCAS RUS, A.V., MARTÍN BERNAL, J.M., MURIEL ALONSO, M<sup>a</sup>.J., PALOMO DEL ARCO, A., PUYOL MONTERO, F.J. y SANTOS NAVARRO, I.
- SOLCHAGA LOITEGUI, J., *Derecho a la tutela judicial efectiva y ejecución singular*, en Cuadernos de Derecho Judicial, “Ejecución de sentencias civiles”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.
- STEIN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21 Auflage, Band 7, Teilband 1, parágrafos 864-945, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996, con JONAS.
  
- TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Las condenas no pecuniarias (Ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer)*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1984.
  - . *Idem*, *El artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, *Revista Jurídica General* n<sup>o</sup>. 6/1985.
- TARIGO, E., *Las conminaciones económicas o astreintes en el Código General del Proceso*, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1993.

- TEITELBAUM, J. W., *Proceso de ejecución y vía de apremio*, en Revista Uruguaya de Derecho procesal, 1995.

- VALLESPÍN PÉREZ, D., *La regulación de la ejecución forzosa no dineraria en el Anteproyecto de LEC*, en "Presente y futuro del proceso civil", Bosch, Barcelona, 1998.

- VATTIER FUENZALIDA, C., *Sobre la estructura de la obligación*, Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1980.

. *Idem*, *Contribución al estudio de las obligaciones facultativas*, en Revista de Derecho Privado, 1982, julio-agosto.

- VERDERA SERVER, R., *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995.

- VESCOVI, E., *Astreintes (Estudio comparativo, con motivo de la aprobación de la ley 14.978 de sanciones conminativas en Uruguay)*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1980.

- VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo I, vol. 2, Barcelona, 1991.

- VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994.

- VIERA RUIZ, L. A., *Reflexiones sobre la ejecución forzada civil*, en Revista mexicana de Derecho Procesal, 1975.

. *Idem*, *Problemas actuales de la ejecución forzosa singular*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1983.

- VIVES ANTÓN, T.S, *Comentarios al Código penal*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.



. *Idem, Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996,  
con BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C. y  
GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.

- ZARRELLI, A., *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, Casa Editrice  
Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1969.