

# La ejecución forzosa de la obligación de hacer infungible

JULIO MANRIQUE DE LARA MORALES

Doctor en Derecho

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: 1. Introducción.—2. La prestación de hacer infungible. 2.1 La noción de la infungibilidad de la prestación de hacer. 2.2 La infungibilidad del comportamiento del deudor en la obligación de hacer.—3. La ejecución forzosa de las obligaciones de hacer infungibles. 3.1 Consideraciones generales. 3.2 La doctrina del Tribunal Supremo.—4. La ejecución forzosa de la prestación del hacer en el *Codice civile* italiano.—5. La ejecución específica de la prestación de hacer infungible en el derecho anglosajón.—6. El sistema germánico de ejecución forzosa de la obligación de hacer infungible.—7. La *Astreinte* como medio procesal de ejecución indirecta de la obligación de hacer. 7.1 Concepto, naturaleza y fundamento. 7.2 Aplicación de la *Astreinte* a la obligación de hacer. 7.3 Procedimiento.

## 1. INTRODUCCIÓN

Es en el ámbito de la prestación de hacer infungible donde el viejo axioma «*nemo ad factum praecise cogi potest*» ha desplegado toda su eficacia y fuerza vinculante <sup>1</sup>.

El principio de la incoercibilidad del *facere*, cuya efectividad se plasma en el adagio anteriormente señalado, excluye la posibilidad de ejecución *in natura* de la prestación de hacer infungible y, dada su especial naturaleza que impide que sean ejecutadas por un tercero, en el supuesto de que sean incumplidas por el deudor, el acreedor únicamente podrá obtener una prestación pecuniaria a cambio <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid. VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995, p. 281.

<sup>2</sup> Vid. CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, s.f., p. 94.

En este sentido, la ausencia de dispositivos de ejecución indirecta, aplicables ante la infracción/inejecución en este tipo de obligaciones, tiene como consecuencia la plena vigencia de la conexión entre la infungibilidad del *facere* y la incoercibilidad de la conducta o de la actividad que constituye su objeto<sup>3</sup>.

Por otro lado, se ha señalado que esta división de las obligaciones de hacer determinará lo que el acreedor pueda obtener, a pesar de la voluntad del propio deudor. Si el hacer es fungible, el acreedor logrará la satisfacción de su interés, en forma específica, en tanto que conseguirá la misma prestación debida, ya que ésta podrá ser ejecutada por un tercero<sup>4</sup>. Si el *facere* es infungible, el incumplimiento del deudor se despacha en la indemnización de daños y perjuicios por la inejecución de la prestación<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Vid. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, p. 101.

<sup>4</sup> Vid. VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 277, nota 24; MORENO QUESADA, «Problemática de las obligaciones de hacer», *Revista de Derecho Privado*, 1976, p. 499; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil 2.º*, Barcelona, 1994, p. 80; por su parte CARBONNIER se refiere a las obligaciones de hacer fungibles como aquellas que están desprovistas de carácter personal, a las cuales no se aplican las reglas del artículo 1142 del *Code* (toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en indemnización de daños y perjuicios, en caso de incumplimiento del deudor), en estos supuestos el acreedor podrá pedir autorización al Tribunal para cumplir él mismo la obligación, a costa del deudor. Éste no podrá actuar de oficio, salvo urgencia justificada, sino que necesita la autorización del Tribunal. Excepcionalmente, el deudor de una prestación de hacer susceptible de ser ejecutada en cierto espacio de tiempo, puede ser condenado a cumplir directamente y conminado *manu militari* si fuera preciso. Vid. *Droit civil, T. 4, Les obligations*, París, 1956, pp. 663 ss.

<sup>5</sup> Vid. VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 277; MAZZAMUTO, *op. cit.*, en nota 3, pp. 11 y 12; RESCIGNO, «Esecuzione forzatta ed esecuzione specifica. Obligazioni. Diritto privato», *Enciclopedia del Diritto, T. XXIX*, Milano, 1979, p. 211; MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 499; en contra, RAMOS MÉNDEZ indica que el incumplimiento por el deudor de una prestación infungible no origina, sin otra consideración, la indemnización de daños y perjuicios, salvo que el acreedor-ejecutante opte por ésta de forma expresa. Lo contrario equivaldría a recortar la eficacia de la ejecución civil y desaprovechar las oportunidades que concede el ordenamiento jurídico, entendido como un todo armónico. La eficacia de la ejecución, continúa este autor, exige buscar medios de coerción que de alguna manera dobleguen la voluntad del deudor. La fuerza de estos medios de coacción se asentaría en el hecho de que fuera más beneficioso para el deudor ejecutar la prestación debida que atenerse a las consecuencias de su incumplimiento. Entre otros medios, resultará especialmente provechosa la tutela penal de la ejecución, a través del delito de desobediencia grave a la autoridad judicial. Cfr. *Derecho procesal civil II*, Barcelona, 1986, pp. 1032 ss.; MONTERO AROCA se pronuncia en términos similares y apunta que no puede ser la voluntad del deudor la que determine, en las obligaciones infungibles, la forma de ejecución. En determinados casos la Ley permite la ejecución directa (lanzamiento por desahucio), y en otros la sustitución de la conducta por dinero carecería de sentido (lo cual sucede, de forma especial, en el derecho de familia). En estos últimos casos, a juicio del autor, hay que acudir a la coacción directa y al proceso penal. Vid. *op. cit.*, en nota 4, p. 82; por otro lado, en el ordenamiento francés, CARBONNIER indica que únicamente las obligaciones asistidas de carácter personal se sujetan a la regla del artículo 1142 del *Code*. Dichas obligaciones tienen carácter personal si la actividad objeto de las mismas ha de poner en juego «cualidades irreductiblemente individuales del deudor». También deben considerarse como personal aquellas obligaciones que supongan acciones o abstenciones prolongadas en el tiempo, como la prestación del trabajador. Para este autor, el artista que se compromete a ejecutar un retrato no puede ser condenado a terminarlo, sino a indemnizar los daños y perjuicios en

Sin embargo, se han matizado las conclusiones expuestas para el incumplimiento de las prestaciones de hacer infungibles, en el sentido de que el acreedor podría optar, aun tratándose de comportamientos personalísimos, por la ejecución por parte de un tercero a costa del deudor y con la posibilidad de reivindicar, con posterioridad, ser indemnizado por la diferencia de calidad entre la prestación incumplida y la efectivamente ejecutada<sup>6</sup>. Esta opinión parece tener su respaldo en el propio interés del acreedor, que se erige, de esta forma, en el criterio rector de la calificación de las prestaciones de hacer como fungibles o infungibles<sup>7</sup>.

En este sentido, se considera que la solución de determinar en primer lugar que, en cuanto sea posible, el acreedor obtenga la prestación debida, es la más ecuánime y conforme al concepto de obligación en tanto que con la misma lo que se pretende es el logro de la prestación y no la indemnización<sup>8</sup>.

De todo ello, parece desprenderse que, desde el punto de vista del acreedor, la distinción entre un hacer fungible o infungible tiene una trascendencia primordial, pues determinará, en su caso, y en el

---

tanto que el deudor no puede, en este caso, ser obligado por la fuerza. *Vid. op. cit.*, en nota 4, p. 663; en el mismo sentido, *vid. COLIN y CAPITANT, Curso elemental de Derecho civil, Tomo 3, Teoría general de las obligaciones*, Madrid, 1960, pp. 38 ss.; para RIPERT y BOULANGER en caso de obligaciones infungibles, el cumplimiento forzado es imposible. La razón de ello se encuentra en que el cumplimiento que se obtiene mediante la fuerza sería en todos los casos defectuoso y, asimismo, exigiría la utilización de medios violentos, que serían contrarios a la libertad individual. Es inútil intentar un apremio contra la persona del deudor, cuando es fácil conseguir una satisfacción equivalente mediante dinero, «por eso se dice que toda obligación de hacer se resuelve en daños y perjuicios en caso de incumplimiento. La expresión no es excelente, porque parece dispensar por adelantado al deudor del cumplimiento y no asignar como objeto de la obligación, sino el pago de daños y perjuicios». *Cfr. Tratado de Derecho civil, según el Tratado de Planiol, Tomo IV, Las obligaciones, Vol. I*, Buenos Aires, 1956, pp. 422 y 423.

<sup>6</sup> En apoyo de esta solución, *vid. MONTERO AROCA, op. cit.*, en nota 4, p. 83; *vid. también RAMOS MÉNDEZ, op. cit.*, en nota 5, p. 1032.

<sup>7</sup> MORENO QUESADA opina que si el acreedor tiene interés en que el deudor sea el que ejecute la prestación, no es posible separar el cumplimiento de la obligación de este interés y, por ello, la realización por parte del obligado sería, en este supuesto, el único medio posible de satisfacción del interés creditorio, por lo que el cumplimiento por un tercero quedaría, de este modo, descartado. La satisfacción del acreedor es un asunto que únicamente a él cabe juzgar y, en este sentido, existe la posibilidad de que el acreedor pueda renunciar al cumplimiento del deudor y solicitar la intervención de persona distinta. Esta renuncia no supondría perjuicio alguno para él, pues «si el resarcimiento de daños lo que persigue es situar el patrimonio del acreedor en la posición que tendría de haberse cumplido correctamente la obligación, el mínimo de su cuantía será el necesario para lograr que se satisfaga el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento, lo que se logrará de la forma más aproximada, y satisfactoria si es que así lo estima el acreedor, con la realización del tercero». Por último, este civilista señala, en favor de esta opción, lo que denomina un argumento de naturaleza lógica, puesto que al negar al acreedor esta alternativa, se la concedería, en los mismos términos, al deudor que, al insistir en su incumplimiento, habría elegido e impuesto por ello al acreedor, de forma unilateral y libre, la indemnización. *Cfr. op. cit.*, en nota 4, p. 278.

<sup>8</sup> *Cfr. MORENO QUESADA, op. cit.*, en nota 4, p. 500.

supuesto de incumplimiento, si recibe la prestación en forma específica<sup>9</sup>, o convertida en dinero<sup>10</sup>.

Desde el punto de vista del deudor, el incumplimiento de la obligación de hacer convierte la prestación original en pecuniaria<sup>11</sup>. De un lado, por medio de la indemnización de daños y perjuicios en supuestos de prestaciones infungibles<sup>12</sup>. Y, de otro, al tener que sufragar la ejecución de la prestación por el tercero en hipótesis de obligaciones fungibles.

Ante esta situación, la prueba de la (in)fungibilidad adquiere una relevancia fundamental, pues, en este sentido, fija los criterios para definir la ejecución específica o por equivalente en el supuesto de incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Se sostiene, en esta dirección, que la regla general, que se deduce a partir del artículo 1161 del Código civil, es la fungibilidad de la prestación y la no presunción de infungibilidad de la misma<sup>13</sup>.

No obstante, se estima que la indicación de las pautas para aclarar cuando una prestación deba ser considerada como fungible o

<sup>9</sup> Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, en nota 5, p. 1037.

<sup>10</sup> En esta línea, VATTIER FUENZALIDA apunta que el artículo 1098 del Código civil otorga al acreedor, en caso de incumplimiento, tres posibles opciones. Según el apartado primero de la norma señalada, puede elegir que lo hecho por el deudor se deshaga a su costa, y que en base al artículo 1101 se le indemnicen los daños y perjuicios cuando la prestación sea infungible, y en los términos señalados por el artículo 1161. Para este jurista, esta normativa está influida por el axioma «*nemo ad factum praecise cogi potest*», que excluye la posibilidad de utilizar la coerción física sobre un sujeto para que se cumpla la obligación de hacer en sus propios términos. Sin embargo, para este autor, este precepto se aplica con exclusividad en las hipótesis de obligaciones infungibles o personalísimas y, asimismo, opina que cuando se trate de prestaciones fungibles el acreedor no debe contentarse con el equivalente pecuniario de lo debido. *Vid.* «Obligaciones positivas», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo XVIII*, Barcelona, 1986, p. 214; *vid.* también PINTÓ RUIZ, «Incumplimiento de las obligaciones civiles», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo XII*, Barcelona, 1965, p. 193.

<sup>11</sup> Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, en nota 5, p. 1037.

<sup>12</sup> *Vid.*, en este sentido, GARCÍA CANTERO que, al comentar la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1974, señala: «Si bien es cierto que los valores inmateriales, como la vida humana cuando se pierde, la producción literaria, la creación científica o artística, tiene un valor teóricamente incalculable, no lo es menos que en razón a las ineludibles interrelaciones humanas, tienen que ser evaluadas en ocasiones, y así la Ley y los Tribunales se ven forzados, o a concretar cifras de los invalorable, o a acatar aquéllas en que se cifró, por mutuo acuerdo, la valoración anticipada [...] El cumplimiento de una obligación de hacer se da en todo contrato de ejecución de obra o de prestación de servicio, y no repugna en el presente caso, ya que en el supuesto de incumplimiento voluntario de la entrega de las pinturas convenidas, solamente podría la otra parte ejercitar las acciones de resolución del contrato o de cumplimiento subsidiario mediante la indemnización de daños y perjuicios». Cfr. «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1974», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, diciembre, 1975, pp. 631 y 632.

<sup>13</sup> VERDERA SERVER, a este respecto, indica que este planteamiento en favor de la fungibilidad influye en el incremento del cumplimiento de la prestación por medio de terceras personas distintas del deudor. *Vid. op. cit.*, en nota 1, p. 279; *vid.* igualmente DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 245.

infungible, no debe determinarse en función del criterio del propio deudor. Si éste declara la infungibilidad del comportamiento debido, a él le corresponderá la prueba de tal condición <sup>14</sup>.

Tampoco debe juzgarse adecuado que sea el acreedor el que establezca los criterios para la determinación de este carácter de la obligación <sup>15</sup>.

Por todo ello, se ha considerado que debe ser el juez el que adopte la decisión oportuna acerca de este extremo, quien, además, deberá tener en cuenta la propia opinión del acreedor, debido a que es su interés el que se supedita al procedimiento de ejecución <sup>16</sup>.

## 2. LA PRESTACIÓN DE HACER INFUNGIBLE

### 2.1 La noción de la infungibilidad de la prestación de hacer

Con carácter general, con el concepto de (in)fungibilidad de la prestación se está haciendo referencia a la posibilidad de subrogar, con igual efecto satisfactorio para el acreedor, la actividad del deudor en el cumplimiento de la obligación por la de un tercero y a su costa <sup>17</sup>.

Si la prestación es infungible no procede la sustitución del deudor en el cumplimiento de la obligación y ante una inejecución de la misma por su parte, únicamente sería posible la indemnización de daños y perjuicios <sup>18</sup>.

En un primer acercamiento al concepto de infungibilidad, algún autor ha puesto de manifiesto que no existen criterios objetivos para individualizar su noción, pues fungible o infungible sería aquella prestación que el acreedor, en el supuesto concreto, considerara como tal según sus propios intereses <sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. MONTERO AROCA, *op. cit.*, en nota 4, p. 82.

<sup>15</sup> VERDERA SERVER indica, en esta dirección, que tampoco cree conveniente que estos principios se cedan al acreedor, porque así puede evitarse que el mismo se prevalga de su posición o se arrepienta del vínculo obligatorio, con daño para el deudor. *Vid. op. cit.*, en nota 1, p. 279; *vid. también* MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 472.

<sup>16</sup> *Vid.* VERDERA SERVER que, en este sentido, indica lo siguiente: «si bien hay que tener en cuenta que, dado que es el interés específico del acreedor el que encuentra plasmación a través de esta ejecución, deberá dársele audiencia (como también al deudor), teniendo en cuenta sus indicaciones». *Cfr. op. cit.*, en nota 1, p. 279.

<sup>17</sup> *Vid.* BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966, p. 127; FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Camerino, 1983, p. 63; ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, Napoli, 1969, p. 99; MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 470.

<sup>18</sup> *Vid.* VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 277; RESCIGNO, *op. cit.*, en nota 5, p. 211; MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 499.

<sup>19</sup> *Vid.* ANDRIOLI, «Comentario al artículo 612 del Codice di Procedura Civile», *Comento al Codice di Procedura Civile, Vol. III*, Napoli, 1957, p. 325; GALASSO, «Errore sulla persona, personalità della prestazione e intuitus personae», *Rivista Trimestrale di Diritto e*

Y es que en la práctica ocurre que muchas personas estiman valiosa la obra de un modesto artesano u operario, mientras que otros consideran como «sustituible» a sujetos que deben ejecutar obras de la máxima dificultad o de suma tenacidad e importancia <sup>20</sup>.

Las anteriores observaciones tienen como consecuencia la consideración de que la propia noción de la infungibilidad no se constituiría en una circunstancia predeterminada de la propia obligación, de modo que pudiera, en cierto sentido, limitar la misma aplicabilidad de la ejecución *in natura* de la prestación, ya que la posibilidad que tiene el acreedor de elegir, ante un incumplimiento deudor, entre actividad subrogatoria del tercero y, en su lugar, resarcimiento del daño, colocaría inmediatamente a la obligación en una suerte de fungibilidad, a pesar de que, aparentemente, la misma pudiera ser calificada, de modo objetivo, como infungible <sup>21</sup>.

Asimismo, se ha señalado que, una vez admitida la intervención del tercero y ejecutada por éste la prestación, podría el acreedor reclamar una indemnización complementaria por la diferencia resultante entre el cumplimiento por subrogación y aquel inicialmente convenido con el deudor incumplidor <sup>22</sup>.

Se ha observado que la anterior doctrina, que puede parecer sugerente por su aparente sencillez, no debe ser admitida, básicamente por dos concretas razones. De una parte, porque atribuir al acreedor la potestad exclusiva para decidir, *a posteriori*, sobre la posible fungibilidad o infungibilidad de la prestación, sería lo mismo que admitir la exclusión de la fungibilidad de las obligaciones de hacer, en tanto que tal concepto implica la posibilidad de sustitución del deudor y significa, además, que la propia naturaleza de la prestación forzaría el señalado cambio, aun en contra de la voluntad del acreedor. Y, en segundo lugar, se le ha criticado el hecho de que con estos argumentos se altera el estado del problema

---

*Procedura Civile*, 1973, p. 1368; ALLARA, *Delle Obligazioni*, Torino, 1939, pp. 105-106; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, en nota 5, p. 1032; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 276.

<sup>20</sup> Cfr. ZARRELLI, *op. cit.*, en nota 17, p. 102.

<sup>21</sup> En el supuesto de que, *v. gr.*, haya sido encargado a un artista, de reconocido prestigio, la elaboración de un retrato y éste no cumpla la obligación a su cargo, lo más probable es que el acreedor no escoja, para la satisfacción de su interés lesionado, otro medio de tutela que el resarcimiento del daño. No obstante, siempre es posible que el acreedor admita la ejecución de la prestación por otro artista, capaz, asimismo, de satisfacer su propio interés en el cumplimiento de la prestación. En este último caso, nada le impediría elegir la vía de la ejecución específica y valerse del mecanismo de la subrogación propio de las obligaciones fungibles y conseguir, de este modo, la ejecución de la prestación debida y la satisfacción de su interés en el cumplimiento de la misma. Cfr. BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, p. 128; *vid. asimismo*, MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 472.

<sup>22</sup> Indemnización que chocaría con los criterios restrictivos de nuestra jurisprudencia. Cfr. VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 278; *vid. también* BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, p. 128.

mismo, pues, en cada caso, se delimita la naturaleza de la prestación, fungible o infungible, por sus efectos, posibilidad o no de sustituir al deudor en el cumplimiento. Lo adecuado sería que, en esta última hipótesis, los efectos, sustituibilidad, se manifestaran de forma independiente de la específica voluntad de las partes y conforme a la propia naturaleza de la prestación <sup>23</sup>.

Por otro lado, se estima que la obligación de hacer es infungible cuando el interés del acreedor no puede ser, de otro modo, satisfecho sino con la realización de aquella conducta a la que el deudor está obligado.

Conforme a la precedente orientación, el concepto de infungibilidad puede, igualmente, presentar un doble significado. En un primer aspecto, el alcance de tal concepto se pone en íntima conexión con la específica libertad del deudor, en el sentido de que la imposibilidad para el acreedor de alcanzar el resultado debido depende del hecho objetivo de que solamente el comportamiento del sujeto obligado sería capaz de satisfacer su propio interés. Se trata, en este caso, de comportamientos personales, altamente cualificados por las singulares aptitudes del deudor y, en relación a las cuales, sería inútil encontrar una equivalencia entre comportamientos de sujetos distintos. Por ello, únicamente podría alcanzarse la satisfacción específica del interés creditorio sacrificando la libertad del deudor, a través de la coerción a éste para ejecutar el comportamiento debido <sup>24</sup>.

En segundo lugar, el alcance de la noción de infungibilidad estaría determinada en función del bien al que la actividad debida por el deudor tiende y sobre el que recae el poder del propio obligado. En este supuesto, aunque el interés del acreedor en el cumplimiento pudiera alcanzarse a través del comportamiento de otros sujetos, en su satisfacción se interponen los singulares poderes del deudor, los cuales no pueden ser eliminados con la única fuerza del derecho sustancial del acreedor <sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Cfr. MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 472.

<sup>24</sup> El ejemplo de escuela es el del ya señalado famoso pintor encargado de la realización de un cuadro. La satisfacción del interés del acreedor es alcanzable solamente por aquel deudor. Frente al incumplimiento de aquél, al acreedor le queda únicamente la acción de resarcimiento del daño. Cfr. FERRONI, *op. cit.*, en nota 17, p. 174.

<sup>25</sup> En el caso de que, *v. gr.*, un sujeto esté obligado a derribar un árbol de gran altura que se encuentra en un terreno de su propiedad, al objeto de facilitar a su vecino mejores vistas. Si el obligado no cumple, no puede sencillamente afirmarse que su actividad no pueda ser subrogada por la de un tercero y, por ello, considerarla infungible, pues cabría que tal árbol fuera abatido por un tercero o por el propio acreedor. No obstante, en la realización de tal actividad interfieren obstáculos posesorios del deudor, así que el acreedor, en virtud de sus solos poderes sustanciales, se ve incapaz para vencer la resistencia del deudor. Vid. BORRE, *op. cit.*, en nota 17, pp. 129 ss.; FERRONI, *op. cit.*, en nota 17, p. 175.

Conforme a la primera de las dos anteriores orientaciones, únicamente cabría, a los fines de obtener el resultado debido, una ejecución indirecta de la obligación, pues sería contradictoria con la propia conciencia social y con la lógica misma la idea de un constreñimiento material y directo del obligado para conseguir la ejecución de la concreta actividad debida <sup>26</sup>.

En esta línea, se afirma, por tanto, que un determinado comportamiento infungible no puede ser obtenido por medio del hecho de un tercero, toda vez que, en este caso, el principio de la inviolabilidad de la persona humana prohíbe el recurso a medidas de coacción directa sobre la persona del deudor <sup>27</sup>.

Igualmente, acudir a la coacción directa no garantizaría la consecución del resultado útil para el acreedor, desde el momento en que la creatividad del hombre no puede ser, por una sin duda obvia imposibilidad natural, en modo alguno, mecánicamente constreñida, pues «*nemo ad factum praecise cogi potest*» <sup>28</sup>.

Con arreglo a la segunda de las precitadas directrices, se ha observado por la doctrina italiana que la infungibilidad de la prestación de hacer podría ser superada con la ayuda de las técnicas de ejecución forzosa en forma específica, en tanto que ésta implica la eliminación de aquellos poderes del obligado mediante la aplicación de tal procedimiento <sup>29</sup>.

Del mismo modo, se estima que la tipología del *facere* infungible comprende las hipótesis de relevancia de la persona, individualizada a través del recurso a la categoría de las denominadas relaciones *intuitus personae*. Y, además, los supuestos de obligaciones en las que su cumplimiento depende necesariamente de la voluntad del obligado, no ya por una peculiar relevancia del «*intuitus personae vel qualitatis personae*» sino por una especie de intangibilidad cualquiera de la esfera de poder y de la autonomía del sujeto privado <sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Vid. MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, p. 64.

<sup>27</sup> Vid. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, p. 118, que, del mismo modo, se refiere al principio general «propio de nuestro ordenamiento —como de todos aquellos países civilizados— que impide esclavizar a una persona humana o situarlo en una condición análoga o, de cualquier modo, en un estado de total sujeción al poder ajeno».

<sup>28</sup> Cfr. SATTA, que, en este sentido, ha señalado que: «La máxima *nemo facere cogi nequit* existe antes en la naturaleza que en el Derecho». Cfr. *Commentario al Codice di Procedura Civile I-III, Processo di esecuzione*, Milano, 1966, p. 15.

<sup>29</sup> Vid., en este sentido, FERRONI, que, asimismo, indica lo siguiente: «Contrariamente, por ello, a cuanto se ha acostumbrado a sostener, la ejecución forzosa en forma específica es utilizable no cuando la obligación es fungible (cuando, esto es, el acreedor, frente al incumplimiento, puede procurarse la misma utilidad ejercitando sus poderes de autonomía sustancial), sino, por el contrario, cuando es infungible en el sentido de la segunda de las dos hipótesis ahora individualizadas». Cfr. *op. cit.*, en nota 17, p. 176; igualmente, vid. BORRÉ, *op. cit.*, en nota 17, p. 130.

<sup>30</sup> Para MAZZAMUTO estas hipótesis engloban conceptos tales como el de «autonomía privada» y «libertad de iniciativa económica». Vid. *op. cit.*, en nota 3, p. 12.



En este sentido, el *intuitus personae* puede ser entendido como la consideración de la identidad o de la cualidad de la persona que, en relación a la voluntad de las partes, haya sido, en el caso concreto, la determinante del consentimiento contractual. Lo cual supone que tal apreciación, identidad o cualidades de uno de los sujetos contratantes, haya inducido, de modo cierto e inequívoco, a la otra parte a la estipulación del concreto negocio <sup>31</sup>.

En lo tocante a la identidad de la persona, se considera que la autonomía privada aparece, en este plano, prácticamente sin límites. La elección de la otra parte contratante es, con carácter general, libre. Bastará, por tanto, en el caso concreto, la subsistencia de un interés en uno de los sujetos en elegir como contratante a una determinada persona o, más concretamente, como destinatario de los efectos del acto o negocio jurídico en cuestión. Todo ello con independencia de la relevancia objetiva, deducible del contenido típico de la relación, de las cualidades personales del sujeto, cuya valoración queda asimilada al proceso psicológico que, caso por caso, induce al autor del negocio a la designación del otro sujeto contratante <sup>32</sup>.

Respecto a las cualidades personales, ocurre frecuentemente que éstas quedan incluidas en la elección que hace uno de los contratantes en consideración del otro y que, en su caso, fueron motivo determinante de la manifestación del consentimiento.

Sin embargo, puede ocurrir que un sujeto tenga interés en realizar un determinado contrato con cualquier persona, con tal de que reúna o esté dotada de unas concretas cualidades personales. Cualidades, aptitudes o atributos personales capaces de influir sobre las facultades volitivas de las partes contratantes. En este caso, es necesario que tales facultades se reflejen sobre la relación jurídica que se constituye, es decir, que sean tales que hayan incidido sobre el programa de prestación predispuesto por las partes, lo cual se verificará mediante una indagación del contenido concreto del específico negocio en cuestión.

Por lo tanto, estas específicas cualidades, determinantes del consentimiento de la otra parte en la obligación, han de especificarse únicamente en relación al contenido típico del propio negocio jurídico, teniéndose también en cuenta, a los efectos de la consideración de cualidades esenciales, otras singulares particularidades que acompañan, del mismo modo, a la estipulación, tales como, *v. gr.*, los usos de los negocios o circunstancias similares <sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Cfr. GALASSO, *op. cit.*, en nota 19, p. 1344.

<sup>32</sup> Cfr. GALASSO, *op. cit.*, en nota 19, p. 1345.

<sup>33</sup> Vid. GALASSO que, asimismo, señala: «Honestidad, corrección, lealtad, solvencia y similares atributos genéricos no son invocables como cualidades determinantes del consenti-

En definitiva, con el *intuitus personae*, se está haciendo referencia al hecho de que determinadas situaciones subjetivas, activas o pasivas, se presentan rigurosamente vinculadas a la persona del titular, como consecuencia de la trascendencia que en éstas asumen, en sentido amplio, las cualidades personales del sujeto <sup>34</sup>.

En el ámbito de las obligaciones y como consecuencia de lo anterior, podría concluirse que con el *intuitus personae* se quiere hacer alusión al interés que tiene una persona, acreedor de una determinada prestación, de que sea cumplida por el sujeto a ella vinculado y no por otro <sup>35</sup>.

Por otro lado, se ha advertido que, en la propia estructura de la obligación, el resultado útil para el acreedor ha de resultar ligado a un comportamiento del deudor por una relación instrumental, es, en este sentido, inexcusable que el bien debido sea una consecuencia, o un efecto, de la actividad solutoria y que su realización se halle, por ello, causalmente referida a esta última. En otras ocasiones, el resultado útil para el acreedor, a cuya consecución se encuentra determinada la relación obligatoria, consiste en el desarrollo, por parte del deudor, de una cierta conducta, de tal modo que el interés creditorio se satisface mediante la misma actividad del *solvens*, en este caso, existe una relación de coincidencia entre la actividad del deudor y el resultado que representa la finalidad de la relación obligatoria. Cuando, en este sentido, no medie entre el comportamiento debido y el resultado útil para el acreedor una relación de coincidencia, debe existir entre ambos una relación de causalidad <sup>36</sup>.

Esta relación, entre actividad del deudor y resultado útil al cual la prestación tiende, puede o no exteriorizarse como nexo de causalidad necesaria <sup>37</sup>. En el primer caso estaríamos en presencia de

---

miento si se agotan en el ámbito de una valoración errada de la persona de un contratante, quedando fuera del contrato como elementos normales de formación del proceso cognoscitivo y volitivo que conduce a la estipulación del acuerdo». Cfr. *op. cit.*, en nota 19, pp. 1347-1348.

<sup>34</sup> Se vislumbra, de este modo, la aproximación, a través del recurso al *intuitus personae*, entre los denominados derechos «inherentes a la persona», como, v. gr., las servidumbres personales de uso y habitación, y las prestaciones infungibles, como, por ejemplo, la prestación de servicios médicos o de obra intelectual, y se explica porque la inherencia a la persona de un derecho o de una concreta obligación se encuentra en la base del principio de intransmisibilidad de una serie de relaciones jurídicas, a las que se les ha atribuido la calificación de relaciones *intuitus personae*. Vid. FERRARA SANTAMARÍA, «Il rapporto di "inerenza" dei diritti alla persona», *Rivista di Diritto Civile*, 1937, pp. 338 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto civile*, Napoli, 1971, p. 91.

<sup>35</sup> Vid. ZARRELLI, *op. cit.*, en nota 17, p. 105.

<sup>36</sup> Vid. SCHLESINGER, «Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1959, pp. 1280 ss.

<sup>37</sup> Se ha señalado, asimismo, que entre la conducta del deudor y el resultado útil para el acreedor puede, además, existir o no un vínculo de causalidad suficiente, según que el comportamiento solutorio constituya el único antecedente para la consecución de tal resultado útil para el acreedor o bien se integre en una serie causal más compleja. Cfr. SCHLESINGER, *op. cit.*, en nota 36, p. 1282.

prestaciones infungibles, mientras que en el segundo, ante prestaciones fungibles, de tal modo que, en este último caso, el comportamiento del sujeto obligado se inserta solamente en una de las hipótesis que constituyen la serie causal que conduce a la consecución del bien debido para el acreedor.

Siguiendo esta orientación, se considera que las prestaciones infungibles son aquéllas en las que el resultado útil para el acreedor solamente puede ser obtenido a través del desarrollo de la actividad del deudor<sup>38</sup>.

Por parte de nuestra doctrina, se ha señalado que es el artículo 1161 del Código civil el que especifica el criterio que delimita la infungibilidad de la prestación de hacer<sup>39</sup>.

Se exige que, en estos supuestos, la estimación de la persona del deudor sea la que haya determinado, en el caso concreto, la manifestación del consentimiento por haberse tenido en cuenta, al constituir la obligación, tanto la calidad como las singulares circunstancias de la persona del deudor<sup>40</sup>.

Lo anterior supone que la consideración de la identidad o de las cualidades del sujeto obligado se constituyan en el fundamento de la instauración del vínculo jurídico obligatorio, de tal manera que la atención a estas particulares circunstancias haya favorecido, incontrovertiblemente, la adopción del concreto acuerdo negocial<sup>41</sup>.

En este sentido, para la apreciación de una determinada prestación como infungible, no basta con atender a la naturaleza de la actividad que, en cada caso, deba desarrollar el deudor<sup>42</sup>, ni tampo-

---

<sup>38</sup> Para SCHLESINGER el concepto de infungibilidad de la prestación aparece como equívoco, pues oscila entre dos significados: «el primero, técnicamente más correcto, comprende la única hipótesis en la cual el resultado debido viene individualizado en necesaria correlación con el comportamiento del deudor (el concierto del famoso pianista, el cuadro del conocido pintor, etc.); el segundo, más amplio y difuso, comprende todos los casos en los cuales, si bien el resultado debido no viene individualizado a través de una referencia al comportamiento personal del obligado (de tal modo que sujetos distintos del deudor serían capaces de realizarlo), la obligación es *intuitus personae* (la prestación del arrendatario, del transportista, etcétera). Se podría decir que en el primer caso existe una infungibilidad de carácter objetivo, derivada de la naturaleza del resultado debido; en el segundo, por el contrario, una infungibilidad de carácter subjetivo, derivada de la confianza puesta por el acreedor en la idoneidad de los instrumentos del deudor para realizar el resultado (de por sí realizable también por otro)». Cfr. *op. cit.*, en nota 36, p. 1282, nota 18.

<sup>39</sup> Vid. MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, pp. 475 ss.; PINTÓ RUIZ, *op. cit.*, en nota 10, p. 193; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 275; Díez-PICAZO, *op. cit.*, en nota 13, p. 245; LASARTE, *Principios de Derecho civil, Tomo II*, Madrid, 1996, p. 76.

<sup>40</sup> Vid. BERCOVITZ, «Comentario al artículo 1161 del Código civil», *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 181; Díez-PICAZO, *op. cit.*, en nota 13, p. 245; LASARTE, *op. cit.*, en nota 39, p. 76; MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 473; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, pp. 274 ss.

<sup>41</sup> Vid. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, p. 247; BERCOVITZ, *op. cit.*, en nota 40, p. 181.

<sup>42</sup> Para MANRESA: «El carácter de la prestación en cada caso determinará si son o no indiferentes en ella las cualidades del que la ejecute, pudiendo decirse en general que será

co a la presencia objetiva de unas peculiares cualidades en la persona que ha de ejecutar la prestación, pues éstas no gozan de una especial trascendencia al margen de la específica obligación en la que se incluyen. Únicamente su importancia quedará patentizada si en el supuesto concreto fueron tenidas en cuenta en el momento de la constitución de la específica relación obligatoria <sup>43</sup>.

Esto supone que no existen relaciones jurídicas que, con carácter previo, puedan ser consideradas como fungibles o infungibles, pues se estima que las facultades o aptitudes características de la persona del deudor han de estar vinculadas a una concreta obligación, para lo que habrá que indagar si las mismas pueden ser consideradas como la causa determinante de la declaración de voluntad del otro contratante en la particular obligación. En esta línea, se ha señalado que cabe que sea la voluntad de las partes la que conforme las precisas pautas acerca de la (in)fungibilidad en cada caso concreto <sup>44</sup>.

Por último, se ha observado que en las obligaciones de hacer infungibles, la imposibilidad que afecta a la persona del obligado, es decir, aquella que le atañe exclusivamente, se convierte en absoluta, pues, al no existir posibilidad de que un tercero le sustituya en el cumplimiento, la ejecución de la prestación se transforma, objetiva y definitivamente, en irrealizable para cualquiera <sup>45</sup>. En estos

---

lo más frecuente la negativa». Cfr. «Comentario al artículo 1161 del Código civil», *Comentarios al Código civil español, Tomo VII, Volumen I*, Madrid, 1950, p. 522.

<sup>43</sup> Vid. ZARRELLI, *op. cit.*, en nota 17, p. 102; GALASSO, *op. cit.*, en nota 19, pp. 1348-1349; MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 473.

<sup>44</sup> Vid. GALASSO, *op. cit.*, en nota 19, pp. 1344 ss.; MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 473; VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, en nota 10, p. 211; *vid.* también DÍEZ-PICAZO que sostiene que, para determinar si una prestación es fungible o infungible, además de investigar la declaración de voluntad de las partes en la concreta obligación, habrá que analizar la naturaleza del negocio o las circunstancias que hayan rodeado al mismo y el criterio que razonablemente se pueda sustentar, desde un punto de vista objetivo, en relación con los negocios o asuntos del mismo tipo. *Vid. op. cit.*, en nota 13, p. 245.

<sup>45</sup> Vid. BRANCA, *Instituciones de Derecho privado*, México, 1978, pp. 290 y 330; por su parte MOSCO observa cómo en las obligaciones infungibles las hipótesis más claras de imposibilidad son aquellas en las que un obstáculo impide, temporal o definitivamente, al deudor obligado desplegar una actividad técnica o artística, la ejecución de sus facultades físicas o intelectuales necesarias para el desarrollo de aquel comportamiento. El autor propone el ejemplo del pianista que por un infortunio pierde la mano. Por otro lado, señala que para las obligaciones fungibles los supuestos de imposibilidad son menos frecuentes, en cuanto que el deudor puede valerse de un sustituto o de un representante, tanto en los casos en los que falte un componente de confianza en el deudor, como en aquellos otros en los que exista tal elemento y el acreedor tenga interés en la prestación y autorice, por este motivo, el cambio de deudor. Tampoco faltan, para este jurista, supuestos en los que tales obligaciones de hacer devienen imposibles cuando el obstáculo no afecta a la persona del obligado sino a la prestación misma, como, por ejemplo, en el caso de una excursión impedida por eventos meteorológicos adversos, o bien, también cabe que la imposibilidad importe a la cosa sobre la que la prestación de hacer deba desarrollarse. En este sentido indica que la jurisprudencia ha exonerado al transportista de la obligación de entrega y custodia de la mercancía cuando él mismo hubiera sido desposeído de ella de forma violenta (Cass. 10 de marzo de 1949, núm. 488 ined.; Trib. Génova 17 de diciembre de 1949, *in Temi gen.*, 1950, 67), o las mercancías se hubiesen extraviado después de la incautación de los locales de custodia de las mismas

casos, se puede afirmar que desaparece la diferencia entre imposibilidad absoluta y relativa, toda vez que si el deudor no es capaz de cumplir o de hacerlo exactamente, no existirá la ocasión de que otro sujeto pueda hacerlo por él <sup>46</sup>.

## 2.2 La infungibilidad del comportamiento del deudor en la obligación de hacer

En lo que se refiere a la delimitación de la infungibilidad, también se ha observado que en las obligaciones de hacer es posible dirigir la indagación acerca de tales caracteres de la obligación hacia la propia prestación en sí misma considerada, es decir, apreciada como actividad, conducta o comportamiento debido por el sujeto obligado <sup>47</sup>.

El *facere* en la prestación de hacer se encuentra orientado hacia la producción de un resultado útil para el acreedor. La dirección hacia tal resultado útil se efectúa a través de una paulatina delimitación de las actividades, del comportamiento y de los medios necesarios para la obtención del mismo. La determinación de semejante orientación se verifica a través de la elección, entre varios comportamientos alternativos y equivalentes entre sí, de aquel que resulte el más idóneo para la consecución de tal interés <sup>48</sup>.

En determinados supuestos, el acreedor, como titular del derecho de crédito, tiene la posibilidad de especificar los recursos necesarios para conseguir el resultado útil debido. Se hace referencia, en este caso, a las hipótesis de trabajo por cuenta ajena, en las que el acreedor está facultado para la concreta especificación del alcance y del contenido de su propio interés, así como también del resultado de la prestación misma y de los medios técnicos necesarios para conseguirlo. Por lo tanto, el deudor no tendrá la posibilidad de elegir entre varios comportamientos, equivalentes entre sí, a los fines de alcanzar el resultado útil debido, pues tal poder de determinación recae exclusivamente en manos del acreedor <sup>49</sup>.

---

(App. Génova 31 maggio 1951, in *Temi gen.*, 1951, 487), o en el caso de que la Autoridad militar hubiera impuesto el secuestro y posterior bloqueo de las mercancías (Cass. 25 febbraio 1950, núm. 441, in *Giur. compl. cass. civ.* 1950, XXIX, 70). Vid. «Impossibilità sopravvenuta della prestazione», *Enciclopedia del Diritto*, T. XX, Milano, 1970, pp. 429-430.

<sup>46</sup> Vid. VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 277; Díez-PICAZO, *op. cit.*, en nota 13, p. 245.

<sup>47</sup> Vid. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo I, in *Trattato di Diritto civile e commerciale diretto dai A. Cicu e F. Messineo*, Vol. XVI, T. I, Milano, 1974, p. 181; FERRONI, *op. cit.*, en nota 17, pp. 139 ss.

<sup>48</sup> Vid., en este sentido, FERRONI *op. cit.*, en nota 17, p. 149.

<sup>49</sup> En las relaciones de trabajo subordinado, se impone, como deber básico del deudor-trabajador, la obligación de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario-acreedor.

Por el contrario, en otras hipótesis, tales como en los contratos de servicios profesionales o de trabajo autónomo, el deudor tiene la opción de elegir entre los varios comportamientos alternativos y equivalentes entre sí e igualmente idóneos para satisfacer el interés creditorio<sup>50</sup>.

El *facere*, en sí mismo considerado, sería infungible cuando el deudor no tuviera la posibilidad de elegir entre aquellos medios, actividades o conductas similares, alternativas y equivalentes entre sí, todas igualmente apropiadas para satisfacer al acreedor en el cumplimiento de la obligación, o bien cuando la determinación de tales comportamientos, incluso desde un punto de vista técnico, competan al acreedor<sup>51</sup>.

Como elemento modulador de los criterios anteriormente expuestos se configura el interés creditorio que puede, de este modo, transformar o modificar esta facultad del deudor o del propio acreedor para elegir los medios o las actividades más adecuadas, con el propósito de conseguir el fin prefijado.

Si este interés es amplio e indiferenciado, permitirá al obligado la adopción de uno entre varios comportamientos similares. En este caso, la selección de los medios técnicos de actuación tendentes a la consecución del resultado pactado corresponderá al deudor. Si, por el contrario, el interés del acreedor es específico, es decir, está orientado hacia la obtención de un bien concreto o hacia un resultado determinado, la elección del deudor se limitará a la ejecución de

---

dor. En este caso, aquél deberá, por ello, ajustarse exactamente a las directrices y prescripciones recibidas. El poder de dirección del empleador es, en este supuesto, causa mediata del correlativo deber de obediencia del trabajador.

<sup>50</sup> En las relaciones de tipo trabajo autónomo, puede señalarse, con carácter general, que si bien es el propio acreedor la persona más idónea para especificar sus singulares intereses y su satisfacción es asunto del que, dentro de los límites de la obligación, corresponde únicamente juzgar a él, éste no posee, ordinariamente, la pericia, el talento, la destreza o las facultades técnicas necesarias para establecer qué medios son los objetivamente más adecuados para el logro del resultado pactado. Desde un punto de vista técnico es evidente que la elección de tales recursos atañe, con exclusividad, al deudor.

<sup>51</sup> En las obligaciones infungibles se señala como ejemplo de comportamiento en el que esta posibilidad de elección se encuentra claramente limitada, el del contrato de transporte de productos perecederos (alimenticios). Estos géneros deberán ser conservados a una cierta temperatura y, por ello, en este contrato, el deudor no tiene la posibilidad de escoger el medio de transporte, entre los muchos de los que pudiera disponer, pues necesariamente habrá de auxiliarse de uno provisto de cámara frigorífica. Del mismo modo, el factor tiempo tiene una importancia esencial, ya que determinados artículos deben ser consumidos en un breve período de tiempo después de su fabricación o envasado; tampoco, en este caso, podrá el transportista seleccionar uno entre varios recorridos alternativos, en tanto que deberá, indispensablemente, tomar el más corto. Aquí, por las particulares características de las cosas a transportar, asume un notable relieve, a los fines del exacto cumplimiento, la actividad de custodia de la mercancía por el transportista que, en este caso, viene determinada por la infungibilidad de la prestación; ésta no subsistiría o no asumiría la misma intensidad, en el supuesto de transporte de cosas no deteriorables. *Vid.* FERRONI, *op. cit.*, en nota 17, pp. 151-152.

aquella conducta que aparezca como la más idónea para satisfacer tal interés y, en este sentido, no podrá reputarse equivalente a otras actividades o comportamientos análogos. De este modo, la realización por parte del obligado de una actuación distinta de aquella que resulte objetivamente la más adecuada para la satisfacción del interés creditorio, tendría como efecto la obtención de un resultado distinto del efectivamente debido, lo que supondría un cumplimiento inexacto o defectuoso de la prestación o un incumplimiento definitivo de la misma <sup>52</sup>.

En las prestaciones de puro hacer, el actuar debido por el deudor consiste en una conducta o comportamiento enteramente desvinculado de cualquier cosa o ente objetivo <sup>53</sup>. En esta hipótesis, el interés del acreedor está orientado hacia la prestación en sí misma considerada y, en su caso, la ejecución de la misma no produce modificación del mundo exterior sino a través de la recepción, por otros sujetos, de la misma actividad debida. En estas obligaciones, por ello, existe una relación de correspondencia entre la actividad del deudor y el resultado en que radica la finalidad de la relación obligatoria <sup>54</sup>.

En este modelo de obligación, la (in)fungibilidad se manifestará, en cada supuesto, según existan o no conductas o comportamientos análogos o similares, dirigidos a la satisfacción de un singular interés, inferido en una específica relación obligatoria.

En conexión con el interés del acreedor, la obligación de puro hacer será, por ello, fungible o infungible, según que éste sea amplio o específico.

Si el interés del acreedor es indiferenciado, el obligado podrá elegir entre varios comportamientos, de forma libre y discrecional y en fase de cumplimiento, todos ellos idóneos para satisfacer tal interés. La obligación, en este supuesto, podrá ser considerada como fungible <sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Cfr. FERRONI, *op. cit.*, en nota 17, pp. 153 y 154.

<sup>53</sup> Vid. MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, pp. 476 ss.

<sup>54</sup> Cfr. SCHLESINGER, *op. cit.*, en nota 36, p. 1280.

<sup>55</sup> La prestación es fungible porque entre los diversos comportamientos cabe descubrir una relación de equivalencia, de tal modo que todos, en igual medida, son aptos e idóneos para la satisfacción del interés del acreedor y, por ello, son intercambiables entre sí, de acuerdo a una elección libre y discrecional del obligado, en fase de cumplimiento de la obligación. El ejemplo propuesto es el del acreedor que tiene un interés genérico en escuchar música. En este caso, el concertista-deudor tiene la posibilidad de elegir libremente las piezas musicales que va a interpretar y, con ello, cumplir la obligación a su cargo. De este modo, podrá liberarse interpretando, indistintamente, piezas musicales de los múltiples autores de reconocido prestigio que formen parte de su repertorio (Beethoven, Mozart, etc.). Cfr. FERRONI, *op. cit.*, en nota 17, pp. 161 ss.

Por el contrario, si el acreedor tiene un interés concreto o específico en una especial prestación o en un preciso resultado, el deudor no tendrá la facultad para elegir, autónoma y libremente, entre varios comportamientos a la hora de ejecutar la prestación a su cargo. Se considera que, en este caso, la prestación habrá de ser considerada infungible por cuanto que el deudor no tiene la posibilidad de escoger entre varias conductas homogéneas y alternativas entre sí, todas ellas aptas para satisfacer el interés del acreedor en el cumplimiento <sup>56</sup>.

### 3. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LAS OBLIGACIONES DE HACER INFUNGIBLES

#### 3.1 Consideraciones generales

Ante la ausencia de ejecución de la prestación de hacer infungible, nuestro legislador contempla, como única consecuencia jurídica, el señalamiento de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor <sup>57</sup>. Esta es la solución que se desprende del párrafo primero del artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento civil <sup>58</sup>, y que también cabe asimilar a la interpretación del artículo 1.098

<sup>56</sup> La prestación es infungible pues no existe para el obligado la oportunidad de elegir, en fase de cumplimiento, entre varios comportamientos equivalentes. En el ejemplo propuesto relativo a la obligación de interpretar una pieza musical, si el acreedor tiene un específico interés en escuchar una concreta obra de un autor, *v. gr.*, Chopin, es claro que el deudor no tendrá la posibilidad de elegir en la ejecución de la prestación. En su caso, si quiere cumplir exactamente la prestación habrá de ejecutar solamente la composición requerida del señalado autor. Cfr. FERRONI que, en este sentido, señala, además lo siguiente: «Puede dejarse al gusto y a la competencia específica del concertista la elección de algunos fragmentos antes que otros en el ámbito de la vasta producción del conocido músico. Pero esto no configura los extremos de la fungibilidad. Representa, antes bien, aquel margen mínimo de autonomía y libertad que debe siempre reconocerse al sujeto obligado en la ejecución de la prestación». Cfr. *op. cit.*, en nota 17, pp. 161 y 162 y nota 322.

<sup>57</sup> Vid. Manresa, «Comentario al artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento civil», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Tomo IV, Madrid, 1955, p. 494; MARTÍN-GRANIZO, «Comentario al artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento civil», *Ley de Enjuiciamiento civil. Doctrina y Jurisprudencia, dirigidos por José Luis Albácar López*, Tomo II, Madrid, 1994, p. 767; FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil III*, Madrid, 1995, p. 331 ss.; MONTERO AROCA, *op. cit.* en nota 4, p. 82; VERDERA SERVER, *op. cit.* en nota 1, p. 295; TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas no pecuniarias. (Ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer)*, Palma de Mallorca, 19894, p. 128; DIEZ-PICAZO, *op. cit.* en nota 13, p. 680; BADOSA, «Comentario al artículo 1098 del Código civil», *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, Tomo II, Madrid 1993, p. 30; ALBALADEJO, *Derecho civil II, Volumen I*, Barcelona 1989, p. 206; MORENO QUESADA, *op. cit.* en nota 4, p. 499.

<sup>58</sup> Artículo 924, párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento civil. «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; y si por ser personalísimo el hecho no pudiera verificarse en esta forma, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios».



del Código civil si lo relacionamos con los artículos 1.161<sup>59</sup> y 1.166 segundo párrafo<sup>60</sup> del Código civil<sup>61</sup>.

En este caso, la satisfacción del interés específico del acreedor en el cumplimiento queda totalmente al arbitrio del deudor, pues si no cumple, nuestro Ordenamiento no prevé medio alguno en virtud del cual se posibilite la obtención del cumplimiento *in natura*. Y, en tanto no se dispone, como en el Ordenamiento francés por la vía de las *Astreintes*, de mecanismos de ejecución indirecta, al tener plena eficacia el viejo adagio latino *nemo ad factum praecise cogi potest*<sup>62</sup>, asume completa efectividad el paralelismo y la reciprocidad entre la infungibilidad de la prestación y su incoercibilidad, lo cual significa que no cabe admitir constricción de clase alguna ante la conducta infungible del deudor<sup>63</sup>.

Se ha señalado, en este sentido, que si el hecho que el deudor se ha comprometido a realizar es personalísimo, lo cual supone que el acreedor no verá satisfecho su crédito mediante la actuación de un tercero, la solución que ofrece nuestro Ordenamiento, ante un posible incumplimiento por parte del obligado, es insuficiente, pues implica que el acreedor ha de conformarse con el equivalente pecuniario<sup>64</sup>.

En este sentido, se ha criticado nuestra regulación normativa en materia de prestaciones infungibles y se ha señalado la falta de interés con la que el legislador ha estructurado la posibilidad de obtener el cumplimiento específico, y la semejante sencillez con que se alcanza la indemnización de daños y perjuicios<sup>65</sup>.

Se opta, en estos supuestos, por el remedio más sencillo y asequible, que, en muchos casos, no satisface enteramente los intereses del acreedor ni la tutela de sus derechos<sup>66</sup>.

<sup>59</sup> Artículo 1161 del Código civil. «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».

<sup>60</sup> Artículo 1166 del Código civil. «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».

<sup>61</sup> Cfr. BADOSA, *op. cit.* en nota 57, p. 30; VERDERA SERVER, *op. cit.* en nota 1, p. 295.

<sup>62</sup> Vid. TAPIA FERNÁNDEZ, *op. cit.* en nota 57, pp. 128-129; MARTÍN PÉREZ, «Comentario al artículo 1098 del Código civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Albaladejo, Tomo XV, Vol. 1*, Madrid, 1989, pp. 329 ss.

<sup>63</sup> Vid. MAZZAMUTO, *op. cit.* en nota 3, p. 101; VERDERA SERVER, *op. cit.* en nota 1, p. 296.

<sup>64</sup> TAPIA FERNÁNDEZ considera que tal remedio es raquítico frente a tal grave problema. Vid. *op. cit.* en nota 57, p. 129.

<sup>65</sup> Vid. FERNÁNDEZ, *op. cit.* en nota 57, pp. 331 ss. TAPIA FERNÁNDEZ, *op. cit.* en nota 57, pp. 128 ss.; VERDERA SERVER, *op. cit.* en nota 1, p. 297.

<sup>66</sup> Vid. MONTERO AROCA, *op. cit.* en nota 4, p. 82; FERNÁNDEZ, *op. cit.* en nota 57, p. 332; VERDERA SERVER, *op. cit.* en nota 1, p. 297.

En consecuencia, en la obligación de hacer infungible, en la medida en que el deudor no puede ser sustituido por un tercero, es el acreedor quien asume los riesgos de un ocasional incumplimiento, en cuyo caso, solo tiene la posibilidad de interesar la indemnización de los daños y perjuicios o, de otro modo, la resolución del contrato<sup>67</sup>.

No obstante, el acreedor, en virtud de la asunción de los riesgos que el incumplimiento de tal clase de obligaciones le conlleva, tiene la posibilidad de prevenir estas eventualidades mediante la negociación en el contrato de mecanismos de coerción privada, tales como, por ejemplo, la cláusula penal. Disposiciones que, en cierto sentido, pueden suponer para el deudor medidas de presión al cumplimiento, ante la amenaza de tener que abonar una considerable suma, como resultado de la dilación o de la falta de realización de la prestación debida<sup>68</sup>.

### 3.2 La doctrina del Tribunal Supremo

Si la obligación de hacer tiene por objeto una actividad que es personalísima del deudor, de tal modo que éste no puede ser reemplazado por un tercero en el cumplimiento de la misma, dispone nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, en su ya señalado artículo 924, que, en tanto no es posible la ejecución de la misma prestación debida por un tercero y a su costa, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios.

La doctrina de nuestro más alto Tribunal, en este caso, es clara y secunda las disposiciones de la precitada normativa procesal al respecto, es decir, si la sentencia condena a la realización de un hecho que solamente el deudor puede ejecutar, en el supuesto de que no se

<sup>67</sup> Propone PINTÓ RUIZ que, en estas hipótesis, lo aconsejable es solicitar la resolución del contrato en lugar de solicitar el cumplimiento mediante su sustitutivo *id quod interest*, «con lo que se obtendrá la restitución de lo que se había pagado ya (o la exoneración de la obligación de pagar) y además la indemnización de daños y perjuicios. En cambio, si se solicita el cumplimiento (necesariamente en forma de *id quod interest*), se podría producir el error técnico de confundir el *id quod interest* con la indemnización de daños y perjuicios, y en lugar de satisfacer los dos intereses (cumplimiento más indemnización), satisfacer sólo uno (indemnización) o quizá ninguno si la prueba del daño no es contundente. En cambio, solicitando la resolución, queda perfectamente deslindado el derecho a recuperar lo ya prometido o a exonerarse de la obligación, y el derecho autónomo y distinto consistente en solicitar los daños y perjuicios». Cfr. *op. cit.* en nota 10, p. 194.

<sup>68</sup> *Vid.*, por todos, VERDERA SERVER que indica que la solución a los problemas que la incoercibilidad del *facere* infungible puede ocasionar debe trasladarse al campo de las previsiones de las partes en el contrato, pues, en este ámbito, puede recibir una solución más adecuada, preferible a la reproducción de tal problemática en el terreno judicial. *Vid. op. cit.* nota 1, p. 298.

cumpla la obligación, ésta se convertirá en una indemnización de daños y perjuicios.

En este sentido, la sentencia de 27 de febrero de 1954 (RJA núm. 979) señaló que en el caso de incumplimiento de un hacer personalísimo y cuando su realización sea imposible, cabe la sustitución por la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, indica la citada resolución que la ley tiene medios suficientes para obtener el cumplimiento cuando la inejecución se deba a una determinación voluntaria del obligado, rebelde al cumplimiento de la sentencia: «... es claro que en resumen, lo único que se alega en este motivo es que se trata de una obligación de hacer que consiste en actos personalísimos que el deudor obligado puede o no cumplir a su libre albedrío, suponiendo que es facultad suya cumplir el convenio o indemnizar daños y perjuicios, pero olvida al argumentar así, que la demandada es una sociedad y no los accionistas, los cuales vienen obligados, por su condición de tales, a cumplir cuanto les afecte como consecuencia de los actos y acuerdos de la sociedad y que el mismo artículo 1451 del Código civil en que se funda expresamente reconoce la obligación de entregar la cosa y sólo cuando no puede cumplirse regirá lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos, según los casos, pero no dice ni admite que esta imposibilidad de hacer la entrega obedezca a una determinación voluntaria del obligado que manifieste una voluntad rebelde al cumplimiento de la sentencia; para lo que la Ley tiene medios legales que conducen a obtener su debido cumplimiento y no cabe decir que se trate de un acto personalísimo al que se refiere el artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento civil...»<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> La sentencia de 27 de febrero de 1954 declaró probados los siguientes hechos: «El juez de 1.ª instancia dictó sentencia en la que, dando lugar en parte a la demanda, declaró: 1.º Que es válida y efectiva en Derecho la escritura otorgada entre las partes litigantes en fecha 7 septiembre de 1917. 2.º Que es perfecta y eficaz en Derecho la donación de beneficios líquidos otorgada en favor del Ayuntamiento de S., por la entidad mercantil demandada, debiendo cumplirse dicha donación en los propios términos de la misma, practicando al efecto, en el plazo de dos meses, la oportuna liquidación de dichos beneficios líquidos a contar desde la fecha de otorgamiento de dicha escritura y entregados al Ayuntamiento de S. para que los invierta única y exclusivamente y con obligación ineludible, a los ramos de Fomento, Instrucción Pública y Beneficencia de la ciudad de S. 3.º Que es válido y eficaz en Derecho y se mantiene vigente, el contrato de opción de compra otorgado en favor del Ayuntamiento de S. de los bienes y pertenencias de la empresa mercantil H., debiendo cumplirse en el plazo máximo de dos meses dicha compra por el precio de 200.394,40 pts., suma del importe del pasivo y capital social de dicha compañía según balance de la misma, cuyo importe pagará en cuanto a 175.390,42 pts., suma del pasivo, el Ayuntamiento, antes de los 30 días de haber ganado firmeza este fallo y la suma de 25.000 pts. de capital social antes de los 60 días a la empresa H., la que en el expresado plazo de dos meses, desde la firmeza de este fallo, realizará la transmisión de sus bienes en la forma estipulada en el pacto cuarto de la escritura de 7 de septiembre de 1917, y para el caso de que la empresa H. no preste el consentimiento para la transmisión, indemnice los daños y perjuicios que se deriven de su incumplimiento; y 4.º No haber lugar a la reconvencción. Apelada la sentencia,

Al no ser posible en nuestro ordenamiento jurídico la coerción directa y personal del deudor en ningún procedimiento de ejecución, se recurrirá al cumplimiento por equivalente pecuniario en el caso de que la obligación consista en un acto personalísimo o su realización sea legal o físicamente imposible. En esta línea, pueden citarse, entre otras, las siguientes sentencias:

La sentencia de 7 de marzo de 1930 (RJA núm. 744) se pronunció en los siguientes términos: «Que en el auto recurrido no se incurre en ninguna de las infracciones que se le atribuyen en los motivos primero y segundo del recurso, toda vez que siendo complemento obligado de las sentencias que ponen término a los juicios el procedimiento especial que para su ejecución determina la sección primera del título octavo, libro segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su artículo 924 sustituye las condenas de hacer por el resarcimiento de daños y perjuicios, cuando, tratándose de hechos personalísimos, no pueden llevarse a efecto a costa del condenado, es notoriamente inconcuso que por encontrarse comprendida dentro de sus prescripciones la rendición de cuentas impuesta al recurrente, atendida la imposibilidad que existe de realizarla en dicha forma a virtud de obrar en su poder los datos y antecedentes con los que habría de ser ejecutada, la Sala sentenciadora, al aplicar el mencionado artículo al caso que se discute, no provee en contradicción a lo ejecutoriado ni decide cuestión alguna que resulte incongruente con la que en el pleito ha sido discutida y resuelta»<sup>70</sup>.

La sentencia de 28 de abril de 1930 (RJA núm. 902) se expresó en los siguientes términos: «... ya que opuesto el demandado a realizar las obras precisas, para poner el aludido local en el estado que lo recibió, habiéndolo entregado con los desperfectos que según el juzgador había realizado, su obligación consistía en satisfacer el importe de los mismos fijados por aquél en la sentencia»<sup>71</sup>.

---

la Audiencia Territorial, confirmándola en parte, la revocó en cuanto a la facultad concedida en la sentencia anterior de sustituir la entrega de los bienes por la indemnización de daños y perjuicios, declarando la obligación de entregar bienes, sin hacer expresa condena en costas de ninguna de las dos instancias. Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo».

<sup>70</sup> La sentencia de 7 de marzo de 1930 se pronunció respecto del litigio dimanante de los siguientes hechos: «En juicio de mayor cuantía seguido ante uno de los juzgados y la Audiencia de Barcelona, en ejecución de sentencia recaída por la que se condenaba al demandado a rendir cuentas, se reservó al actor, en vista del incumplimiento de lo acordado, el derecho al resarcimiento, fijándose después la indemnización en 18.127,90 pesetas con sus intereses. El demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley, que fue desestimado».

<sup>71</sup> La sentencia de 28 de abril de 1930 decidió el pleito surgido entre las partes con ocasión de la celebración y ejecución de un contrato de arrendamiento, en el que el arrendatario realizó modificaciones sustanciales en la cosa arrendada, de tal modo que al finali-

Igualmente, la sentencia de 30 de septiembre de 1931 (RJA núm. 2.156) señaló, entre otros pronunciamientos, lo siguiente: «...siendo evidente que la Sala sentenciadora, lejos de haber infringido los referidos preceptos, los ha venido aplicando fielmente, primero, al acordar el derribo de la pared en cuestión y reintegro al despojado, y luego cuando entendió que había surgido imposibilidad en la ejecución para el derribo y restitución, declarando haber lugar al resarcimiento de perjuicios que se ofrecía al condenado, de todo lo cual se desprende la improcedencia del primer motivo de los invocados por el recurrente, que se apoya en los artículos citados [...] Que al resolver el caso en cuestión en la forma indicada, no se va contra la sentencia firme que recayó en el pleito, puesto que si es cierto que aquélla mandó destruir la edificación levantada, habiéndose hecho esto imposible, se aplica como sustitutivo el resarcimiento de perjuicios según queda expresado, conforme a la doctrina de este Tribunal en sentencias de 2 de julio de 1910 y 18 de mayo de 1901, entre otras»<sup>72</sup>.

Del mismo modo, la sentencia de 9 de noviembre de 1968 (RJA núm. 4.966) estimó, entre otros razonamientos: «Que el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, puede ser de tal índole que afecte a la esencia de aquélla y haga imposible su realización, en cuyos supuestos no puede procurarse al acreedor la ejecución en naturaleza y entonces procede la prestación por el deudor, del equivalente que al acreedor le habría aportado el cumplimiento de la obligación en forma específica, o sea, lo que en nuestro Derecho recibe el nombre de resarcimiento de daños y perjuicios; por lo tanto, aunque en principio el acreedor tiene derecho al cumplimiento natural o forzoso de la obligación convenida, siempre que exista posibilidad de imponerla, sin embargo, por excepción, el acreedor debe contentarse con la indemnización de daños y perjuicios, cuando sea imposible procurarle el cumplimiento normal»<sup>73</sup>.

---

zar dicho contrato los desperfectos ocasionados por este último determinaron que la cosa objeto del mismo no pudiese ser arrendada de nuevo. Interpuesta, por el arrendador demandado en juicio de mayor cuantía sobre cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios, se dictó sentencia, por el juzgado de primera instancia y la Audiencia, condenatoria en contra del demandado. Interpuesto contra ella a nombre del demandado recurso de casación por infracción de ley, fue desestimado.

<sup>72</sup> La sentencia de 30 de septiembre de 1931 señala como antecedentes del procedimiento que resolvió los siguientes: «En incidente surgido en ejecución de sentencia, dimanante de juicio de mayor cuantía sobre propiedad de una "antojana", se dictó auto ordenando a la parte ejecutante que presentase relación de los perjuicios causados por la construcción que se había ordenado destruir y que no podía serlo. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, se resolvió no haber lugar a él».

<sup>73</sup> Los hechos de los que deriva el pleito que resolvió la sentencia de 9 de noviembre de 1968 son los siguientes: El actor, fotógrafo profesional, otorgó con el demandado un

Con esta misma orientación, cabe aludir también a la sentencia de 24 de abril de 1973 (RJA núm. 1.848), que establece: «Que en realidad, en el caso actual, se trata de una ejecución que algún sector de la doctrina denomina “transformativa”, en la que la finalidad del proceso se satisface mediante la realización, por el órgano jurisdiccional de una conducta física distinta de la entrega, al ejecutante, de una cosa, de una cantidad de dinero, o sea, de algo diferente al “dar”; supuesto éste que contempla el artículo 924 de la LEC, que dispone que “cuando el condenado a hacer alguna cosa no lo cumpliere dentro del plazo que el Juez al efecto le señale, se hará a su costa”, es decir, que desobedecido el requerimiento y transcurrido el plazo concedido, el Juez tiene que verificar la conducta física que el ejecutante solicita, salvo que se trate de un hecho personalísimo, de un hacer “no fungible”, lo cual no sucede en el caso de autos, en el que por resolución que ha quedado firme, se había acordado que el Juzgado concediera un plazo “para que se acredite por el acreedor el otorgamiento de la escritura o póliza..., o la imposibilidad de hacerlo..., con el apercibimiento de que, en otro caso, se otorgarán la escritura o la póliza, de oficio, a su costa”. Que toda ejecución transformativa puede convertirse en una ejecución ordinaria cuando la conducta impuesta por el Juez no sea de posible realización, en cuyo supuesto, aquella 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...»<sup>74</sup>.

---

contrato privado en virtud del cual el demandado, como propietario de un restaurante, concedió al actor el derecho exclusivo de obtener fotografías en todas las bodas, banquetes, bautizos, comuniones y fiestas en general que se celebraran en dicho establecimiento, con el fin de venderlas a los asistentes o a cualquier persona interesada, siendo la duración del contrato de cinco años a partir de su otorgamiento, prorrogándose por otro año y así sucesivamente si ninguna de las partes expresaba su voluntad en contra, con tres meses de antelación al término de los cinco años o al de cualquiera de sus prórrogas, y como contraprestación el actor debía satisfacer al demandado el canon anual de 50.000 pts. Se plantea el problema de si hubo una prórroga por cinco años más, aumentando el canon en 25.000 pts., como figura al dorso del documento en que se plasmó el contrato, tesis del actor, sosteniendo el demandado que tal adición es apócrifa como lo prueba que está sin firmar. El actor solicita el cumplimiento del contrato e indemnización de daños y perjuicios. El juez de 1.ª instancia dictó sentencia estimando la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

<sup>74</sup> En la sentencia de 24 de abril de 1973 se consideraron probados los siguientes hechos: «En autos de mayor cuantía, seguidos por don Faustino R., contra Cedro S. A., se dictó sentencia por la Audiencia Territorial de Burgos, por la que, estimando parcialmente la demanda, condena a la demandada a que otorgue a favor del actor escritura pública notarial de cesión; o a firmar la póliza de transmisión de las acciones de la Sociedad Española de Seda Artificial, S. A., que fueron vendidas y que hubieron de ser depositadas en la sucursal de Burgos del Banco Aragón, para responder al pago del 80 por 100 aplazado del precio convenido. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto contra el auto que en 18 de mayo de 1972 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos que dejó sin efecto, y dictó segunda sentencia revocando el auto recurrido, que había con-

Y, por último, la sentencia de la Sala de lo Social de 6 de noviembre de 1981 (RJA núm. 4.384) que impone la indemnización de daños y perjuicios ante el incumplimiento por parte del Instituto Nacional de la Salud de una obligación de hacer, consistente ésta en reintegrar a sus respectivos puestos de trabajo a los actores demandantes: «Que de otra parte, cuando en la sentencia se contiene una obligación de hacer (y en el supuesto cuestionado, se condenó al Instituto Nacional de la Salud a reintegrar a sus respectivos puestos de trabajo, a los actores y cuya aceptación y cumplimiento no fue atendido, no obstante haber adquirido firmeza la sentencia, que así lo decidía); evidénciase que se está en hipótesis de pura y simple ejecución de dicha obligación y ésta se agota, con el requerimiento, de quien viene obligado a cumplir (art. 924 de la LEC) y *ex lege*, se sustituye la inactividad del obligado, es decir, el Instituto Nacional de la Salud, por la correlativa indemnización de daños y perjuicios, novándose la resolución establecida en la sentencia, al ser sustituida por la obligación de indemnizar daños y perjuicios...»<sup>75</sup>.

Sin embargo, señala nuestro más alto Tribunal que no es suficiente, para que se proceda a la condena a la indemnización de daños y perjuicios, que el propio deudor señale que la prestación que ha de realizar sea de imposible cumplimiento, puesto que es necesario que tal imposibilidad quede suficientemente acreditada.

En este sentido, así lo manifiesta la ya señalada sentencia de 24 de abril de 1973 (RJA núm. 1.848), al referirse a la conversión en la obligación de abonar daños y perjuicios derivada de la omisión de la conducta del deudor, cuya realización se ha hecho imposible: «... en cuyo supuesto, aquella obligación de hacer, se convierte en

---

firmado el pronunciado por el Juzgado de 1.ª instancia núm. 2 de los de aquella ciudad que, a su vez, desestimaba el recurso de reposición interpuesto por Cedro, contra la providencia de dicho Juzgado de 26 de octubre anterior».

<sup>75</sup> Los antecedentes de hecho de la sentencia de 6 de noviembre de 1981 son los siguientes: Que mediante sentencia de la Magistratura de Trabajo se dictó sentencia en la que se ordenaba al Instituto Nacional de la Salud a reponer en su puesto de trabajo a los actores. Que la sentencia dictada por la señalada Magistratura adquirió firmeza el 3 de octubre de 1979. Que el 15 de noviembre se dictó providencia, en la que se requería al Instituto Nacional de la Salud para que cumpliera el fallo que, en razón de la sentencia dictada, había adquirido firmeza al no haber sido recurrida por ninguna de las partes, ejecución en la que se acordaba que el Instituto Nacional de la Salud repusiera a todos los actores en los puestos de trabajo que venían desempeñando con anterioridad; esta providencia le fue notificada al Instituto Nacional de la Salud el mismo día 15 de noviembre 1979. Que ello no obstante, el Instituto Nacional de la Salud no cumplió lo acordado en la anterior providencia; y en consecuencia, con fecha 15 enero 1980, por la Magistratura de instancia en otra providencia acordó proseguir la ejecución por los trámites de los artículos 928 y siguientes de la LEC, sustituyendo en consecuencia la obligación de hacer (reintegro de los actores a los puestos de trabajo), por la de indemnizar los daños y perjuicios, inherentes al incumplimiento de la sentencia.

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»<sup>76</sup>.

Asimismo, la sentencia de 17 de abril de 1979 (RJA núm. 1.404) declaró: «...como certeramente se pone de manifiesto en el expresado auto recurrido, tanto por los razonamientos contenidos en sus considerandos, como en los consignados en los que íntegramente acepta del dictado en fase procesal de primera instancia, el acuerdo de ejecución de las obras de que se trata, afecta el pronunciamiento principal acordado, que únicamente en caso de acreditación no reconocida como cumplida en la resolución recurrida, de gran dificultad por afectar a otros elementos del edificio que hubieran de ser demolidos para hacerlos apreciada en ejecución de sentencia por un Perito Doctor Arquitecto, vendría suplido por la indemnización que la ejecutoria contempla y cuyo pronunciamiento principal, precisamente por su propio carácter, es de procedente efectividad en tanto no se revele acreditado el evento a que el indicado aspecto indemnizatorio se supedita»<sup>77</sup>.

Y la sentencia de 18 de mayo de 1994 (RJA núm. 4.091) se pronunció en los siguientes términos: «...Los daños y perjuicios cuando se demandan, pueden concederse en cantidad precisa y líquida, fijando las bases para obtener el *quantum* en ejecución de sentencia o sin fijarlas, pero siempre que en el pleito principal se acredite su existencia. En este sentido podría tener razón el recurrente en cuanto a que el momento procesal oportuno para acreditar su existencia es el período probatorio, y se podría añadir que para que se admitan pruebas de su existencia debería ésta alegarse en los hechos de la

<sup>76</sup> Vid. la nota 74 de este epígrafe.

<sup>77</sup> La sentencia de 17 de abril de 1979 consideró probados los subsecuentes hechos: «La representación de Residencia Retiro, S. A., presentó ante Juzgado de 1.ª instancia recurso de reposición contra la providencia 9 julio 1975, por la que se acordó: requerir a la demandada Residencia para que en el improrrogable plazo de 10 días comience las obras de ejecución material señaladas en los puntos 1.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º de los enumerados en el fallo de la sentencia, con apercibimiento a dicha parte de que si no cumple el ordenado requerimiento se procedería inmediatamente conforme a los artículos 923 y 924 de la LEC; reputarse de cumplimiento imposible las obras a que se refiere el punto 2.º, las cuales deberán ser sustituidas por el resarcimiento de perjuicios que deberán fijarse por los trámites señalados en los artículos 928 y siguientes de la LEC. El Juez de 1.ª instancia declaró no ha lugar a la reposición de la providencia. Apelado el auto, la Audiencia desestimó la apelación, sin imposición de costas. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto».



demanda, y en el presente caso nada contiene la demanda dentro del relato histórico que constituye la causa de pedir. Sin embargo, la sentencia no puede ser modificada porque el caso de autos no versa sobre daños y perjuicios causados por incumplimiento de un contrato o una obligación extracontractual, sino que prevé la hipótesis de que la condena a cumplir el contrato de compraventa, esto es, a cumplir con una obligación de dar la cosa comprada, sea de imposible ejecución, en cuyo caso la obligación se transformará en indemnización de daños y perjuicios cuyo pago deberá efectuar el condenado, pero tras fijar su existencia y su cuantía en el correspondiente incidente regulado por los artículos 923, 924, 928 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, los motivos no pueden prosperar porque el momento procesal oportuno para fijar la existencia y cuantía de los daños será la ejecución de sentencia, y ello tras que se demuestre la imposibilidad de cumplimiento, todo lo cual impide hablar en este momento ni de bases determinantes ni de daños existentes. Tampoco de infracción de los artículos 1101, 1106 y 1124 del Código civil»<sup>78</sup>.

A este respecto, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo el argumento de que el cumplimiento *in natura* de la obligación tiene un carácter preferente respecto a la indemnización pecuniaria, por ello, solo cuando no sea posible el cumplimiento específico de la prestación se procederá a la reparación por equivalencia.

Con referencia a la anterior doctrina, cabe citar, entre otras, a las siguientes resoluciones:

La sentencia de 12 de noviembre de 1976 (RJA núm. 4.775) se pronuncia en estos términos: «Que la acción ejercitada, a tenor de lo que se pide, es la de cumplimiento del artículo 1091, aunque dicho artículo no se menciona en la demanda, y no se pide el cumplimiento por equivalencia (daños y perjuicios), del artículo 1101, que tiene carácter subsidiario, pues lo primero que hay que pedir es el cumplimiento de la obligación y sólo cuando ello no sea posible, entra en juego el resarcimiento del daño...»<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Los antecedentes de recurso de casación que resolvió la sentencia de 18 de mayo de 1994 traen causa en el incumplimiento de un contrato de compraventa por imposibilidad de cumplimiento de la obligación de dar y transformación de la misma en indemnización de daños y perjuicios, en la falta de otorgamiento de escritura pública y pago de parte del precio y consignación del restante por el comprador. Interpuesto recurso de apelación por Iberinmobiliaria, S. A., contra la sentencia dictada con fecha 5 de mayo de 1988 por el Juzgado núm. 3 de Vitoria que estimó la demanda promovida por don Julián D. sobre cumplimiento de contrato de compraventa, la Audiencia Provincial del Bilbao lo desestimó con fecha 24 de enero de 1991. La demandada Iberinmobiliaria, S. A., interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

<sup>79</sup> Los antecedentes de hecho de la sentencia de 12 de noviembre de 1976 son los que siguen: don A. formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra don J. y

Por su parte, la sentencia de 21 de noviembre de 1990 (RJA núm. 9.012) se expresa en términos similares: «Establecido en el artículo 1091 del Código Civil el principio cardinal que obliga a las partes a estar a lo pactado en el cumplimiento del contrato, regla que impone el acomodo a éste a ser posible –SS. 20 de mayo y 15 de julio de 1985 (R. 2403 y 4060), y 9 de julio de 1986 (R. 4493)–, así ha de imponerse por la sentencia estimatoria cuando la acción ejercitada, a tenor de lo que se pide es la del cumplimiento del artículo 1091 del Código, aunque este artículo no se examine en la demanda y el mismo ha de ser aplicado con preferencia al cumplimiento por equivalencia –indemnización de perjuicios del artículo 1101– al que, en principio ha de atribuírsele carácter subsidiario de aquel otro capital de cumplimiento *in natura* –SS. de 12 de noviembre de 1976 (R. 4775) y 3 de julio de 1989 (R. 5281)–»<sup>80</sup>.

En el mismo sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 1990 (RJA núm. 9.999) contiene, entre otras, la siguiente fundamentación: «La obligación de responder de los daños y perjuicios que impone el artículo 1591 del Código Civil a los causantes de los vicios o defectos constructivos o de dirección y del suelo, determi-

---

otros, sobre indemnización de daños y perjuicios. El juez de 1.ª instancia dictó sentencia por la que estimando en parte la demanda condenó al demandado don J. a que indemnice al actor en 375.000 pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó en parte y condenó al demandado don J. a que pague al actor la cantidad de 175.000 pesetas, desestimando el resto de los pedimentos de la demanda de los que se absuelve. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto y dictó segunda sentencia revocando la de primera instancia, absolvió al contratista y condenó al Arquitecto a efectuar las obras de reparación y reconstrucción del chalé del actor, dejando la vivienda técnicamente en perfectas condiciones, absolviendo del resto de las pretensiones de la demanda. Está acreditado que los daños en la edificación se han causado exclusivamente por vicios en la dirección de la obra, al no observar el Arquitecto las reglas de una buena construcción, a pesar de las advertencias del contratista que es también demandado, procede condenar a aquél a que ejecute bien la obra que se comprometió a construir no pudiendo ser sustituido, por no haberse solicitado, el cumplimiento por equivalencia.

<sup>80</sup> La sentencia de 21 de noviembre de 1990 resolvió el pleito surgido como consecuencia de un incumplimiento de contrato, derivado de los defectos e irregularidades existentes en el edificio de autos. La Comunidad de propietarios del edificio en litigio formuló demanda de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia, contra don Pedro B., don Hilario M. y doña Carmen B., sobre incumplimiento de contrato. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando en parte la demanda interpuesta, declarando a los demandados responsables solidarios por incumplimiento contractual de los defectos e irregularidades existentes en el edificio, y les condenó a indemnizar a la actora, por daños y perjuicios, en la cantidad de 590.000 pesetas, así como al importe de las demás obras y reparaciones que se acrediten en ejecución de sentencia para la subsanación de los señalados defectos. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Barcelona confirmó íntegramente la sentencia apelada. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, estimándolo parcialmente, y anulando la sentencia recurrida en cuanto condena a los recurrentes a abonar el importe de las demás obras y reparaciones que se acrediten en ejecución de sentencia para la total subsanación de los defectos, declaración de condena que ha de sustituirse por la de reparar los defectos que subsisten en el edificio defectuosamente entregado, manteniendo en lo demás la resolución impugnada, sin declaración especial de costas en ninguna de las instancias.

nantes de la ruina funcional de lo edificado, es exigible judicialmente a través del ejercicio de una acción de cumplimiento de contrato del artículo 1091 del citado Código, constituyendo aquélla una obligación de hacer que ha de ser cumplida en forma específica, de acuerdo con el artículo 1098 del Código, entrando en juego el cumplimiento por equivalencia, de carácter subsidiario, cuando el deudor no realiza la prestación debida o ésta deviene imposible; en este sentido se pronuncia la doctrina de esta Sala en sentencias de 12 de noviembre de 1976, 3 de julio de 1989 y 21 de octubre de 1990, estableciendo la citada de 1989 que «en las obligaciones de hacer, el acreedor puede exigir que esa prestación se realice en forma específica (acción de cumplimiento), siendo esta obligación de cumplir la primera y directa consecuencia del incumplimiento imputable, que en ocasiones puede conseguirse coactivamente aún contra la voluntad del deudor; así, el artículo 1098 del Código Civil dispone que «si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa». Tan sólo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación entra en juego el principio *nemo factum cogi potest* y la prestación primitiva se transforma en la de indemnizar»<sup>81</sup>.

Asimismo, la sentencia de 27 de febrero de 1995 (RJA núm. 1.650) consideró que: «tampoco es factible contemplar supuesto de cumplimiento por equivalencia (sentencias de 4 noviembre 1985 [RJ 1985, 5509] y 27 mayo 1994 [RJ 1994, 3756]), que sólo tiene lugar cuando la prestación interesada no es posible llevarla a cabo o se hace totalmente dificultosa, que en todo caso es exigente en orden al respetto sustancial de lo peticionado»<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Los antecedentes de hecho de la sentencia de 12 de diciembre de 1990 son los que siguen: ejercitada por la Comunidad de Propietarios de la avenida B, la acción derivada del artículo 1591 del Código Civil contra la entidad mercantil M., promotora-vendedora de los pisos que integran la Comunidad actora, y contra don Luis T., autor del proyecto y director de la obra, la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia que, absolviendo al arquitecto demandado, condena a la entidad mercantil a que indemnice a la actora en la cantidad de 4.300.000 pesetas, pues se considera que, del conjunto de la prueba practicada, se desprenden una serie de importantes desperfectos, por un lado, en terrado y fachada, consistentes, entre otros, en que las baldosas cerámicas de aquél no poseen material de agarre, en disgregación de parámetros verticales rebozados, total deterioro de los remates inclinados de la cubierta, fisura de la mayor parte de las vierteaguas con posibilidad de desprendimiento inminente y consiguiente peligro, humedades en planta baja de la zona posterior, fisura en parámetro de tribuna de la planta primera, fisura horizontal en las cajas de persiana y, por otro lado, en el interior de las viviendas y bajos, etc., desperfectos que en su conjunto procede comprender, en aquel concepto de ruina legal. Interpuesto recurso de casación por la empresa mercantil M., el Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto por la entidad demandada, y condenó a la entidad demandada a la reparación *in natura* de los defectos constructivos denunciados en la demanda, de conformidad con el artículo 1098 del Código civil.

<sup>82</sup> La sentencia de 27 de febrero de 1995 resolvió el litigio que trae su origen en los hechos que siguen: la Comunidad de propietarios del edificio R. formuló demanda de

Y, finalmente la sentencia de 5 de marzo de 1996 (RJA núm. 1.879) declaró, entre otros fundamentos, lo que sigue: «Asiste razón al recurrente cuando sostiene que la sentencia de 1 de septiembre de 1986 condenó a los demandados a ejecutar a su costa las obras de que se trata, pero determinando también que, en caso de incumplimiento, o sea de no realización de las obras por los condenados, a su costa, la consecuencia sería el pago «de la indemnización equivalente al importe de las referidas obras a realizar», quiere decirse que se excluyó el efecto previsto en el artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el caso de incumplimiento por el condenado a hacer alguna cosa y se sustituyó por el pago de la denominada indemnización equivalente al importe de las obras a realizar, de donde se sigue que el auto impugnado, al declarar que «la obligación a la que fueron condenados los apelantes no consiste en el pago de daños y perjuicios, sino en hacer una cosa de carácter no personalísimo, que al no ser hecha debe ser verificada a su costa», se separa del pronunciamiento de la sentencia en ejecución, por lo que ha de estimarse el presente recurso mas no sin puntualizar que: a) Lo improcedente es, según lo expuesto, que se ejecute la sentencia realizando las obras a costa de los ejecutados, pero no por ellos mismos, y b) Hallándose acreditado el incumplimiento por parte de los condenados de su obligación de realizar por sí mismo dichas obras a su costa, no obstante su posición inicial indicativa de que así iban a hacerlo, ha de estarse a lo resuelto en la sentencia de 1 de septiembre de 1986 y, consecuentemente, si lo solicita la parte ejecutante, deberán pagar la indemnización establecida en la misma, que requiere el seguimiento del trámite previsto en los artículos 928

---

menor cuantía contra la Promotora de viviendas «La Encarnación, S. A.», el «Banco de Sabadell, S. A.», don Antonio G. y otros, sobre acción reivindicatoria y otros extremos, al haberse enajenado elementos comunes como privativos por la Promotora. El juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la excepción de defecto de procedibilidad del artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria y no entró a conocer el fondo del asunto, con absolución en la instancia de los demandados. Apelada la anterior resolución, la Audiencia Provincial la revocó y estimó parcialmente la demanda, condenó a la Promotora a que abone a la Comunidad los perjuicios que se fijen en ejecución de sentencia, conforme a las bases que se indican. Ambas partes formularon recurso de casación. El Tribunal Supremo estimó el recurso formulado por la Comunidad y acogió en parte el correspondiente a la Promotora, anula la sentencia recurrida y la de Primera Instancia y, estimando en parte la demanda, decreta los siguientes pronunciamientos: 1.º Se reconoce el derecho de propiedad de la superficie correspondiente a los portales a favor de la Comunidad; 2.º Se condena a la promotora a proceder a la reconstrucción de los referidos portales o, en su defecto se ejecute a su costa, en lugar correspondiente, conforme a la escritura de obra nueva y división horizontal; 3.º Se declara la nulidad de las transmisiones efectuadas a los codemandados don E. y otros y banco de Sabadell, procediéndose a las correspondientes cancelaciones registrales de sus inscripciones, y debiendo estar y pasar los interpellados procesales por estas declaraciones, las que deberán cumplir y acatar, y se desestiman el resto de las peticiones que integran el suplico de dicha demanda principal.

y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil al solo efecto de fijar el importe de dicha indemnización equivalente al importe actual de las obras «a realizar»<sup>83</sup>.

#### 4. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LA PRESTACIÓN DE HACER INFUNGIBLE EN EL *CODICE CIVILE ITALIANO*

El artículo 2931 del actual *Codice civile*<sup>84</sup>, que se encarga de la regulación de la ejecución específica de las obligaciones de hacer, viene a completar la laguna existente en el sistema legislativo de 1865 que disciplinaba esta materia en su artículo 1220. Sin embargo, de la redacción de la antigua norma del 1220 únicamente se podía inferir una autorización, de tipo privado, al acreedor para ejecutar a expensas del deudor aquello a lo que este último estaba obligado, la nueva reglamentación confía al órgano ejecutivo, antes que al derechohabiente, la subrogación del obligado y sistematiza, de este modo, los instrumentos necesarios para introducirse en su esfera de autonomía privada<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> En la sentencia de 5 de marzo de 1996, se recogen como antecedentes de hecho del recurso que resuelve los que siguen: el Juzgado de Primera Instancia de Soria dictó, con fecha 1 de septiembre de 1984, sentencia en juicio de mayor cuantía, seguido a instancia de la Comunidad de propietarios del Edificio B., que fue confirmada en apelación, desestimándose a su vez el recurso de casación interpuesto por don Rafael F. En dicha sentencia de 1 de septiembre de 1984, se condena a algunos demandados a ejecutar a su costa y con carácter solidario, las obras de reparación necesarias para que la cubierta cumpla la finalidad que le es propia, a determinarse en ejecución de sentencia, como, asimismo, las de reparación de pisos afectados por las humedades y goteras, y caso de incumplimiento, al pago solidario también de la indemnización equivalente al importe de referidas obras a realizar. Por providencia de 27 de enero de 1992, recaída en ejecución de la mencionada sentencia de 1 de septiembre de 1984, se acordó no haber lugar a admitir a trámite el incidente de ejecución pretendido por los demandados y requerir a éstos a fin de que retiren de la Delegación de Soria, del Colegio de Arquitectos de Madrid, el proyecto de reparación de edificio, con apercibimiento de que en caso de no efectuarlo se retirará por la Comunidad de Propietarios demandante con embargo de bienes propiedad de los demandados suficientes a cubrir su importe que asciende a la suma de 984.029 pesetas, e igualmente citar a las partes a fin de que comparezcan ante este Juzgado a fin de proceder al nombramiento de Aparejador o Arquitecto Técnico a quien encargar la redacción del Proyecto de Seguridad e Higiene en el trabajo y dirección de obras. Interpuesto recurso de reposición contra dicha providencia, se desestimó por el Juzgado mediante Auto de 25 de febrero de 1992 que, recurrido en apelación, fue confirmado por la Audiencia Provincial en Auto de 30 de junio de 1992, que es el impugnado ahora en casación por el señor R. F. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso.

<sup>84</sup> Artículo 2931 del *Codice civile italiano*. *Esecuzione forzata degli obblighi di fare.*—«*Se non è adempiuto un obbligo di fare, l'avente diritto può ottenere che esso sia eseguito a spese dell'obbligato nelle forme stabilite dal codice di procedura civile*».

«Si no es cumplida una obligación de hacer, el derechohabiente puede obtener que ésta sea ejecutada a expensas del obligado en las formas establecidas por el Código de procedimiento civil».

<sup>85</sup> Vid. MAZZAMUTO, *op. cit.*, en nota 3, p. 95; ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 321; MANDRIOLI, «Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare», *Novissimo Digesto Italiano*, T. VI, Torino, 1968, p. 765; BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, pp. 25 ss.

En el Ordenamiento jurídico italiano es un principio consolidado el de la incoercibilidad de la obligación de hacer <sup>86</sup>, lo cual supone que, respecto a la ejecución forzosa, y como consecuencia de la tendencia a objetivizar la prestación, es decir, a considerar el resultado económico de la actividad a desarrollar por el deudor, con independencia de la actividad misma <sup>87</sup>, no se considera ejecutada la prestación, sino la obligación en su resultado económico objetivo <sup>88</sup>.

De todo ello, se infiere que si aquel resultado económico puede también ser alcanzado sin la participación del deudor, la obligación es susceptible de ejecución en forma específica <sup>89</sup>.

De este modo, se entiende que las obligaciones de hacer a las que se refiere el señalado artículo 2931, para las que se decreta la ejecución forzosa, son las prestaciones fungibles, o sea, aquellas que pueden ser ejecutadas, indistintamente, por otra persona diferente del propio deudor <sup>90</sup>.

Aunque este límite a la ejecución específica derivado de la fungibilidad de la prestación no se manifieste expresamente en los términos de la señalada norma, tal conclusión puede colegirse implícitamente del contenido del artículo 612 del *Codice di Procedura civile* que, además de constituirse en el instrumento procesal para la actuación coactiva de la sanción específicamente consecuyente con la violación de una obligación de hacer <sup>91</sup>, se refiere explícitamente a la ejecución de la prestación por parte de terceras personas <sup>92</sup>.

<sup>86</sup> Vid. MICHELI, «Comentario al artículo 2931 del Codice civile», *Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro Sesto, Tutela dei diritti*, Bologna/Roma, 1977, p. 182; MAZZAMUTO, *op. cit.*, en nota 3, pp. 97 ss.; CARNELUTTI, *Derecho procesal civil y penal, I. Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1971, p. 369.

<sup>87</sup> Vid., a este respecto, SCOGNAMIGLIO que, se pronuncia en los siguientes términos: «que la obligación, por la misma fuerza del vínculo jurídico, tiende a cumplirse en todo caso, y en los límites de lo posible, sea a través de la prestación, más o menos espontánea del deudor, sea a través de la ejecución forzosa cuando a pesar de la falta de cooperación del deudor, pueda igualmente conseguirse el resultado debido». Cfr. «Il risarcimento del danno in forma specifica», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 225; *vid. igualmente* SCHLESINGER, *op. cit.*, en nota 36, pp. 1284 ss.

<sup>88</sup> Vid. MANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 85, p. 765.

<sup>89</sup> En este sentido, MICHELI señala que: «mediante la intervención del órgano jurisdiccional (oficio ejecutivo) es posible para el acreedor la consecución de aquel resultado que constituye el contenido de una obligación (de hacer, de no hacer) incumplida». Cfr. *op. cit.*, en nota 86, pp. 183-184.

<sup>90</sup> Vid. PAVARIN, «Comentario al artículo 2931 del Codice civile», *Commentario al Codice civile diretto Cian-Trabucchi*, Padova, 1981, p. 1130; CARNELUTTI, *op. cit.*, en nota 86, p. 369; ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 323.

<sup>91</sup> Cfr. MANDRIOLI, que, asimismo, señala: «o sea de la sanción cuya actuación realiza, desde el punto de vista jurídico, un resultado idéntico a aquél del cumplimiento de obligaciones de hacer». Cfr. *op. cit.*, en nota 85, p. 764.

<sup>92</sup> Artículo 612 del *Codice di Procedura civile*.- «Chi intende ottenere l'esecuzione forzata di una sentenza di condanna per violazione di un obbligo di fare o di non fare, dopo

En este caso, el juez podrá ordenar que otra persona ejecute aquello que el deudor no ha querido verificar, en cumplimiento de la obligación de hacer por él asumida. En esta ocasión, podrá lograrse el mismo resultado que el del cumplimiento de la prestación a través de la intervención de un tercero y a costa del propio obligado que, en su caso, asumirá el costo de la obra que ha debido ejecutarse para obtener tal resultado <sup>93</sup>.

Según la norma del ya citado artículo 612, presupuesto de la ejecución específica es la existencia de un título ejecutivo que, según una interpretación extensiva de la disposición en cuestión, puede ser no solamente una sentencia de condena, sino también otros tipos de resoluciones que no tengan forma de sentencia, como, *v. gr.*, aquellas pronunciadas en cuestiones relativas a denuncia de obra nueva, o en materia posesoria <sup>94</sup>.

Por otro lado, la fase preliminar del procedimiento de ejecución de las obligaciones de hacer termina con la notificación del título ejecutivo y del mandamiento de ejecución —*precetto*—, este último deberá contener la exacta indicación del objeto de la concreta pretensión <sup>95</sup>.

Posteriormente, el juez, oída la parte deudora, determinará la modalidad de la ejecución <sup>96</sup> con una resolución o mandamiento ejecutivo —*ordinanza*— <sup>97</sup>, que contiene también la designación del

*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 della opera non eseguita o alla distruzione di quella compiuta»*

«Quien tenga intención de obtener la ejecución forzosa de una sentencia de condena por violación de una obligación de hacer o de no hacer, después de la notificación del mandamiento de ejecución, debe reclamar con solicitud al juez que se determine la modalidad de la ejecución.

El juez provee oída la parte obligada. En su providencia designa al oficial judicial que debe proceder a la ejecución y las personas que deben proveer al cumplimiento de la obra no ejecutada o a la destrucción de aquella cumplida»

<sup>93</sup> Vid. CARNELUTTI, *op. cit.*, en nota 86, p. 369.

<sup>94</sup> Vid. PAVARIN, *op. cit.*, en nota 90, p. 1130; MICHELI, *op. cit.*, en nota 86, p. 185; ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 327.

<sup>95</sup> Vid. MONTESANO que señala que, en caso de que falten tales indicaciones: «En ausencia de tal enunciación, el deudor tendrá —contrariamente a lo que se afirma en la jurisprudencia— un válido motivo de oposición formal (art. 617 c.p.c.) por un mandamiento de ejecución inadecuado a su objeto esencial de dar a conocer al intimado la concreta estructura del cumplimiento requerido». Cfr. «Esecuzione specifica», *Enciclopedia del Diritto*, T. XV, Milano 1966, p. 548; *vid.* también MANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 85, p. 769.

<sup>96</sup> Se ha propuesto, en este sentido, el siguiente ejemplo, respecto a la destrucción de lo hecho en contravención de la obligación: «no basta que el juez, el cual verifica la violación de la obligación de no construir un edificio más allá de una cierta altura, se limite a disponer la destrucción de la parte del edificio excedente de tal elevación, sino que es necesario que especifique la modalidad de las operaciones de demolición». Cfr. ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 324.

<sup>97</sup> *Ordinanza* que tiene carácter complementario respecto de la sentencia de condena y tiene como función el «hacer posible al derechohabiente la consecución de la misma uti-

oficial judicial que ha de proceder a la ejecución de la obra no ejecutada por el deudor o a la destrucción de aquello que fue hecho en violación de una obligación de no hacer <sup>98</sup>.

En este sentido, el juez de la ejecución deberá, en primer lugar, verificar si la sanción que va a imponer alcanza el límite mínimo indispensable para que la sentencia pueda presentar las características de la condena y como tal ser ejecutable <sup>99</sup>. Deberá valorar la fungibilidad de la prestación del deudor y del tercero encargado de la ejecución por subrogación y tener en cuenta el costo de la actividad sustitutiva <sup>100</sup>.

Es necesario, por ello, que el título ejecutivo esté provisto del requisito de la exigibilidad, es decir, que no se interpongan obstáculos a su ejecución a través de la actuación de un tercero que no sea el deudor, tales impedimentos surgen, para las obligaciones de hacer, cuando la prestación es infungible <sup>101</sup>.

Asimismo, la ejecución específica de las obligaciones de hacer está determinada por el impulso del oficial judicial, que deberá preparar y facilitar todo lo necesario para que se haga aquello que se ordene en la sentencia de condena, según la modalidad establecida por el juez de la ejecución. A tal fin, este último deberá solicitar al juzgador las oportunas disposiciones con el propósito de suprimir los obstáculos que pudieran aparecer durante el desarrollo de la fase de ejecución. Además, podrá auxiliarse de la fuerza pública, en el caso de que así fuera necesario <sup>102</sup>.

Todo ello, confirma que el poder de impulso, en esta fase procesal, corresponde esencialmente al oficial judicial <sup>103</sup>.

---

lidad que habría obtenido mediante la exacta ejecución de la prestación debida y, en general, de la obligación del sujeto pasivo». Cfr. ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 329.

<sup>98</sup> Vid. MICHELI, *op. cit.*, en nota 86, pp. 186-187; MAZZARELLA, «Esecuzione forzata. Diritto vigente», *Enciclopedia del Diritto*, T. XV, Milano, 1966, pp. 466-467.

<sup>99</sup> Vid. MANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 85, p. 771.

<sup>100</sup> Vid. ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 330; *vid. asimismo* MANDRIOLI que, al respecto, señala que: «la condición para el ejercicio de este tipo de acción ejecutiva debe consistir en una indagación que comprenda la valoración sobre la fungibilidad, la posibilidad y la no excesiva onerosidad de la ejecución, todos elementos objetivos que por su naturaleza se sustraen a la disponibilidad de las partes». Cfr. *op. cit.*, en nota 85, p. 768.

<sup>101</sup> Vid. ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 325.

<sup>102</sup> Artículo 613 del *Codice di Procedura civile*.—«L'ufficiale giudiziario può farsi assistere dalla forza pubblica e deve chiedere al pretore le opportune disposizioni per eliminare le difficoltà che sorgono nel corso dell'esecuzione. Il pretore provvede con decreto».

«El oficial judicial puede hacerse asistir de la fuerza pública y debe solicitar al juez las oportunas disposiciones para eliminar las dificultades que surgen en el curso de la ejecución. El juez provee con decreto».

Vid. MANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 85, p. 772.

<sup>103</sup> Vid. ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 333; MICHELI, a propósito del artículo 613, señala lo siguiente: «el artículo ahora citado se refiere, como es natural, solamente a las dificultades materiales que se interponen en el curso de la ejecución, mientras que las otras



Respecto a las obligaciones infungibles, resulta que la ejecución específica está totalmente excluida y, para el supuesto de que el deudor incumpla las mismas, solamente podrá el acreedor obtener el resarcimiento de los daños <sup>104</sup>.

En este caso, la falta de medios procesales de ejecución indirecta, que, en cierta medida, pudieran encauzar, mediante la coacción que los mismos suponen, la voluntad del obligado hacia el cumplimiento, tiene como consecuencia la instauración, de forma radical, de la relación de reciprocidad entre la infungibilidad de la prestación y la incoercibilidad de las mismas <sup>105</sup>.

Infungibilidad de la obligación de hacer que no significa otra cosa que la inidoneidad del comportamiento de un sujeto distinto de la persona del obligado para lograr que el acreedor alcance la satisfacción inmediata y directa de su interés en el cumplimiento específico de la obligación <sup>106</sup>.

Infungibilidad que también se ha considerado como la imposibilidad de que el bien debido sea producido o conservado a través de una actividad o una abstención de persona diversa del propio deudor. Tal imposibilidad, en determinadas hipótesis, se manifiesta como consecuencia de la misma naturaleza de la actividad o abstención debidas por el deudor <sup>107</sup>, o por las concretas circunstancias que las rodean <sup>108</sup>, o cuando el *intuitus personae* sea, de cualquier modo, inherente a la singular obligación <sup>109</sup>.

En otros supuestos, tal imposibilidad es jurídica y no natural, o sea, no tiene su origen en la concreta relación obligatoria sino en prohibiciones inderogables del ordenamiento <sup>110</sup>.

---

oposiciones del deudor deben ser hechas valer según las normas comunes de los artículos 615 ss. del cod. proc. civ.». Cfr. *op. cit.*, en nota 86, p. 187.

<sup>104</sup> Vid. MICHELI, *op. cit.*, en nota 86, p. 184; ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 325; PAVARIN, *op. cit.*, en nota 90, p. 1130; MANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 85, pp. 765 ss.

<sup>105</sup> Vid., en este sentido MAZZAMUTO que se manifiesta en los siguientes términos: «la resistencia a introducir formas de coacción indirecta al cumplimiento es un testimonio del esfuerzo de la doctrina por mantener, dentro de lo posible, intacta la inspiración liberal-individualista del proceso civil». Cfr. *op. cit.*, en nota 3, pp. 97 ss. y esp. p. 101.

<sup>106</sup> Cfr. MANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 85, p. 766.

<sup>107</sup> Como, v. gr., en el supuesto de obras artísticas, científicas, literarias o didácticas.

<sup>108</sup> Como en los supuestos de conservación de secretos o en la divulgación de noticias.

<sup>109</sup> Señala, en este sentido, MONTESANO: «Por tanto los deberes de un cónyuge hacia el otro, relativos a la confiabilidad de la prole, vienen cualificados, según la opinión prevalente, como obligaciones de hacer, se deberán conceptualizar como infungibles en razón del antedicho *intuitus*: lo que no excluye en la práctica la coercibilidad de la obligación con medios de policía, inherentes, entre otros, a la prevención o a la represión del delito previsto en el artículo 388, párr. 2.º c.p. (no creemos posible asimilar los deberes señalados a obligaciones de entregar, porque se considera que repugna a nuestros principios sobre la posición jurídica de la persona humana —de los que se hará mención en breve— considerar al hijo como mero objeto de un derecho real o de un análogo poder por atribuir al progenitor)». Cfr. *op. cit.*, en nota 95, p. 533.

<sup>110</sup> Se ha señalado, en este sentido, que: «Por ejemplo, las obligaciones que nacen de algunos arrendamientos de obra, siendo realizables con el uso de energía puramente física

En esta línea, se ha estimado excluida la aplicabilidad de la normativa señalada y, por ello, la ejecución *in natura*, a obligaciones consideradas infungibles, tales como la del editor por falta de publicación de una obra en el término establecido para ello, así como, entre otras, a las dimanantes del incumplimiento de obligaciones de hacer derivadas del vínculo matrimonial <sup>111</sup>.

De este modo, la solución adoptada por el legislador italiano para el incumplimiento de prestaciones de hacer infungibles, en tanto que, como ya se ha señalado, no se regulan medidas de coerción indirecta que determinen coactivamente el cumplimiento espontáneo del deudor, ha sido el privilegiar, sobre otros medios de tutela, el mecanismo de la sanción resarcitoria, de tal manera que al acreedor, en esta hipótesis, únicamente le quedará la indemnización por los daños y perjuicios que tal inejecución le hubiera podido ocasionar <sup>112</sup>.

Lo anterior conlleva a la consideración de que en el ámbito de la ejecución forzosa de la prestación de hacer infungible es donde más ha tenido influencia la significación del principio *nemo ad factum praecise cogi potest*, que instaura en el sistema jurídico italiano la correlación entre infungibilidad e incoercibilidad e impide, de este modo, la ejecución *in natura* de este tipo de obligación. Procedimiento que se aleja, al mantenerse todavía fiel a la disciplina originaria respecto de las obligaciones de hacer y de no hacer contenida en el *Code Napoléon*, de las modernas tendencias, acordes con la lógica del mercado, relativas a las técnicas de tutela en forma específica.

Es, en este sentido, en el que se ha señalado que, en relación al procedimiento de ejecución en forma específica, el criterio de la tipicidad de las formas procesales de ejecución y el de la infungibilidad se revelan, de todo punto, insuficientes, sobre todo si se tienen en cuenta los mecanismos de ejecución indirecta incluidos en otros sistemas normativos, los cuales revelan una característica disposición hacia el cumplimiento en especie de la obligación, cuyos límites han de encontrarse, únicamente, en la imposibilidad natural de la señalada ejecución, así como en la necesidad de proteger otros valores constitucionalmente protegidos <sup>113</sup>.

---

del deudor, serían, en línea de mera posibilidad natural, ejecutables forzosamente, en todo o en parte, poniendo la energía señalada a disposición del sujeto activo, pero esto es jurídicamente imposible, en virtud del principio general –propio de nuestro ordenamiento como de todos aquellos países civilizados– que impide poner a una persona humana en esclavitud o en una condición análoga o como fuera, en un estado de total sujeción al poder ajeno». Cfr. MONTESANO, *op. cit.*, en nota 95, pp. 533-534.

<sup>111</sup> Vid. PAVARIN, *op. cit.*, en nota 90, p. 1130.

<sup>112</sup> Vid. MICHELI, *op. cit.*, en nota 86, pp. 184-185; PAVARIN, *op. cit.*, en nota 90, p. 1130.

<sup>113</sup> Vid. estos argumentos en MAZZAMUTO, *op. cit.*, en nota 3, pp. 110 ss. y esp. pp. 113-117.

## 5. LA EJECUCIÓN ESPECÍFICA DE LA PRESTACIÓN DE HACER INFUNGIBLE EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

La *Specific Performance* –ejecución específica– del Derecho anglosajón consiste en un medio de ejecución directo, introducido en materia de contratos por la Jurisdicción de la *Equity*, cuyo fundamento supone el reconocimiento de la insuficiencia del resarcimiento de los daños y perjuicios, remedio general aplicable ante el incumplimiento de un contrato en los Tribunales del *Common Law*, para reponer al acreedor en la misma situación en la que se hubiera encontrado si el contrato hubiese sido efectivamente ejecutado <sup>114</sup>.

Es, de este modo, en los Tribunales de la *Equity* <sup>115</sup> donde progresivamente han ido apareciendo normas a través de las cuales se ha ido atemperando la rigurosa proposición, contenida en los principios del *Common Law*, según la cual el único y característico efecto del incumplimiento de una obligación contractual radicaba, para el incumplidor, en el deber de satisfacer una cuantía dineraria ajustada a los daños y perjuicios que tal infracción hubiera ocasionado <sup>116</sup>.

Conforme con estas reglas cabía, excepcionalmente, instar el cumplimiento en especie de una obligación si se era capaz de convencer al Tribunal de la *Equity* de que los mecanismos disponibles en el *Common Law*, particularmente la acción de daños y perjuicios por incumplimiento, eran un remedio inadecuado y que, asimismo, el interés que se tenía en el cumplimiento del contrato no podía ser adecuada y convenientemente convertido en terminos económicos.

Cabe, en este sentido, señalar que con la expresión *Specific Performance* se está haciendo referencia a aquel remedio disponible en la *Equity* para compeler a una persona a ejecutar exactamente la obligación contractual a la que está sujeto <sup>117</sup>.

No obstante, aunque hoy en día la distinción entre las jurisdicciones de los Tribunales del *Common Law* y la de los de la *Equity* ha sido eliminada y se aplican, indistintamente, las reglas desarrolladas en uno y otro sector, todavía se encuentra vigente la idea de que una solicitud de cumplimiento específico tiene un carácter excepcional <sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> Vid. SARFATTI, «Specific Performance», *Nuovo Digesto Italiano*, T. XII, p. 1.<sup>a</sup>, Torino, 1940, p. 712; ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1989, p. 442; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *Law of contract*, London, 1991, p. 628.

<sup>115</sup> Vid. VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 125.

<sup>116</sup> Vid. ZWEIFERT, *Introduction to comparative law*, Oxford, 1992, p. 515.

<sup>117</sup> Vid. CHITTY, *On contracts, Volume I*, London, 1968, p. 710.

<sup>118</sup> Vid. ATIYAH, *op. cit.*, en nota 114, pp. 441-442; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *op. cit.*, en nota 114, p. 629; ZWEIFERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 515.

De este modo, se considera que el principal argumento a favor de la concesión de un mandamiento *—decree—* de cumplimiento específico es la consideración de que la indemnización por daños y perjuicios es inapropiada <sup>119</sup>.

Se ha señalado, en esta línea, que un mandamiento de *Specific Performance* puede decretarse cuando a lo que verdaderamente se ha comprometido el demandado es a ejecutar algo, mientras que una *Injunction* lo será cuando lo que se ha contratado es la abstención de la realización de una concreta conducta.

A pesar de ello, podrá ordenarse una *Injunction* para compeler al infractor a ejecutar una específica obligación positiva <sup>120</sup>. Así, se han decretado *Injunctions* para impedir el uso de una embarcación, que había sido fletada por una persona, en beneficio de otra <sup>121</sup>; o para restringir el incumplimiento de una promesa de otorgar la primera opción de compra de un determinado terreno <sup>122</sup>.

En supuestos derivados de contratos de servicios, solamente se decretarán *Injunctions* si el contrato contiene expresamente algún tipo de estipulación negativa. En estos casos, la *Injunction* puede suponer una presión económica lo suficientemente sólida como para que el deudor se vea forzado a ejecutar, además, la parte positiva del contrato <sup>123</sup>.

La principal sanción por incumplimiento de estas resoluciones judiciales es la amenaza de arresto por desacato a la autoridad del Tribunal *—Contempt of Court—* <sup>124</sup>. Tal institución, que implica la concesión al juez de un poder para proteger su propia jurisdicción frente a la oposición del deudor que, a pesar de su condena, persiste en el incumplimiento, es idónea para facilitar la consecución de la ejecución *in natura* de las obligaciones de hacer y de no hacer, respecto de las que, como ya ha sido señalado, el *Common Law*, no brindaba otro medio de tutela que el resarcimiento de los daños y perjuicios e implica, además, en la práctica, la posibilidad de prevenir o de reprimir cualquier alteración de la específica función jurisdiccional de los Tribunales <sup>125</sup>.

<sup>119</sup> Vid. CHITTY, *op. cit.*, en nota 117, pp. 710 ss.; ATIYAH, *op. cit.*, en nota 114, p. 442.

<sup>120</sup> Vid. TREITEL, *The law of contract*, London, 1983, pp. 778-779.

<sup>121</sup> Vid. *De Mattos v Gibson* (1859); 4 D. & J. 276; *Lord Strathcona Steamship Co. v Dominion Coal Co.* (1926) A. C. 108; Vid. asimismo SMITH & THOMAS, *A case book on contract*, London, 1987, p. 248.

<sup>122</sup> Vid. *Manchester Ship Canal v Manchester Racecourse Co.* (1901) 2 Ch. 37.

<sup>123</sup> Vid. CHITTY, *op. cit.*, en nota 117, p. 726.

<sup>124</sup> Vid. VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 125; BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, pp. 34 ss.

<sup>125</sup> Vid., en este sentido, BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, p. 35; SARFATTI, *op. cit.*, en nota 114, p. 713.

Se ha señalado que el sistema del *Contempt of Court* puede ser considerado como un mecanismo de ejecución indirecta, pues recae sobre la libertad personal del obligado, con el propósito de persuadirlo para que ejecute aquella resolución judicial que le impone la realización de una concreta obligación de hacer o de no hacer <sup>126</sup>.

De entre los medios sancionatorios propios del *Contempt of Court* cabe destacar la imposición al contraventor de una pluralidad de sanciones, que pueden ir desde la multa hasta la privación de libertad al infractor <sup>127</sup>.

La solicitud de aplicación de estos mecanismos punitivos ha de dirigirse al mismo juez que pronunció la sentencia incumplida y exige la notificación al deudor, tanto de la señalada resolución, que no ha querido ejecutar, como de la demanda que ha dado inicio al procedimiento del *Contempt* <sup>128</sup>.

Cabe también la posibilidad de que en lugar de que el Tribunal imponga una multa al obligado o decrete la prisión del deudor-incumplidor en tanto no ejecuta la resolución de la Autoridad judicial, pueda pronunciar un mandamiento de embargo –*writ of attachment*– de los bienes y propiedades de aquél.

El empleo de las medidas disciplinarias, *writ of attachment* –mandamiento de embargo– o de la *order for committal* –auto de prisión–, ambas incidentes sobre la libertad individual del deudor, implica la verificación, en un procedimiento contencioso con posibilidad de contradictorio, de la subsistencia de los fundamentos de la desobediencia punible <sup>129</sup>.

En ciertos casos también es posible que el Tribunal ordene que el contrato sea ejecutado por los oficiales de justicia, en el supuesto de que se pruebe la contumacia del transgresor, lo cual es, obviamente, sólo posible cuando no se requiera la asistencia personal del obligado <sup>130</sup>.

Asimismo, y como consecuencia de la discrecionalidad que tienen los jueces para aplicar, en estos casos, tales medidas <sup>131</sup>, puede disponerse, por parte de la Autoridad judicial, que la obligación dimanante del contrato sea ejecutada por el mismo acreedor o por

<sup>126</sup> Vid. MANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 26, p. 101; FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915, p. 160.

<sup>127</sup> Vid. ZWIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 518; ATIYAH, *op. cit.*, en nota 114, p. 442; BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, pp. 34 ss.; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 125.

<sup>128</sup> Vid. SARFATTI, *op. cit.*, en nota 114, p. 713.

<sup>129</sup> Vid. BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, p. 36.

<sup>130</sup> Cfr. ATIYAH, *op. cit.*, en nota 114, p. 442.

<sup>131</sup> Vid. ZWIGERT que, además, señala al respecto lo siguiente: «lo que extraña al observador alemán es que no hay reglas concretas para limitar la extensión y la clase de sanciones que pueden ser impuestas o la manera en la que la ejecución de la decisión de castigar empieza o termina». Cfr. *op. cit.*, en nota 116, p. 518.

un tercero y a expensas del deudor, que correrá con los gastos que tal incumplimiento haya podido ocasionar <sup>132</sup>.

Respecto al procedimiento del *Contempt of Court*, se ha observado que la particular intensidad del constreñimiento que sus medidas sancionatorias implican, la persistencia de la relación coercitiva entre el juez y el transgresor durante el período de arresto y, sobre todo, la particular rotundidad del mandato imperativo judicial consecuencia del clima de respeto que acompaña a la función del magistrado, sitúan a esta particular hipótesis de ejecución indirecta en un nivel del todo punto especial, constituyéndose no tanto en un medio para ofrecer al deudor la posibilidad de elegir entre una cierta pena o castigo y el cumplimiento, cuanto, antes bien, en el mecanismo para elevar al deudor mismo, a través de las sanciones del *Contempt*, a la categoría de sujeto de una función acomodadora del hecho al Derecho, cuya consideración, en términos de imprescindibilidad, está mucho más acusada en el Ordenamiento anglosajón que en el Derecho continental <sup>133</sup>.

Por otro lado, se ha observado que existen dos criterios fundamentales que presiden el otorgamiento de los mandamientos de *Specific Performance* y de *Injunction*.

El primero, supone que solamente se concederán cuando el resarcimiento del daño no pueda ser considerado como un remedio adecuado. Esto significa que un Tribunal no ordenará el cumplimiento específico de un contrato cuando los bienes que constituyen su objeto puedan obtenerse fácilmente en cualquier otro lugar, aunque, en estos casos, se estime que la indemnización sería un remedio adecuado. Tampoco se concederá el cumplimiento específico cuando pueda conseguirse un objeto equivalente que satisfaga, del mismo modo, al acreedor o que, sin demasiado sacrificio, tal objeto pudiera obtenerse por otros medios y, además, en aquellos otros supuestos en los que el resarcimiento de los daños pudiera estimarse como una solución completamente adecuada <sup>134</sup>.

El segundo principio, significa que un Tribunal, normalmente, no decretará el cumplimiento específico de un contrato cuyo cumplimiento requiera una constante supervisión por su parte. En estas hipótesis, cuando para el juzgador existan graves inconvenientes para verificar si sus resoluciones han sido acatadas, o si, de otro modo, tal comprobación pueda suponer un dilatado retraso, el Tri-

<sup>132</sup> Vid. BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, p. 37; ZWEIFERT, *op. cit.*, en nota 116, pp. 518-519.

<sup>133</sup> Cfr. BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, p. 38.

<sup>134</sup> Vid. ATIYAH, *op. cit.*, en nota 114, p. 443; CHITTY, *op. cit.*, en nota 117, pp. 710-711; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *op. cit.*, en nota 114, pp. 628-629; ZWEIFERT, *op. cit.*, en nota 116, pp. 515-517.

bunal deberá desestimar la demanda de cumplimiento específico y ordenar el resarcimiento de los daños <sup>135</sup>.

Tampoco se concederá la *Specific Performance* cuando parte de los daños ocasionados por el incumplimiento estén a cargo del actor; cuando existan dudas, a causa de circunstancias concurrentes, acerca de la extensión de la obligación asumida por el demandado; cuando, a juicio del Tribunal, no resulte claro cuál sea el alcance de la pretensión del acreedor; en el supuesto de que no se pueda, en contratos bilaterales, asegurar que el transgresor obtenga aquello que le correspondería en virtud del contrato; asimismo, se desestimarás una solicitud de cumplimiento específico en el caso de que las desventajas que del mismo pudieran surgir excedan a los posibles beneficios que tal ejecución *in natura* pudiera, en su caso, reportar; igualmente, no se ordenará la *Specific Performance*, en los casos en los que el cumplimiento en especie pueda ser estimado como incorrecto, injusto o contrario a los intereses públicos —*Public Policy*—; y, finalmente, se excluye cuando el contrato, por su naturaleza, sea estrictamente personal, de tal modo que contemple una prestación que únicamente el deudor sea capaz de ejecutar <sup>136</sup>.

En esta misma línea, los Tribunales excluyen la *Specific Performance* cuando el contrato tenga por objeto la ejecución de servicios personales <sup>137</sup>. En este caso, se considera desventajoso y, en muchos supuestos, realmente imposible, compeler a la parte renuente al cumplimiento a mantener una personal y continua relación con el otro contratante. Por ello, se juzga acertado estimar que no es procedente la orden de ejecución específica de un contrato cuyo objeto sea la realización de servicios de carácter estrictamente personal <sup>138</sup>.

Del mismo modo, a la admisión de la *Specific Performance* para el cumplimiento de un contrato de servicios personales se le ha objetado el que, a través de ella, se estaría forzando a la parte incumplidora a caer en una especie de involuntaria esclavitud, lo cual es del todo punto inadmisibles <sup>139</sup>.

Asimismo, se observa que en un contrato de tales características, el cumplimiento bajo coerción probablemente sería de muy dudosa

---

<sup>135</sup> Vid. ZWIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 517; ATIYAH, *op. cit.*, en nota 114, p. 443; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 126; SARFATTI, *op. cit.*, en nota 114, p. 713.

<sup>136</sup> Vid. SARFATTI, *op. cit.*, en nota 114, p. 713; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, pp. 126 ss.

<sup>137</sup> Vid. CHITTY, *op. cit.*, en nota 117, p. 713; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *op. cit.*, en nota 114, p. 631; ZWIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 517; MCGREGOR, *Contract Code*, Barcelona, 1997, pp. 99-100; SMITH & THOMAS, *op. cit.*, en nota 121, pp. 459 ss.; SARFATTI, *op. cit.*, en nota 114, p. 713; VERDERA SERVER, *op. cit.*, nota 1, p. 131.

<sup>138</sup> Vid. CHITTY, *op. cit.*, en nota 117, p. 714.

<sup>139</sup> Vid. ZWIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 517; MCGREGOR, *op. cit.*, nota 137, p. 100.

calidad, así como, se tiene en cuenta el que, para el Tribunal, sería extremadamente difícil determinar si los servicios ejecutados de este modo concuerdan fielmente con lo convenido en el contrato <sup>140</sup>.

En este terreno de los servicios estrictamente personales, la cuestión de la denegación del cumplimiento específico ha trascendido principalmente al ámbito laboral, donde se estima que la demanda, para compeler a un empresario a proseguir la relación laboral con un trabajador a su servicio, está excluida de la *Specific Performance* debida al carácter personal de la misma, así como entra en el ámbito de la libertad de empresa el decidir quiénes forman parte de la plantilla de la misma. Aunque se admite la posibilidad de reintegración en el puesto de trabajo, cuando la relación entre las partes no es la ordinaria que existe entre patrón y sirviente, es decir, cuando, por ejemplo, una persona es despedida injustamente de un empleo de carácter público, debido a un incumplimiento de los términos establecidos en su contratación <sup>141</sup>.

Cuando, de otro modo, se demanda al trabajador para compelerle a ejecutar sus servicios para el empresario, se considera que el principio que se implica, en este caso, es el de la libertad personal y ello determina la desestimación de la ejecución *in natura* de la concreta prestación a la que estaba obligado.

Se aprecia, por los Tribunales, que la libertad personal tiene un mayor valor que el cumplimiento específico de un determinado contrato y, por ello, no debe admitirse la explotación ni el sometimiento personal del trabajador a cambio de un salario previamente fijado <sup>142</sup>.

Sin embargo, hoy en día es cada vez más ostensible la predisposición en los Tribunales a admitir la *Specific Performance* en el ámbito laboral. De este modo, se han incrementado el número de resoluciones en las que se ordena la reintegración del trabajador en su puesto de trabajo siempre que la relación de respeto y confianza entre éste y su empresario no se haya deteriorado. Tales decisiones se han justificado, fundamentalmente, por motivos de estabilidad y de seguridad del empleo, así como también en el carácter menos personal de las actuales relaciones laborales y, además, en la falta de adecuación, en estos casos, de la reparación por equivalente de los daños y perjuicios ocasionados <sup>143</sup>.

También, se excluye, en función de las señaladas consideraciones, el cumplimiento específico en aquellos contratos de los que se

<sup>140</sup> Cfr. ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, pp. 517-518.

<sup>141</sup> *Vid.* CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *op. cit.*, en nota 114, p. 632; CHITTY, *op. cit.*, en nota 117, p. 713; cfr. MCGREGOR, *op. cit.*, en nota 137, p. 100.

<sup>142</sup> Cfr. MCGREGOR, *op. cit.*, en nota 137, p. 100.

<sup>143</sup> Cfr. VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, pp. 131-132.



deriven la realización de servicios personales aunque no se trate, en sentido técnico, de contratos de servicios. Tal es el caso de un acuerdo para permitir a un subastador vender una colección de trabajos o de piezas de arte, o de contratos cuyo objeto sea la consecución de propósitos científicos o que consistan en la realización de actos de caridad o con fines altruistas, así como en determinados contratos de agencia, de sociedad, o de aprendizaje <sup>144</sup>.

No obstante, en estos casos, la parte perjudicada tiene la posibilidad de, si es factible y se cumplen las condiciones para ello, obtener, mediante una *Injunction*, una reparación diferente a la mera indemnización de daños, pues cabe obtener una orden que prohíba al incumplidor ejecutar un servicio personal análogo para cualquier otra persona.

A partir de la decisión de los Tribunales en la causa de *Lumley v Wagner* <sup>145</sup> se ha acogido el principio en virtud del cual, los Tribunales tienen jurisdicción para impedir la violación de una estipulación negativa, incluso si ésta es accesoria a un acuerdo positivo para ejecutar servicios de carácter personal. En el fallo del presente procedimiento, se recoge expresamente la siguiente declaración: «Es verdad que no tengo medios para compelerla a cantar, pero ella no tiene motivos para lamentarse si le constriño a abstenerse de la comisión de un acto que ella misma se ha obligado a no hacer» <sup>146</sup>.

Tal mandamiento de *Injunction* puede ser pronunciado aunque el demandante sea incapaz de acreditar los daños y perjuicios que la inejecución de tal acuerdo pudiera ocasionarle <sup>147</sup>.

<sup>144</sup> Vid. CHITTY, *op. cit.*, en nota 117, p. 713; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *op. cit.*, en nota 114, p. 632.

<sup>145</sup> En el caso *Lumley v Wagner*, la demandada había convenido con el demandante cantar, en el teatro *Drury Lane*, dos noches a la semana durante un período de tres meses, y a no realizar esta misma prestación en ningún otro teatro durante tal período, sin la expresa autorización escrita por parte del demandante. Con posterioridad, la demandada acordó, a cambio de un mayor salario, cantar, en el mismo lapso temporal, para el Sr. *Gye* en el *Covent Garden* y renunciar al contrato que le vinculaba, en primer lugar, con el demandante. Se indica que, en este caso, es obvio que una orden de *Injunction*, en virtud de la que se prohíba al demandado al incumplimiento de la obligación negativa que ha contraído, podría constreñirle al cumplimiento de la obligación positiva que le vinculaba con el primer empresario, en este caso, demandante. Para CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, la cuestión está en determinar si el Tribunal podría compeler al demandado por este medio indirecto. En esta hipótesis, para estos autores, los Tribunales se enfrentan con el siguiente dilema: «Para ellos no debe decretarse la *specific performance* en un contrato de servicios personales, así como no deben fomentar un incumplimiento deliberado de un contrato al rechazar una *injunction* en un supuesto que normalmente está sujeto a esta forma de reparación». Cfr. *op. cit.*, en nota 114, p. 632; *vid. también*, CHITTY, *op. cit.* en nota 117, p. 725; SMITH & THOMAS, *op. cit.* en nota 121, p. 461; ZWEIGERT, *op. cit.* en nota 116, p. 518.

<sup>146</sup> Transcripción de la decisión del magistrado ponente, *Lord St. Leonards*, en *Lumley v Wagner*. Cfr. SMITH & THOMAS, *op. cit.* en nota 121, p. 461; *vid. asimismo*, CHITTY, *op. cit.* en nota 117, p. 725; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *op. cit.* en nota 114, p. 632; ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 518; MCGREGOR, *op. cit.*, en nota 137, p. 106-107.

<sup>147</sup> Cfr. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *op. cit.*, en nota 114, p. 632.

Se ha admitido la *Injunction* en contratos en los que se acuerda no cantar en otro lugar que no sea el teatro del demandante; no realizar, durante el período de empleo, negocios similares a aquel en el que ejerce el empresario para el que se prestan los servicios; y no trabajar como actor, durante el tiempo en el que se prolongue la relación laboral, para ninguna otra compañía distinta de la del empleador <sup>148</sup>.

Sin embargo, una *Injunction* será decretada únicamente si se cumplen dos condiciones: por un lado, debe deducirse claramente del contrato que el demandado se ha comprometido a no trabajar para la competencia del otro contratante; y, por otro, la *Injunction* no debe impedir al demandado realizar cualquier otro tipo de actividad, pues, de otro modo, aquél se vería forzosamente obligado a contratar con el demandante, ya que se considera que el desempleo no es una auténtica y real alternativa para nadie <sup>149</sup>.

Se reputa, en estas hipótesis, que bajo ninguna circunstancia se concederá una *Injunction*, a menos que el demandado haya concertado una estipulación negativa independiente, la cual, expresamente, impida actuar de modo contradictorio a un compromiso de carácter positivo.

En este sentido, se afirma que no cabe duda de que, por ejemplo, en un acuerdo mediante el que el demandado pacta emplear en el negocio del demandante todo su tiempo, se trata de un pacto positivo en su forma y comporta una estipulación negativa de no destinar el propio tiempo en beneficio de ningún otro. Sin embargo, y a pesar de ello, los Tribunales rechazan completamente la consideración de que, por este motivo, se impida a una persona a realizar cualquier otra actividad que pueda, en cierto sentido, ser contradictoria con aquello a lo que se ha obligado a hacer en virtud de tal estipulación <sup>150</sup>.

Finalmente, la anterior restricción al cumplimiento específico no se aplica cuando los servicios no tienen carácter personal que puedan, en cierta medida, imponer una relación particular entre los contratantes. Cabe, por tanto, la ejecución específica, por ejemplo, en contratos de transporte de bienes, para publicar libros o una pieza musical y, en determinadas circunstancias, en ciertos contratos de obra <sup>151</sup>.

<sup>148</sup> Cfr. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *op. cit.*, en nota 114, p. 632.

<sup>149</sup> Observan CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, en este sentido, que si A acuerda servir a B como actriz, y a no actuar para ninguna otra compañía, una *injunction* se concederá con la única y precisa finalidad de prohibirle romper la estipulación negativa. «En tal caso, ella no se encontrará con la alternativa de morir de hambre o servir a B, pues existen otros muchos modos en los que ella pueda ganar dinero y vivir». Cfr. *op. cit.*, en nota 114, p. 633; Vid. asimismo, ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 518.

<sup>150</sup> Cfr. MCGREGOR, *op. cit.*, en nota 137, pp. 106-109, y esp. p. 108; Vid. también CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *op. cit.*, en nota 114, p. 632.

<sup>151</sup> Vid. MCGREGOR, *op. cit.*, en nota 137, p. 100; CHITTY, *op. cit.*, en nota 117, p. 714.

## 6. EL SISTEMA GERMÁNICO DE EJECUCIÓN FORZOSA DE LA OBLIGACIÓN DE HACER INFUNGIBLE

En el Ordenamiento alemán es un principio manifiesto el que el acreedor tiene el derecho a interesar el cumplimiento específico de un contrato y a obtener una resolución judicial que ordene al deudor a cumplirlo.

Se ha señalado, en este sentido, que tal planteamiento constituye un factor integrante de la propia esencia de la obligación y, aunque expresamente no se encuentre de este modo determinado en ningún texto legal, cabe inferir de los términos del § 241.1.º del BGB<sup>152</sup> que el acreedor está facultado para solicitar el cumplimiento del deudor, lo que implica, asimismo, que los Tribunales, ante una demanda de cumplimiento específico, deberán ordenar la ejecución *in natura* de la concreta obligación a cargo del obligado<sup>153</sup>.

No obstante, es en el Código de Procedimiento civil –ZPO– donde se contiene la normativa específica respecto a la ejecución, directa e indirecta, de las obligaciones de hacer, concretamente, en los §§ 887 y siguientes.

De la anterior reglamentación se han destacado, como principios básicos, fundamentalmente dos: por un lado, la instauración de una rígida clasificación entre los distintos tipos de obligaciones y los específicos medios de ejecución conciernientes a las mismas y, por otro, la regla de la preferencia del cumplimiento conminatorio específico de las diversas obligaciones<sup>154</sup>.

Respecto a las obligaciones de hacer, se distingue según se trate de prestaciones fungibles o infungibles, es decir, entre actos ejecutables también por una tercera persona –*vertretbar*– y actos en cuyo cumplimiento no puede prescindirse de la persona del deudor –*unvertretbar*–.

Respecto a las prestaciones de hacer infungibles dispone el § 888 del ZPO que «si el acto no pudiera ser ejecutado por un tercero y dependiese exclusivamente de la voluntad del obligado –*unvertretbar*–, el Tribunal de Primera Instancia ordenará, a solicitud del acreedor, que se constriña a aquél a la ejecución del acto

---

<sup>152</sup> § 241.1.º del BGB «En fuerza de las relaciones obligacionales está facultado el acreedor para recabar una prestación del deudor». Traducción de Ángel Martínez Sarrión en MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales, Volumen I*, Barcelona, 1995, p. 5; *vid. también* ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *Tratado de Derecho civil, Tomo II, Vol. 2*, Barcelona, 1954, p. 1.

<sup>153</sup> *Vid.* ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 505; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 121; BORRÉ, *op. cit.*, en nota 17, p. 31.

<sup>154</sup> *Vid.* ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, pp. 507 ss.; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, pp. 121-122.

mediante pena pecuniaria o de arresto. En la imposición de la primera el Tribunal no estará sujeto a limitaciones. Esta disposición no se aplica en el caso de condena a contraer matrimonio, al restablecimiento de la vida conyugal, o a la ejecución de una obra en base a un contrato de servicios».

El método de ejecución que el ZPO previene en tales casos consiste en la amenaza al deudor, renuente al cumplimiento, de la imposición de una sanción pecuniaria o de prisión. Si el obligado no cumple, a pesar del apercibimiento recibido, podrá ser aprehendido hasta un total de seis meses. En otro caso, la imposición de la multa no tiene límites respecto a su cuantía y el importe de la misma está destinado a la Hacienda Pública.

Esta disposición supone que únicamente se aplicará cuando el acto en cuestión dependa exclusivamente de la voluntad del deudor. Lo cual, a su vez, implica que no se empleará cuando el deudor requiera la cooperación de otras personas, sobre las que no tiene influencia directa respecto a su comportamiento, como, por ejemplo, un empresario respecto a su plantilla de trabajadores, o un padre en relación a sus hijos.

Tampoco se utilizará esta norma cuando la obligación requiera especiales cualidades artísticas o un determinado talento científico. En este caso, se considera que el cumplimiento de la prestación no depende exclusivamente de la voluntad del deudor, pues, por muy buenas que sean las intenciones del obligado con respecto al cumplimiento, se precisa, para su efectividad, entre otras condiciones, una inspiración adecuada, una apropiada disposición de ánimo, energía, así como unas precisas circunstancias de creatividad espiritual <sup>155</sup>.

Asimismo, se señala que, en las excepciones a la aplicación de esta norma, cabe también destacar la ejecución de servicios en virtud de un contrato de trabajo. En esta hipótesis, se observa que el empresario podría obtener una resolución judicial que impusiera al trabajador el deber de cumplir las obligaciones derivadas de su contrato de servicios, pero tal sentencia no podría ser ejecutada, pues se considera, como un principio elemental, el que el empleado debe ser libre para decidir cómo disponer de su trabajo, incluso si esto pudiera suponer un incumplimiento del contrato. En tales supuestos, el empleador ha de contentarse, únicamente, con el resarcimiento pecuniario <sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> Vid. BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, p. 33; ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 509.

<sup>156</sup> Vid. ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 509.

La pena pecuniaria que, en este caso, constituye una de las posibles manifestaciones de la sanción compulsoria, en tanto que su finalidad consiste en atemorizar al deudor, se transfiere al Fisco, lo que revela su naturaleza de índole administrativa y, en este sentido, se considera un medio de coacción ejecutiva, no de sanción penal <sup>157</sup>.

Particular mención debe hacerse del supuesto de la obtención de una declaración de voluntad. Según el § 894 del ZPO, si el deudor es condenado «en firme y sin reserva» a emitir una declaración de voluntad, tan pronto como la sentencia de condena devenga firme, se considerará que tal manifestación ha quedado realmente efectuada. La resolución firme sustituye, en este caso, a la declaración del deudor, de tal modo que no se precisa de otras medidas ejecutivas complementarias <sup>158</sup>.

Por último, se ha considerado que cabe hacer, respecto del señalado sistema de ejecución, dos importantes indicaciones. Por un lado, se han especificado, con carácter previo, los particulares dispositivos de tutela del crédito, sin considerar cuáles son los precisos intereses de los acreedores en cada caso concreto. Y, por otro, el problema que se plantea, ante la exhaustiva regulación normativa, no está en la posible existencia de carencias en los mecanismos de protección del crédito, sino, al contrario, en la asignación de cada una de las hipótesis a alguna de las clasificaciones legalmente establecidas. <sup>159</sup>

## 7. LA ASTREINTE COMO MEDIO PROCESAL DE EJECUCIÓN INDIRECTA DE LA OBLIGACIÓN DE HACER

### 7.1 Concepto, naturaleza y fundamento

La *Astreinte* es una condena pecuniaria, dictada en función de una cierta cantidad por día de retraso en el cumplimiento de la prestación, o por otra unidad de tiempo, contra un concreto deudor, si no ejecuta la conducta debida en el plazo señalado para ello por el Juez <sup>160</sup>.

<sup>157</sup> Vid. ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil, Tomo III*, Buenos Aires, 1955, pp. 253 ss.; vid. también ARAGONESES, *Las astreintes (su aplicación en el proceso español)*, Madrid, 1985, p. 25.

<sup>158</sup> Señala ARAGONESES, en este sentido: «La sentencia debe contener únicamente la declaración con la exactitud precisa para llenar su cometido; en otros casos se ejecutará de acuerdo con el 888». Cfr. Op. cit. en nota 157, p. 25; vid. ROSENBERG, *op. cit.*, en nota 157, p. 241; ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 509; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 122.

<sup>159</sup> Cfr. VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 123.

<sup>160</sup> Vid. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Tomo VII, obligations, 2.ª partie*, París, 1954, p. 97.

También se ha indicado que consiste en una condena al deudor a pagar al acreedor una suma pecuniaria mientras se niegue a ejecutar su obligación <sup>161</sup>.

Asimismo, se ha definido como un procedimiento indirecto de apremio, que consiste en la condena al deudor al pago de una concreta suma por día de retardo en el cumplimiento de la obligación <sup>162</sup>.

Se destaca, incluso, su condición de medio indirecto de apremio o coacción —*contrainte*—, además de que incida en el elemento más sensible del deudor, es decir, en su propio patrimonio, con la finalidad de inducirle al cumplimiento <sup>163</sup>.

El objeto de la misma es el cumplimiento de una decisión judicial, de la que es accesoria: el Juez puede, de oficio, añadir a la condena principal, para el supuesto de que no sea ejecutada en el plazo que haya prescrito, una condena pecuniaria, generalmente por cada día de retardo <sup>164</sup>. El deudor, en este caso, tendrá interés en la ejecución, en tanto que le permite evitar el abono de una suma que iría en aumento proporcional al tiempo que tardara en cumplir <sup>165</sup>.

Lo que verdaderamente persigue la *Astreinte*, por tanto, es el presionar al deudor para que cumpla su obligación, es decir, ejecute la misma prestación, realice la misma conducta a la que inicialmente estaba obligado <sup>166</sup>.

De este modo, se ha observado que la *Astreinte* es una medida discrecional <sup>167</sup> y conminatoria <sup>168</sup>, cuya finalidad reside en procurar el cumplimiento específico de la obligación debida y que ha sido sancionada en virtud de una resolución judicial, a través de la imposición de una pena dineraria, en función del retraso en la ejecución de la prestación <sup>169</sup>.

<sup>161</sup> Vid. WEILL et TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, París, 1975, p. 898.

<sup>162</sup> Cfr. DUPONT DELESTRAINT, *Droit civil. Les obligations*, París, 1981, p. 96.

<sup>163</sup> Cfr. MALAURIE et AYNÉS, *Cours de droit civil, Tome IV, les obligations*, París, 1993-1994, p. 576.

<sup>164</sup> Vid. MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.*, en nota 163, p. 576; ESMEIN indica lo siguiente: «Para forzar al deudor de un hacer a ejecutar, pronta y plenamente, su obligación, los tribunales emplean frecuentemente un medio de coacción que se denomina *astreintes*». Cfr. «L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, II, 1903, p. 6.

<sup>165</sup> Vid. STARCK, *Droit civil. Obligations*, París, 1986, p. 810; CARBONNIER, *op. cit.*, en nota 4, p. 666; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, en nota 160, pp. 97 ss.; MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.*, en nota 163, p. 576.

<sup>166</sup> Cfr. JEANDIDIER, «L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire», *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1976, pp. 707 ss.; *vid.* igualmente STARCK, *op. cit.*, en nota 165, pp. 807 y 814; MAZZAMUTO, *op. cit.*, en nota 3, pp. 54 y 56.

<sup>167</sup> Vid. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, París, 1993, p. 777; ESMEIN, *op. cit.*, en nota 164, p. 7; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, en nota 160, p. 104.

<sup>168</sup> Vid. MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.* en nota 163, p. 578; WEILL et TERRÉ, *op. cit.* en nota 161, p. 899; CARBONNIER, *op. cit.*, en nota 4, p. 667.

<sup>169</sup> Vid. ARAGONESSES, *op. cit.*, en nota 157, p. 53.

De las anteriores definiciones podemos extraer los siguientes caracteres de la *Astreinte*: la discrecionalidad que supone, por un lado, la posibilidad que se le confiere a los Jueces y Tribunales para aplicarla o no, de acuerdo con las propias especialidades del procedimiento <sup>170</sup> y, por otro, la arbitrariedad en cuanto a la fijación de su importe, que no se establece en función del daño causado al acreedor, sino que se valora en relación a los recursos del deudor y su capacidad de resistencia <sup>171</sup>.

En segundo lugar, el carácter conminatorio de la *Astreinte* se colige de la amenaza que tiende a intimidar al deudor, ante el temor a una condena cuya cuantía se elevaría en función del tiempo que invierta en cumplir <sup>172</sup>.

Su cuantía puede ser revisada por el Juez, incluso si el deudor cumple la obligación, éste puede interesar la reducción de su importe. Facultad de rectificación que, en su caso, siempre conserva el Tribunal, que puede o no proceder a la disminución de su valor según lo considere conveniente o apropiado a las circunstancias del caso <sup>173</sup>.

Del mismo modo, puede el acreedor solicitar el incremento de su cuantía, si el deudor persiste en rehusar el cumplimiento de lo ordenado <sup>174</sup>.

Incluso, se ha subrayado, que si el cumplimiento se produce después de un cierto período temporal, la *Astreinte* pierde su carácter definitivo, pues su única finalidad consiste en vencer la resistencia del deudor, y ese resultado ya ha sido alcanzado, momento en el

---

<sup>170</sup> Vid. ESMEIN, *op. cit.*, en nota 164, p. 7.

<sup>171</sup> Vid. CARBONNIER, *op. cit.*, en nota 4, p. 666; ESMEIN, *op. cit.*, en nota 164, p. 7; PLANIOL et RIPERT indican que: «Se caracteriza en primer lugar por la exageración de la suma de la condena pronunciada contra el deudor. Lejos de regularla según el perjuicio causado al acreedor por el retraso, el tribunal no se preocupa ni de la cantidad exacta ni siquiera de su existencia y fija la *astreinte* de manera arbitraria y a un interés voluntariamente excesivo. Esto es conforme con su objetivo. Hace falta que el deudor se encuentre forzado por interés a cumplir, a pesar de su inicial mala voluntad, más que a exponerse a que suba la cantidad de la *astreinte*. Ahora bien, este interés no puede venir más que de la desproporción de la cifra. El tribunal la determina teniendo en cuenta no solamente el valor en sí del objeto debido, sino también los recursos y la capacidad de la resistencia del deudor». Cfr. *op. cit.*, en nota 160, p. 104; vid. asimismo WEILL et TERRÉ, *op. cit.*, en nota 161, p. 898; STARCK, *op. cit.*, en nota 165, p. 811; por su parte, TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE observan que: «Su montante debe ser manifiestamente superior a la ventaja que la procuraría al deudor el incumplimiento de su obligación, sin ser desproporcionado en función a sus facultades contributivas». Cfr. *op. cit.*, en nota 167, p. 777.

<sup>172</sup> Vid. CARBONNIER, *op. cit.*, en nota 4, p. 667; WEILL et TERRÉ, *op. cit.*, en nota 161, p. 899; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, en nota 167, p. 777.

<sup>173</sup> Vid. MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.*, en nota 163, p. 578; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, en nota 160, p. 105; ESMEIN, *op. cit.*, en nota 164, p. 36; CARBONNIER, *op. cit.*, en nota 4, p. 667; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, p. 777.

<sup>174</sup> Vid. CARBONNIER, *op. cit.*, en nota 4, p. 667.

que dicha constricción será sustituida por la definitiva condena a un verdadero resarcimiento <sup>175</sup>.

Ahora bien, a pesar de ser considerada una amenaza, su imposición se erige siempre en una verdadera condena, pues si únicamente se tratase de una mera amenaza, un simple apercebimiento, la *Astreinte* carecería de toda eficacia y carácter coercitivo <sup>176</sup>.

En el supuesto de incumplimiento definitivo por parte del deudor, se procederá a la liquidación de la *Astreinte*, cuya cuantía será acumulada a la indemnización por daños y perjuicios <sup>177</sup>.

En tercer lugar, la *Astreinte* se configura como una medida accesorio, lo cual implica la existencia de una decisión principal, para cuyo cumplimiento se instituye <sup>178</sup>. Se impone, por tanto, para obtener el cumplimiento de una disposición de carácter preferencial <sup>179</sup>.

Y, por último, la *Astreinte* implica la posibilidad de que el Juez modifique, aumente, disminuya e, incluso, suprima su importe, y a petición de parte, solicitud a la que no está, en modo alguno, vinculado, por lo que puede adoptar la decisión que considere conveniente de acuerdo con las circunstancias y las características del procedimiento <sup>180</sup>.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se ha destacado por algún autor que la *Astreinte* es una medida de ejecución personal indirecta, pues trata de conseguir la realización ejecutiva de cierta conducta, mediante estímulos psicológicos que conducirían al logro de las consecuencias que se quieren obtener, lo cual implicaría la imposibilidad de su aplicación en el proceso español, ya que atentaría contra el principio de que toda ejecución ha de tener carácter patrimonial <sup>181</sup>.

Frente a ello, otro sector de la doctrina ha señalado el carácter de medida coercitiva de la *Astreinte*, pues consiste en una amenaza de orden pecuniario. En este sentido, se ha observado que las medi-

<sup>175</sup> Vid. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, en nota 160, p. 106.

<sup>176</sup> Vid. ARAGONESES, *op. cit.*, en nota 157, p. 55.

<sup>177</sup> Vid. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* en nota 160, p. 106; WEILL et TERRÉ, *op. cit.*, en nota 161, p. 902.

<sup>178</sup> Vid. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, París, 1995, p. 444; STARCK, *op. cit.*, en nota 165, p. 810; MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.*, en nota 163, p. 576.

<sup>179</sup> ARAGONESES indica que la *Astreinte* garantiza el cumplimiento de una resolución principal, e indica que con la utilización de tal término –resolución– quiere significar que la *Astreinte* tiende a conseguir la eficacia de cualquier mandamiento judicial. Vid. *op. cit.*, en nota 157, pp. 55-56.

<sup>180</sup> Vid. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, en nota 160, p. 105; MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.*, en nota 163, p. 578; CARBONNIER, *op. cit.*, en nota 4, p. 667; MAZZAMUTO, *op. cit.*, en nota 3, pp. 52-53, nota 35; ARAGONESES indica, a este respecto, lo siguiente: «La posibilidad de aumentar la *Astreinte* es una facultad del Juez no admitida en todas las legislaciones. Por ejemplo, en países como Uruguay, que prohíben el aumento, existía el temor de que las *Astreintes* fueran muy exageradas y, sin embargo, lo ocurrido fue exactamente lo contrario: los Jueces fijaron astringencias muy bajas, con lo que perdió toda su eficacia». Cfr. *op. cit.*, en nota 157, p. 56.

<sup>181</sup> Vid. GUAPS, *Derecho procesal civil, Tomo II*, Madrid, 1956, p. 845.



das coercitivas tienen como finalidad el constreñir al obligado para que observe, por fuerza, la conducta idónea para ejecutar la prestación. Estas medidas suponen una agravación de la sanción por el incumplimiento de la obligación e implican la amenaza de lesión de sus propios intereses, más grave que la que ocasionaría el cumplimiento. Asimismo, cabe la agravación de la sanción, para hacerla aún más eficaz, a medida que se emplea más tiempo en cumplir la prestación <sup>182</sup>.

Se trata de un medio indirecto de asegurar el cumplimiento de la obligación o de un fallo judicial por medio de la coacción <sup>183</sup>. Se ha indicado, en este sentido, que tal carácter conminatorio se debe a que la *Astreinte* es verdaderamente una amenaza, lo cual supone que cuando la obligación ha sido ejecutada el Juez la retira <sup>184</sup>.

Para otros autores, sin embargo, la *Astreinte* es un acto de dirección del órgano judicial, lo cual implica que, ante una determinada y concreta situación, el Juez ordena la utilización de un instrumento procesal cualquiera <sup>185</sup>. La *Astreinte*, por ello, es un acto de dirección del órgano judicial, en tanto que consiste en una intimación específica a una persona para que realice cierto tipo de comportamiento. Es, en este sentido, un acto de dirección de carácter coercitivo o intimidatorio, cuya finalidad es provocar la consecución de una conducta futura <sup>186</sup>.

De esta manera, se ha observado que la *Astreinte* ha pasado de ser una peculiaridad de un tipo de ejecución, específica para obligaciones de hacer, no hacer y en algunos casos de dar, a ser un instrumento general del proceso, tanto de cognición como de ejecución, y con posibilidad de utilización no solamente en las hipótesis de incumplimiento de obligaciones, contractuales o legales, sino también de obligaciones de tipo procesal y, en uno y otro caso, declaradas por una resolución judicial, pues lo que, en definitiva, se trata de evitar con ellas es el posible incumplimiento de un mandato judicial <sup>187</sup>.

---

<sup>182</sup> Cfr. CARNELUTTI que, además, indica lo siguiente: «Una breve reflexión enseña que si las medidas coercitivas tienden a obtener el cumplimiento, las mismas no tienen nada que ver con la ejecución, la cual, por definición, no opera a través del cumplimiento. Esto es tan cierto que si las medidas coercitivas no alcanzan su fin, no hay otra vía para actuar en derecho, esto es para obtener que sea lo que debe ser, que la de recurrir a la ejecución». Cfr. *op. cit.*, en nota 86, p. 333.

<sup>183</sup> Vid. CARBONNIER, *op. cit.*, en nota 4, p. 666; WEILL et TERRÉ, *op. cit.*, en nota 161, p. 898; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, en nota 160, pp. 110-111.

<sup>184</sup> Vid. ESMEIN, *op. cit.*, en nota 164, p. 36.

<sup>185</sup> ARAGONESES apunta, en este sentido que: «... y entre los actos de dirección debemos recordar que, uno de sus tipos, son los actos de dirección personales que, en una de sus especies, pueden atribuir una situación jurídica pasiva, mediante intimidaciones de ciencia o de voluntad». Cfr. *op. cit.*, en nota 157, p. 96.

<sup>186</sup> Vid. ARAGONESES, *op. cit.*, en nota 157, p. 96.

<sup>187</sup> Cfr. ARAGONESES, *op. cit.*, en nota 157, p. 97.

En lo que respecta a su fundamento, surge la *Astreinte* como un medio para atemperar las deficiencias del Derecho positivo francés, en relación a la posibilidad del acreedor de obtener el cumplimiento específico de una obligación sancionada judicialmente <sup>188</sup>.

Si la obligación tenía por objeto la realización de una conducta estrictamente personal del deudor, la aplicación del antiguo axioma «*nemo ad factum praecise cogi potest*», que impedía toda aplicación de violencia o coerción sobre la conducta humana <sup>189</sup>, imposibilitaba al acreedor la obtención *in natura* de la prestación debida, cuya falta de ejecución, implicaba que la obligación se resolviera en una indemnización de daños y perjuicios.

En un primer momento aparece la *Astreinte* como un medio para obtener el cumplimiento específico en esta clase de obligaciones <sup>190</sup>. Pronto, dadas las importantes aplicaciones prácticas de la misma, el empleo del sistema de *Astreinte* fue generalizándose a todo tipo de obligaciones, aunque las obligaciones de hacer sigan constituyendo hoy en día el área de utilización por excelencia de ellas. Así, cabe valerse de la *Astreinte* para constreñir a un deudor a entregar alguna cosa o a hacer o no hacer algo.

Además su ámbito de aplicación no se limita únicamente a la existencia de obligaciones de naturaleza contractual, sino que también se utiliza en el campo de las obligaciones extracontractuales <sup>191</sup>. En este sentido, se señala que el único límite al uso de la *Astreinte* consiste en que la ejecución de la prestación sea imposible <sup>192</sup>.

Por otro lado, se ha observado que es la propia autoridad judicial, que está compuesta de dos elementos, la jurisdicción y el mando, la que justificaría la propia capacidad del Juez para imponer la *Astreinte*. Por tanto, ésta surge de la propia estructura de la autoridad que tienen los Jueces y Tribunales para dictar resoluciones, para condenar o absolver y ejecutar todas sus órdenes y decisiones. La aptitud e idoneidad de los mismos para pronunciar *Astreintes*, supone la capacidad para dictar apercibimientos que induzcan a ejecutar *in natura* lo por ellos mismos ordenado <sup>193</sup>.

<sup>188</sup> Vid. ESMEIN, *op. cit.* en nota 164, pp. 26 ss. y 38 ss.; ARAGONESES, *op. cit.* en nota 157, p. 97.

<sup>189</sup> Vid. POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1978, p. 91; MAZZAMUTO, *op. cit.* en nota 3, p. 41.

<sup>190</sup> Vid. MAZZAMUTO, *op. cit.* en nota 3, pp. 57-59.

<sup>191</sup> Vid. WEILL et TERRÉ señalan como ejemplos a las obligaciones que derivan de relaciones de vecindad, así como hipótesis en las que se pretende obtener la ejecución de deberes derivados de relaciones familiares. Vid. *op. cit.* en nota 161, p. 900; indican PLANIOL et RIPERT que la única condición para la aplicación de la *Astreinte* es que debe tratarse de una verdadera obligación jurídica. Vid. *op. cit.* en nota 160, pp. 98-99.

<sup>192</sup> Vid. WEILL et TERRÉ, *op. cit.* en nota 161, p. 900.

<sup>193</sup> Vid. ESMEIN, *op. cit.* en nota 164, pp. 48 ss.

No obstante lo anterior, se ha señalado que bastaría el indudable alcance práctico de la *Astreinte*, como medio de coerción al cumplimiento de las resoluciones judiciales, para justificar su propia existencia<sup>194</sup>.

## 7.2 Aplicación de la *Astreinte* a la obligación de hacer

Las obligaciones de hacer, como ya se ha señalado, constituyen el más importante campo de aplicación de la *Astreinte*<sup>195</sup>.

De este modo, se ha precisado que cabe su empleo en todas aquellas situaciones en las que una persona se encuentre jurídicamente obligada a ejecutar un hecho cualquiera, se trate o no de una prestación que exija una actividad personal<sup>196</sup>.

Igualmente, tiene lugar la utilización del sistema de *Astreinte* cuando la prestación es infungible<sup>197</sup>. Infungibilidad que no solamente hace referencia a la cualidad del *facere* deducido de la obligación, o a la singularidad de algunas características personales del obligado, sino también a la existencia de una esfera de poder del deudor, en cuyo ejercicio no puede ser –de *iure* o de *facto*– subrogado, sino que únicamente puede ser objeto de alguna medida de ejecución indirecta<sup>198</sup>.

En este último caso, *facere* infungible, la *Astreinte* no supone contradicción alguna con el artículo 1.142 del *Code* civil francés, según el cual el incumplimiento de toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en indemnización de daños y perjuicios, pues se considera que tal norma únicamente prohíbe la violencia corporal o directa sobre la persona del deudor, de tal modo que no podría ser ejecutada *manu militari*<sup>199</sup>.

La *Astreinte*, por tanto, se estima compatible con la libertad personal de deudor, a la que sólo afecta de un modo indirecto.

Se han utilizado *Astreintes* tanto para obtener el cumplimiento de obligaciones de hacer de contenido patrimonial como de contenido personal. Así, se indica que tienen utilidad para las obligaciones de entregar una cosa; de reponer piezas; de rendir cuentas; de realizar un trabajo o un acto jurídico<sup>200</sup>; para obligar a un propietario a restable-

<sup>194</sup> Vid. ARAGONESES, *op. cit.* en nota 157, p. 98.

<sup>195</sup> Vid. BÉNABENT, *op. cit.* en nota 178, p. 444; STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 817; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* en nota 160, p. 98.

<sup>196</sup> Vid. JEANDIDIER, *op. cit.* en nota 166, p. 707; DUPONT DELESTRAINT, *op. cit.* en nota 162, p. 96; MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.* en nota 163, p. 577; WEILL e TERRÉ, *op. cit.* en nota 161, p. 899; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* en nota 160, p. 98.

<sup>197</sup> Vid. JEANDIDIER, *op. cit.* en nota 166, p. 707; CARBONNIER, *op. cit.* en nota 4, p. 666.

<sup>198</sup> Cfr. MAZZAMUTO, *op. cit.* en nota 3, p. 59.

<sup>199</sup> Cfr. JEANDIDIER, *op. cit.* en nota 166, p. 707.

<sup>200</sup> PLANIOL et RIPERT, con amplia cita de jurisprudencia, señalan que es sobre todo en el ámbito de los contratos de arrendamiento, para hacer que el arrendatario respete una

cer la corriente eléctrica a sus inquilinos; a un empresario a dar un certificado de trabajo a un asalariado suyo; a un ocupante para desalojar el lugar en que se encontraba <sup>201</sup>; o para obligar a un empresario a readmitir a un trabajador; para permitir el ejercicio de una servidumbre; u obligar a incluir una determinada respuesta en un periódico <sup>202</sup>.

Igualmente, en Derecho de familia, donde se considera inadmisibles el empleo de la fuerza pública para obtener la ejecución directa de una obligación, se ha estimado útil la aplicación de la *Astreinte* para forzar a alguno de los progenitores a entregar los hijos a quien de ellos haya obtenido la guarda y custodia, tras la separación o el divorcio, o para obligar a uno de los cónyuges a volver al domicilio familiar <sup>203</sup>.

Sin embargo, no existe unanimidad en la doctrina a la hora de admitir su empleo cuando la obligación de hacer tenga un carácter estrictamente personal o comprometa especiales facultades del deudor que impliquen un especial talento en el obligado <sup>204</sup>.

Para los autores que se pronuncian en contra de la admisión de la *Astreinte* en este tipo de obligaciones, aquellas de carácter muy personal, tales como las de un artista, el fundamento de tal negativa se encuentra en el hecho de que, *v. gr.*, en este último caso, un sujeto caprichoso no trabajaría cómodamente bajo las órdenes de un Juez, ni bajo el apremio de la fuerza pública. Sería mejor, en esta hipótesis, condenarle a indemnizar daños y perjuicios directamente, pues su incumplimiento es del todo punto inevitable. Igualmente, se ha sugerido que el verdadero motivo para rechazar tal aplicación es el respeto que supone la libertad de creación <sup>205</sup>.

No obstante las anteriores objeciones, los autores que consideran que sí cabe la utilización de *Astreintes* para todo tipo de obligaciones, señalan que la única condición que se requiere para su aplicación a las obligaciones de hacer es que se trate de una verdadera obligación jurídica. Y, en este sentido, se ha negado su empleo para hacer que un

---

orden de desalojo pronunciada contra él, en el que ha recibido sus mayores aplicaciones, «más frecuentes cuanto más difícil era de obtener de las autoridades la ejecución forzada de tales decisiones». Cfr. *op. cit.* en nota 160, p. 99.

<sup>201</sup> Vid. STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 817; DUPONT DELESTRAINT, *op. cit.* en nota 162, p. 96; JEANDIDIER, *op. cit.* en nota 166, p. 708.

<sup>202</sup> Vid. ARAGONESES, *op. cit.* en nota 157, p. 109.

<sup>203</sup> Vid. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* en nota 160, p. 100; DUPONT DELESTRAINT, *op. cit.* en nota 162, p. 96; STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 816; ARAGONESES, *op. cit.* en nota 157, p. 109.

<sup>204</sup> Vid. MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.* en nota 163, p. 557; ARAGONESES, *op. cit.* en nota 157, p. 110; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE indican lo siguiente: «La *astreinte* debe, por otro lado, ser desterrada cuando se esgriman en obligaciones muy personales, ponga en juego la libertad individual, la libertad de conciencia o aun el derecho moral del artista o del autor.» Cfr. *op. cit.* en nota 167, p. 780.

<sup>205</sup> Cfr. MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.* en nota 163, p. 577.

demandado compareciera en juicio, ya que para estos supuestos ya existe un procedimiento especial, que es el de su declaración en rebeldía, que, en su caso, subsanaría procesalmente su ausencia <sup>206</sup>.

En general, se advierte, que toda obligación de hacer, con tal de que su ejecución no sea imposible <sup>207</sup>, puede ser acompañada de esta medida. En este sentido, por tanto, se considera que toda obligación de hacer debe ser, en principio, ejecutada, y el empleo de la coerción indirecta se justifica en estos supuestos por el hecho de la contravención, por una de las partes, del compromiso suscrito <sup>208</sup>.

### 7.3 Procedimiento

Dentro de las *Astreintes* cabe distinguir dos modelos, o dos variedades de realización de la misma: la *Astreinte* provisional y la definitiva.

La *Astreinte* provisional es un medio de coerción contra el deudor, de naturaleza patrimonial, que consiste en un procedimiento preventivo de intimidación, cuyo carácter principal es el conminatorio <sup>209</sup>.

Es provisional porque el Juez se reserva la posibilidad de revisar el montante de la misma en el momento de su liquidación <sup>210</sup>.

Se ha observado que con el carácter conminatorio se hace referencia al hecho de que la *Astreinte*, por su elevado importe, esté destinada a hacer presión sobre el litigante condenado, y que el término provisional se reserva para referirse a la posibilidad de modificar el montante de la misma <sup>211</sup>.

El carácter provisional determina, asimismo, que el litigante condenado pueda interesar la reducción de la cuantía a una cifra razonable, una vez haya cesado su resistencia al cumplimiento e, incluso, su supresión <sup>212</sup>.

<sup>206</sup> Cfr. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* en nota 160, p. 100.

<sup>207</sup> Indica STARCK que el único límite, con carácter general, a la aplicación de la *Astreinte* resulta de la imposibilidad de ejecución de la obligación. Que esta imposibilidad sea debida a la fuerza mayor o a la culpa *-faute-* del deudor, en estos casos, es del todo evidente que es inoperante recurrir a la *Astreinte*. Por ejemplo, cuando la obligación de hacer deba ser cumplida en un día fijo, y el plazo previsto ya ha expirado, o así en el caso de un artista que se haya comprometido a realizar una interpretación en una noche concreta, no habiéndolo realizado. *Vid. op. cit.* en nota 165, p. 815; *vid.* asimismo, TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, p. 780.

<sup>208</sup> Cfr. JEANDIDIER, *op. cit.* en nota 166, p. 708

<sup>209</sup> *Vid.* CARBONNIER, *op. cit.* en nota 4, p. 667; STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 812.

<sup>210</sup> *Vid.* BÉNABENT, *op. cit.* en nota 178, p. 444; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, p. 782; CARBONNIER, *op. cit.* en nota 4, p. 667; STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 812; WEILL et TERRÉ, *op. cit.* en nota 161, p. 901.

<sup>211</sup> *Vid.* STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 812.

<sup>212</sup> *Vid.* CARBONNIER, *op. cit.* en nota 4, p. 667; STARCK, *op. cit.* en nota 165, pp. 812 y 828.

De igual modo, el acreedor podrá requerir que su importe sea aumentado si el deudor se obstina en el incumplimiento <sup>213</sup>.

Podría indicarse, por tanto, que el procedimiento de la *Astreinte* supone dos fases: en un primer momento, al ser pronunciada, asume una función intimidatoria y de presión psíquica sobre el obligado, su cuantía no se fija en función de los daños y perjuicios que el retardo haya ocasionado, sino en virtud de la gravedad del comportamiento recalcitrante del deudor y de sus facultades <sup>214</sup>. Y, en una segunda fase, ante un cumplimiento tardío o una definitiva inexecución de la prestación, el Juez reexamina su cuantía y procede a fijar su importe y a moderar sus cálculos iniciales en función de las características especiales del procedimiento <sup>215</sup>.

En la *Astreinte* definitiva, a diferencia de la provisional, su cuantía no está sujeta a revisión, ni a modificación alguna una vez haya sido pronunciada <sup>216</sup>. Su importe, por tanto, no puede ser modificado salvo que el incumplimiento o el retardo hayan sido debidos a caso fortuito o a fuerza mayor <sup>217</sup>.

El Juez, en estos casos, no dispone de un poder soberano que le permita fijar arbitrariamente el montante de la condena, pues deberá calcularlo en función de los elementos del perjuicio realmente causado <sup>218</sup>.

El juzgador está vinculado a su decisión originaria y la liquidación de la misma se reduce a una operación aritmética que, en su caso, puede consistir en multiplicar el número de días que haya

<sup>213</sup> Vid. CARBONNIER, *op. cit.* en nota 4, p. 667; STARCK apunta en este sentido que esta posibilidad de revisión no es contraria a la autoridad de cosa juzgada, «pues el Tribunal se reserva simplemente el derecho de examinar las modalidades de la medida que ha impuesto, no aquella de volver sobre los mismos principios de la condena». Asimismo afirma que el Tribunal tiene como poder el revisar el montante de la *Astreinte*, incluso tiene el poder de suprimirla en caso de incumplimiento constatado, lo cual concede al juez una verdadera facultad de retractación, difícilmente conciliable con aquellos principios que gobiernan los efectos de las sentencias. Vid. *op. cit.* en nota 165, p. 828; *vid.* también, MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.* en nota 163, p. 578.

<sup>214</sup> Vid. WEILL et TERRÉ, *op. cit.* en nota 161, p. 902; CARBONNIER, *op. cit.* en nota 4, p. 4; STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 812; BÉNABENT, *op. cit.* en nota 178, p. 444; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, pp. 782-783.

<sup>215</sup> Vid. MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.* en nota 163, p. 578; WEILL et TERRÉ, *op. cit.* en nota 161, p. 902; CARBONNIER, *op. cit.* en nota 4, p. 667; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, p. 782; BÉNABENT, *op. cit.* en nota 178, p. 444.

<sup>216</sup> Vid. STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 812; CARBONNIER, *op. cit.* en nota 4, p. 667; WEILL et TERRÉ, *op. cit.* en nota 161, p. 903; BÉNABENT, *op. cit.* en nota 178, p. 444; MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.* en nota 163, p. 578; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, p. 783.

<sup>217</sup> Vid. CARBONNIER, *op. cit.* en nota 4, p. 667; BÉNABENT, *op. cit.* en nota 178, p. 444; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, p. 784; WEILL et TERRÉ, *op. cit.* en nota 161, p. 903.

<sup>218</sup> STARCK indica, en este sentido, que si la condena fuera superior a este perjuicio, se consideraría como una verdadera «pena privada», ilícita como tal. Vid. *op. cit.* en nota 165, p. 813.

durado el retardo por la cuantía fija señalada para cada día. De este modo, existe una certidumbre acerca de su importe, pues cabe el cálculo *ab initio* del *quantum* final de la pena <sup>219</sup>.

Sus caracteres son los siguientes: la *Astreinte* definitiva ha de ser declarada de modo concluyente, expresamente, pues no cabe su presunción, tal y como ocurre con la provisional <sup>220</sup> y, además, no puede ser establecida más que para una duración determinada <sup>221</sup>. Su cuantía, por ello, está dirigida a beneficiar al acreedor, pues se acumula a la indemnización de daños y perjuicios <sup>222</sup>.

Por la doctrina francesa, por otro lado, se ha indicado, en función del artículo 51 del Decreto de 31 de julio de 1992, que la *Astreinte* comienza a surtir efectos desde el día o desde que la resolución judicial que la ordenó haya devenido ejecutoria <sup>223</sup>.

De otro modo, se ha observado que si el acreedor no puede obtener la ejecución *in natura* de la obligación, o si, tras el retardo, pierde el interés objetivo en la misma, en todos los casos podrá obtener un equivalente monetario, bajo la forma de indemnización de daños y perjuicios <sup>224</sup>.

Ahora bien, la condena a la *Astreinte* está destinada a forzar la voluntad de deudor, y a provocar el cumplimiento de una obligación, ésta, por tanto, puede lograr, con su aplicación, y después de una resistencia mayor o menor del obligado, el resultado deseado, o bien, puede devenir ineficaz en el supuesto de incumplimiento definitivo de su contenido. En ambos casos, el período provisional de espera finalizará, bien debido a un cumplimiento de la obligación o bien, por el contrario, a un incumplimiento definitivo de la misma. En su caso, el acreedor deberá interesar al Órgano Judicial la liqui-

<sup>219</sup> Vid. STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 829.

<sup>220</sup> Vid. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE indican que no puede ser ordenada más que después de pronunciar una *Astreinte* provisional. Vid. *op. cit.* en nota 167, p. 785.

<sup>221</sup> Vid. BÉNABENT, *op. cit.* en nota 178, p. 444; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, p. 784.

<sup>222</sup> De enriquecimiento injusto habla BÉNABENT al referirse a esta modalidad. Vid. *op. cit.* en nota 178, p. 445; por su parte, MALAURIE et AYNÉS apuntan que la *astreinte* definitiva deviene un verdadero modelo de pena privada, en tanto que puede enriquecer considerablemente al acreedor. Vid. *op. cit.* en nota 163, p. 578.

Por otro lado, ARAGONESES indica que existe una tercera modalidad de *Astreinte* a la que denomina definitiva e indemnizatoria. «Se distingue de la anterior en cuanto es una sanción plenamente indemnizatoria, destinada a reparar un daño futuro y cierto que se entiende que se puede evaluar precisamente al momento de dictarse el fallo condenatorio y aun antes de su producción efectiva.» Cfr. *op. cit.* en nota 157, p. 58.

<sup>223</sup> Señala el segundo párrafo de tal artículo que sin embargo, puede surtir efectos desde el día de su pronunciamiento, si éste se ajusta ya a una decisión ya ejecutoria. Vid. en este sentido, TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, p. 785.

<sup>224</sup> Vid. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, p. 785.

dación de la *Astreinte*, es decir, la fijación de la suma definitivamente debida <sup>225</sup>.

El Juez que liquide la *Astreinte* no está vinculado por criterio de cálculo alguno, sino únicamente por los recursos del deudor y por las dificultades objetivas que éste tenga para cumplir <sup>226</sup>. Éste apreciará, discrecionalmente, si ha de moderar o suprimir la condena pecuniaria provisional, sin estar obligado a motivar su decisión, de tal modo que la fijación del importe de la *Astreinte* no depende de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor, ni tampoco de la noción de perjuicio o la de culpa *-faute-*, en tanto que estas últimas no han de ser tomadas en consideración para el cómputo de su valor <sup>227</sup>.

Una vez fijada la cuantía definitiva de la *Astreinte*, cabe la aplicación de todas las medidas específicas propias de la ejecución expropiativa <sup>228</sup>.

Por último, la doctrina se ha cuestionado si cabe la posibilidad de obtener una liquidación anticipada de la *Astreinte*, con la finalidad de urgir el cumplimiento por parte del deudor, a través de un embargo de bienes. En este sentido, se ha estimado que tal procedimiento es poco práctico, puesto que si a pesar del embargo, la conducta dilatoria del obligado prosigue, se vería en la necesidad de requerir una nueva liquidación anticipada. Esta liquidación tendría, únicamente un carácter provisional y si cuando se practicara la liquidación definitiva, el importe total se redujese, el acreedor tendría que reintegrar la parte de la suma que en exceso hubiese recibido, por ello, la Jurisprudencia no ha adoptado una decisión firme al respecto <sup>229</sup>.

---

<sup>225</sup> BÉNABENT observa que cuando el beneficiario solicite la correspondiente liquidación, tiene la carga de la prueba de acreditar hasta que fecha ha durado el incumplimiento o el retraso del deudor. *Vid. op. cit.* en nota 178, p. 445.

<sup>226</sup> *Vid.* STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 829.

<sup>227</sup> STARCK, a este respecto, precisa lo siguiente: «Así es como una Corte de Apelación procedió a la liquidación de una *Astreinte*, fundada justamente su decisión en el solo incumplimiento por el deudor de la resolución ordenando esta medida, sin tener que caracterizar la culpa por parte del deudor, en cuanto que no se había invocado la excepción de fuerza mayor.» *Cfr. op. cit.* en nota 165, p. 830; *vid.* igualmente MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.* en nota 163, p. 579.

<sup>228</sup> *Vid.* ARAGONESES, *op. cit.* en nota 157, p. 126.

<sup>229</sup> *Vid.* ARAGONESES, *op. cit.* en nota 157, pp. 125-126.



## ADDENDA

Como consecuencia de la promulgación de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil, con posterioridad a la elaboración del presente trabajo, el epígrafe 3.1 debe tener el siguiente contenido:

Ante la ausencia de ejecución de la prestación de hacer infungible, una vez se haya agotado el plazo señalado sin que el deudor-ejecutado haya llevado a cabo el cumplimiento de la misma, el ejecutante puede optar entre solicitar que la ejecución siga adelante para entregarle un equivalente pecuniario de la obligación, o pedir que se apremie al obligado con una multa por cada mes que transcurra sin verificarlo desde la finalización del plazo concedido por el juez para cumplirlo<sup>1</sup>. Esta es la solución que se desprende del párrafo primero del artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y que también debe completarse con lo dispuesto en los artículos 1.098 del Código civil si lo relacionamos con los artículos 1.161<sup>2</sup> y 1.166 segundo párrafo<sup>3</sup> del mismo cuerpo legal<sup>4</sup>.

Dispone, el artículo 709.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil que cuando el título que haya de ejecutarse contenga una prestación de hacer infungible, 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.

En este sentido, se ha considerado acertada la modificación operada por el legislador en esta materia, en tanto que con arreglo a la insuficiente regulación anterior de la misma, la satisfacción del

---

<sup>1</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Comentario al artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento civil, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, Tomo III, director Lorca Navarrete*, Valladolid, 2000, p. 3713; MORENO CATENA, *La nueva Ley de Enjuiciamiento civil, Tomo IV, La ejecución forzosa*, Madrid, 2000, p. 132; ARROYO GARCÍA, *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, coordinador Cabañas García*, Madrid, 2000, pp. 633-634; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional II, Valencia, 2000*, pp. 649-650; CORTÉS DOMÍNGUEZ y otros, *Derecho Procesal Civil, Parte General*, Madrid, 2000, pp. 483 ss.; con respecto a la anterior normativa, pueden consultarse las siguientes obras, MANRESA, *op. cit.*, p. 494; MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, p. 767; FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 331 ss.; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional, Barcelona, 1994, cit.*, p. 82; VERDERA SERVER, *op. cit.*, p. 295; TAPIA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 128; DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 680; BADOSA, *op. cit.*, p. 30; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 206; MORENO QUESADA, *op. cit.*, p. 499.

<sup>2</sup> Artículo 1.161 del Código civil. «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».

<sup>3</sup> Artículo 1.166 del Código civil. «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».

<sup>4</sup> Vid. MORENO CATENA, *op. cit.*, p. 132; DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, p. 3713.

interés específico del acreedor en el cumplimiento de prestaciones de hacer infungibles quedaba totalmente al arbitrio del deudor, por cuanto no se preveía medio alguno que posibilitara la obtención del cumplimiento *in natura*<sup>5</sup>. Únicamente se disponía que, ante un posible incumplimiento por parte del obligado, el acreedor había de conformarse con el resarcimiento de perjuicios en el supuesto de que, por tratarse de personalísimo el hecho a cargo del deudor, no pudiera verificarse su cumplimiento por un tercero y a costa de aquél, por lo que asumía completa efectividad el paralelismo y la reciprocidad entre la infungibilidad de la prestación y su incoercibilidad, lo cual implicaba la imposibilidad de admitir constricción de clase alguna ante la conducta infungible del deudor<sup>6</sup>.

No obstante, sorprende, precisamente, el que el legislador no haya incorporado expresamente, en la regulación de la norma que se comenta, artículo 709 LEC y ante la eventual opción del acreedor-ejecutante por el equivalente pecuniario de la prestación de hacer, el posible resarcimiento de los daños y perjuicios que tal inejecución de la obligación hubiera podido ocasionarle. Tal prescripción suscita la cuestión acerca de si este resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos ha de entenderse incluido en la locución «equivalente pecuniario de la prestación», apreciación que pondría de manifiesto la insuficiente precisión técnica de la norma que nos ocupa; o si, por el contrario, su no explícita alusión debe ser interpretada en el sentido de que aquél, resarcimiento de daños y perjuicios, se encuentra excluido de la solicitud por parte del ejecutante cuando se incline por el cumplimiento por equivalente, lo cual, inevitablemente, introduciría el riesgo de infracompensación numeraria al acreedor que, además, no ha obtenido el cumplimiento *in natura* de la prestación debida.

Según el artículo 709.1 ya citado, y al igual que en las prestaciones de hacer fungibles, el Tribunal requerirá al deudor para que ejecute la prestación a su cargo dentro de un plazo que fijará según la naturaleza del hacer y las circunstancias que concurren. Durante tal período, se ofrece al ejecutado la posibilidad de exponer las

---

<sup>5</sup> Considera ARANGÜENA FANEGO que: «A terminar con este estado de cosas ha procedido decidida y acertadamente el legislador de 1999 y de ello da idea el que se haya considerado que sin duda la mayor novedad de la nueva ley en materia de ejecución no dineraria estriba en el propio espíritu y en el cambio de mentalidad operado en el legislador en la línea clamorosamente reclamada desde diversos sectores doctrinales y de la práctica forense». Cfr. «Comentario al artículo 699 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III, director Lorca Navarrete*, Valladolid, 2000, p. 3592. Respecto a la anterior regulación normativa vid. TAPIA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 128-129; MARTÍN PÉREZ, *op. cit.*, pp. 329 ss.

<sup>6</sup> Vid. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 101; VERDERA SERVER, *op. cit.*, p. 296; MOSCOSO TORRES, «Ejecución no dineraria», en *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada, Volumen II, coordinadores Marina Martínez-Pardo y Loscertales Fuertes*, Madrid, 2000, pp. 1432-1433.

razones por las que se opone a realizar lo dispuesto en el título y aducir lo que estime adecuado acerca de la naturaleza fungible o infungible de la prestación debida. Al respecto, se ha señalado que, en principio, parece evidente que las manifestaciones del ejecutado, respecto a su negativa a cumplir lo que le manda el auto, no pueden significar otra cosa más que la ampliación del plazo del requerimiento, en el supuesto de que el deudor expresara su insuficiencia y, en cualquier caso, servirá como factor a tomar en cuenta por el Juez cuando tenga que decidir sobre las consecuencias del incumplimiento, pues habrá de resolver sobre si la ejecución sigue adelante *in natura* o por el equivalente pecuniario de la prestación<sup>7</sup>.

Concluido el señalado plazo sin que el ejecutado haya cumplido la obligación, ya se ha señalado que el acreedor-ejecutante tiene la opción de solicitar que la ejecución continúe para proporcionarle un equivalente pecuniario de la prestación, o que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a efecto desde la finalización del plazo. En este caso, el Tribunal resolverá lo que proceda y accederá a lo solicitado por el ejecutante si considera que la prestación objeto de condena reúne las especiales características que califican a las obligaciones de hacer infungibles<sup>8</sup>.

Llegados a este punto, se incline el Tribunal por una o por otra alternativa, se aplicará al ejecutado una multa. Por un lado, si se le apremia, para que lleve a cabo el cumplimiento específico de la obligación, se le impondrán multas mensuales, cuyo importe podrá ascender a un 20% del precio o valor que en el mercado se atribuya a esas conductas. Y, por otro, si se manda seguir la ejecución para obtener el equivalente pecuniario de la obligación, se le sancionará con una multa única, cuya cuantía podrá elevarse hasta un 50% de dicho precio o valor, conforme al artículo 711 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil<sup>9</sup>.

Si la ejecución ha de proseguir para obtener un equivalente pecuniario de la prestación, la regulación de la materia se remite a la norma

<sup>7</sup> Cfr. MORENO CATENA, *op. cit.*, pp. 131-132; DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, pp. 3711-3713.

<sup>8</sup> Vid. MORENO CATENA que, en este sentido, considera que: «Parece claro que esa especie de vinculación automática de la resolución judicial a lo pedido por el ejecutante, según parece desprenderse de la norma, tiene que modularse con lo manifestado por el deudor, puesto que la situación personal de éste puede condicionar e incluso determinar el contenido de la preferencia del acreedor (si el pintor que debía hacer el retrato ha sufrido un accidente que le impide usar las manos carece de sentido imponerle apremios para intentar que cumpla)». Cfr. *op. cit.*, p. 132; DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, pp. 3713-3714.

<sup>9</sup> Vid. MORENO CATENA, *op. cit.*, p. 132; MONTERO AROCA y otros, *Derecho jurisdiccional II, Valencia, 2000*, pp. 649-650; MOSCOSO TORRES, *op. cit.*, p. 1434; vid. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, que considera que la imposición de multas al deudor-ejecutado podría ser inconstitucional, «Comentario al artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento civil», *Comentario a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 2000.

relativa a las ejecuciones de prestaciones de hacer fungibles, es decir, al artículo 706.2 de la LEC. En el supuesto de que se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se repetirán los requerimientos cada tres meses, hasta que finalice un año contado a partir del primero de ellos. Si pasado el año, el ejecutado persistiera en su actitud renuente al cumplimiento de lo dispuesto en el título, la ejecución continuará para proporcionar al acreedor-ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción, siguiendo la propia dicción del artículo 709.3 de la LEC., 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<sup>10</sup>.

Finalmente, se ha señalado que, en líneas generales, la valoración de la actual ejecución por obligaciones de hacer ha de ser positiva, sobre todo en lo referente a la configuración del derecho a la ejecución en sus propios términos integrando el entramado del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida en el artículo 24 de nuestra Constitución.

Se liquida, de este modo, el criticado sistema anterior de ejecución, con una absoluta preferencia, especialmente respecto de prestaciones personalísimas, por la sustitución del cumplimiento *in natura* de la obligación por la indemnización de daños y perjuicios, dejando, como ya se ha indicado, en manos del propio deudor la opción de desvirtuar el cumplimiento de una obligación infungible por su equivalente económico, solamente por el transcurso del plazo concedido por el juez para su cumplimiento en forma específica.

Por último, y respecto a las multas pecuniarias, se ha señalado que, aunque en principio, su instauración es considerada una medida acertada y oportuna, hubiera sido más idóneo implantar un régimen análogo al sistema francés de *Astreintes*, por estimarlo más adecuado para alcanzar el cumplimiento *in natura*, particularmente cuando se trata de obligaciones de hacer infungibles. No obstante, debe traerse a colación al respecto la Exposición de Motivos (XVII, final) de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil que muestra el criterio del legislador en orden a esta disciplina: «se evitan las constricciones excesivas, buscando el equilibrio entre el interés y la justicia de la ejecución en sus propios términos, por un lado y, por otro, el respeto a la voluntad y el realismo de no empeñarse en lograr coactivamente prestaciones a las que son inherentes los rasgos personales del cumplimiento voluntario»<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, pp. 3713 ss.; para MORENO CATENA, los apremios que ha de satisfacer el deudor lo son en concepto de multas y, por ello, han de ser ingresados en el tesoro público no entregándose, en ningún caso, a favor del acreedor. *Vid. op. cit.*, p. 133.

<sup>11</sup> Vid. los anteriores argumentos en ARANGÜENA FANEGO, *op. cit.*, pp. 3602 ss.; *vid. también*, MOSCOSO TORRES, *op. cit.*, pp. 1401 ss.