

el segundo que se hace responsable a la empresa de infracciones y multas administrativas impuestas a sus empleados y dependientes, pese a los reparos teóricos que ello puede ofrecer.

De la jurisprudencia militar, en aplicación del artículo 48 del Código penal de Justicia Militar, que declara responsable al Estado por los actos de los militares cita la sentencia de 2 de marzo de 1988, en el Capítulo VI.

El Capítulo VII es, como el autor lo titula, una miscelánea en la que se apuntan problemas como los plazos de prescripción y la conexión entre la acción civil y la penal.

En el VIII se compara la responsabilidad por hecho propio del artículo 1.902 con la que se contrae por hecho ajeno del 1.903 y toca levemente la comparación de esta última con la del artículo 22 del Código penal. En la primera comparación dice que la del 1.902 es una responsabilidad subjetiva, mientras que la del 1.903 es objetiva; en la segunda afirma que ambas son objetivas, pero aún lo es más la del artículo 1.903, afirmación de la que sería interesante que diera las razones, pero que no da.

El Capítulo IX, dedicado a cuestiones varias, enumera algunos temas referentes al incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene, y la responsabilidad que alcanza por ello al empresario. También comenta lo injustificado de que al empresario no se le permita impugnar la condena de su empleado, sino únicamente su condena como responsable civil.

El X o Colofón, hace una breve reseña doctrinal sobre la base de esta responsabilidad por hecho ajeno, que no es la culpa propia, sino la relación existente con quien causó el daño.

En un *addenda* recoge alguna de las sentencias del año 1990, que considera interesantes, en relación con los temas estudiados.

Como se desprende de este resumen, la obra tiene una estructura demasiado ambiciosa para su extensión, lo cual le impide adentrarse en los temas, por descontento interesantes, que plantea. Además el estudio jurisprudencial siempre resulta difícil, pues no todas las decisiones judiciales se unen en una corriente única, ni sus razonamientos son iguales y desde luego el tema de la responsabilidad del empresario por hechos de sus empleados, no es una excepción.

Es de destacar el gran número de sentencias empleadas, que sirven para hacerse una idea de cuál es el panorama actual en España sobre la aplicación de los preceptos que se estudian y de otros temas con él conexos.

ISABEL SIERRA PÉREZ
UAM. Derecho Civil

EGUSQUIZA, M.^a Angeles: «La configuración jurídica de las obligaciones negativas» José M.^a Bosch, Editor, S. A. Barcelona, 1990.

La monografía elaborada por la Dra. Dña. M.^a Angeles Egusquiza, *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, viene a llenar un gran vacío doctrinal salvado sólo en parte por el estudio del Profesor de Angel Yagüez sobre la servidumbre negativa y por algún análisis aislado de pactos de exclusiva y prohibiciones de disponer.

La obra tiene como base la tesis doctoral defendida por la autora en la Universidad de La Laguna y pretende, sin separarse de su título, una configuración de la obligación negativa partiendo de las escasas nociones que recogen los manuales. Si bien la autora no deja de fijar la atención en los supuestos prácticos en que puede aparecer la obligación negativa, el estudio se ciñe a los pocos preceptos que el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil dedican a la materia; por ello no resulta un estudio disipado de la cuestión sino, por el contrario, muy centrado en su construcción y organización. Merece la pena destacarse su división en tres Capítulos muy bien diseñados que ayudan a llevar al lector hasta las conclusiones de manera progresiva y en ningún caso premiosa, completando la monografía con una addenda dedicada al pacto de exclusiva.

I. El primer Capítulo, *La obligación en general*, nos introduce al complejo mundo de la obligación, abordándolo tanto en un sentido histórico como dogmático.

El análisis histórico de la obligación comienza con las estructuras obligacionales en sus distintas épocas: arcaica, clásica, postclásica y justiniana, concluyendo con que el *non facere* en Derecho Romano no tiene una conceptualización autónoma. El Derecho Moderno viene marcado por dos teorías expuestas en sus planteamientos y en su crítica: la clásica (Savigny) y la patrimonialista. La primera de ellas, al centrar la obligación en el deber del obligado a realizar determinados actos, es decir, en el débito, olvida el aspecto de responsabilidad del deudor. Por el contrario, la patrimonialista fija exclusivamente su atención en la responsabilidad subsiguiente al incumplimiento. Tanto una como otra, concluye la autora, parten de un planteamiento erróneo al olvidar el aspecto personal y dinámico de la obligación y ceñir sus esquemas a la patología obligacional, a los casos de incumplimiento.

Como contrapeso a estas dos tesis modernas, surge la doctrina del «Schuld» y «Haftung» intentando compatibilizar débito y responsabilidad aunque afirmando que, si bien en toda obligación estos dos elementos coexisten, viven autónomamente. La crítica a tal postura, no podría hacerse esperar pues ambos elementos no pueden desligarse.

Así, una doctrina integradora supondrá una corrección de posturas. Cada postura atemperará sus afirmaciones incorporando y aceptando las tesis contrarias.

Después de esta concisa pero suficiente visión histórico-doctrinal, se aborda la obligación desde la perspectiva del Derecho español. Dos podrían ser las conclusiones: de una parte, que la obligación en Derecho español tiene carácter jurídico y de otra, que la responsabilidad aparece con un significado eminentemente subjetivo. La juridicidad de la obligación tiene varias implicaciones: la incoercibilidad de la conducta del deudor, el hecho de que el incumplimiento sea fuente productora de sanción —con el análisis de tal sanción (ejecución en forma específica y resarcimiento)—, y el establecimiento de medidas tendentes a hacer efectiva la obligación.

Así pues, la autora ofrece la concepción más adecuada de obligación conforme a nuestro Derecho: aquélla que hace recaer el vínculo sobre la persona del deudor aunque aquél tenga un carácter jurídico, lo que implica que las consecuencias del incumplimiento, salvo excepción, incidan no sobre su persona sino sobre sus bienes. Y en segundo lugar, que necesariamente es el patrimonio del deudor quien soporta las consecuencias del incumplimiento, no compensable de otro modo, a fin de que se satisfaga el interés del acreedor.

Sin salir del análisis de la obligación en general, y tras esa visión de la obligación, la autora realiza una breve incursión en las obligaciones negativas en el Derecho español, únicamente con una concisa visión histórica de la redacción del Código civil, para concluir que la inclusión en el artículo 1.088 del *no hacer* como uno de los objetivos posibles de la obligación, obedece al reflejo del Código francés y del holandés, pero no a nuestra tradición histórica.

Este primer Capítulo ofrece dos puntos de apoyo que acaban por presentar nitidamente el auténtico concepto de obligación: su diferencia con el deber jurídico y con otras posibles relaciones jurídicas.

Las notas definidoras del deber jurídico en que consiste la obligación, quedan recogidas en la idea de que tal deber consiste en la realización de una prestación por parte de un sujeto deudor, a favor de otro, acreedor, quien, correlativamente, tiene el derecho de exigirla.

Respecto al examen de la relación obligatoria en comparación con otras posibles relaciones jurídicas, se analiza de manera primordial la cuestión de los derechos reales. A tal fin se exponen las dos fundamentales teorías que han explicado la diferencia. Así, para la teoría clásica entre ambos tipos de relaciones no hay punto alguno de conexión —por los sujetos, objeto, contenido, por la actividad que se desarrollan en ambas y por su dinámica—. Frente a ella, la teoría obligacionista acaba por negar cualquier diferencia entre el derecho real y la relación obligatoria.

La crítica a ambas posturas cierra este primer Capítulo matizándolas y concluyendo la no absoluta identidad de ambos tipos de relación fundamentalmente por los sujetos intervinientes, por el comportamiento exigible en ambas y por su ejercicio.

II. Con los claros elementos ofrecidos en el primer Capítulo, el Capítulo segundo aborda el tema de *La obligación negativa en particular*.

Ya la introducción del primer epígrafe nos hace ver la peculiaridad de la obligación negativa: su contenido u objeto consiste en una actividad omisiva del deudor. Y aunque tal especialidad haya llevado a negar a algunos que se trate de una auténtica obligación con base en varios argumentos, no por ello debe excluirse del ámbito de la prestación semejante objeto. Con el manejo de la doctrina italiana, la autora afirma que el beneficio que obtiene el acreedor por medio de la conducta del deudor puede residir en el mantenimiento de una situación en el mismo estado en el que se encontraba anteriormente. Este interés es valorable de forma objetiva cuando frente a la ganancia que podría reportar a una de las partes la modificación de un estado de cosas, la otra alcanza su interés con la conservación de esas circunstancias y así lo pactan, lográndose este fin a través de una conducta abstencionista.

El concepto de obligación negativa se analiza —ante el silencio del CC al respecto—, a partir tanto de los posibles supuestos que integran el concepto de obligación negativa, como de su contenido. Tras los posibles supuestos de obligación negativa —no hacer, no dar y padecer (*pati*)—, merece destacarse tanto por su dificultad como por la altura de la exposición, el análisis del contenido de la obligación negativa.

El paralelismo existente entre las obligaciones negativas con contenido de «non facere» o de «pati» y los derechos reales con idéntico contenido, obliga a realizar una clara distinción. Efectivamente tales servidumbres están configuradas por com-

portamientos de tipo negativo. Pero las obligaciones negativas y los derechos reales con tal contenido difieren tanto en su origen como en su naturaleza. Habrá que examinar cada supuesto concreto para deducir el carácter crediticio o real del derecho, sin atender exclusivamente al criterio de la temporalidad.

Muy clarificado para la determinación del contenido de las obligaciones negativas es el análisis del acto omisivo. A tal efecto se observa el querer del obligado como un elemento requerido únicamente en el momento inicial del nacimiento de la obligación, y que, por tanto, no necesita ser reiterado.

En la configuración jurídica de la obligación, influyen también las distintas teorías sobre la obligación en general y que fueron expuestas en el primer Capítulo. Así, la doctrina clásica, al fijar su atención en la conducta del deudor y considerar a ésta como la «cosa» objeto del señorío del acreedor, no tendría aplicabilidad o explicación ante la obligación negativa, pues los actos sobre los que el acreedor podría tener un hipotético dominio serían omisiones. Por otro lado, la teoría patrimonialista al centrar la obligación en la posibilidad de que el acreedor satisfaga su interés al margen de la conducta del deudor tampoco explica satisfactoriamente la obligación negativa.

Dentro de esta última línea, CARNELUTTI no acertó a aplicar su teoría a la obligación negativa, pues al afirmar que toda obligación consiste en un «tolerar», la obligación negativa es configurada como una obligación de no usar un bien cuyo disfrute estaba inicialmente reservado al deudor. Mientras el objeto de la prestación sería el propio bien cuyo goce se restringe, el objeto de tal obligación, es decir, la prestación, sería la inercia a la que el deudor se ve abocado por mediar la obligación.

Como la autora apunta, CARNELUTTI olvida en su teoría la parte activa de la obligación, olvido que se manifiesta especialmente en la fase de incumplimiento, pues, si seguimos a CARNELUTTI, concluiríamos con que el incumplimiento de una obligación negativa daría lugar a que el acreedor no pueda obtener el bien debido. El incumplimiento se entendería como el efecto derivado del no goce, del bien debido por parte del acreedor.

También la teoría del «Schuld» y «Haftung» incide en la configuración de la obligación negativa. La total independencia entre responsabilidad y débito supone que el acreedor sólo puede obtener el cumplimiento por equivalente dado que el comportamiento omisivo no puede separarse de su actor.

Continuando con la configuración jurídica de la obligación negativa, la monografía aborda el tema de la clasificación de tales vínculos, atendiendo a su origen, función, contenido y duración temporal. Respecto a su origen, las obligaciones negativas se clasificarán en orden a su proveniencia de la ley, del convenio o de la realización de un ilícito civil. Y en cuanto a estas últimas obligaciones, se puntualiza que su origen será la ley que contempla el acto ilícito su origen mediato, y será la sentencia que las imponga su origen inmediato.

Por su trascendencia a la hora de establecer su régimen jurídico, las obligaciones negativas serán —según su duración temporal—, instantáneas o de tracto único, duraderas o de tracto continuado y periódicas o de tracto sucesivo.

El Capítulo se cierra con dos apartados que acaban de definir claramente los trazos jurídicos de la obligación negativa. De un lado, su relación con otras figuras de contenido negativo. De otro, el examen de aspectos concretos de la obligación negativa.

Cuatro figuras de contenido negativo aparecen esbozadas. En primer lugar el principio general «*alterum non laedere*», como deber de carácter genérico que ordena la no invasión de la esfera jurídica del otro sin determinación o establecimiento previo. La disparidad principal con la obligación negativa radica en su naturaleza, pues ésta es un deber jurídico particular en el que se limita el ejercicio de una actividad, que, en virtud de la obligación, se establece en un determinado sentido. La segunda figura analizada es la prohibición legal de disponer consistente en una privación del poder de disposición establecida por ley e impuesta a un sujeto para que actúe en un sentido determinado. Difiere asimismo de la obligación negativa la prohibición convencional de disponer: mientras en la primera lo vedado es una concreta acción, en la segunda se priva de la facultad de disponer. Por último, aparece como figura distinta el pacto de no pedir, de claros rasgos procesales por el que se persigue el no ejercicio de una acción concreta.

Los posibles caracteres que a continuación son objeto de atención resultan, junto con la división de las obligaciones negativas según el criterio temporal, decisivos en orden a fijar posteriormente su régimen de cumplimiento e incumplimiento. Tales notas son: la patrimonialidad de la prestación, su divisibilidad, su carácter de medio o de resultado y la infungibilidad de la prestación.

La patrimonialidad se plantea tomando en consideración las distintas doctrinas expuestas sobre ella como requisito de la obligación. Se expone la revitalización de la idea de patrimonialidad, afirmando por último que, si bien en teoría la determinación pecuniaria de la obligación negativa resulta difícil, en la vida práctica tal valoración pecuniaria se ve solventada con frecuencia por medio de medidas tendentes a agravar el incumplimiento.

¿Es divisible la obligación negativa? Ciñéndose al estudio de las obligaciones con singularidad de sujetos y a la divisibilidad como característica de la prestación, la autora realiza una proyección histórica del problema. Tanto en los textos romanos como en el Derecho intermedio la divisibilidad de la obligación negativa aparece como una cuestión no pacífica. El decisivo papel que desempeñó el pensamiento de POTHIER admitiendo que las obligaciones «*in non faciendo*» pueden ser divisibles siempre que la actitud omisiva sea susceptible de ejecución parcial, es evidente en nuestro Código civil.

Si bien nuestro Código adopta un criterio ambivalente —será divisible o indivisible la obligación de no hacer según sea el carácter de la prestación (art. 1.151)—, la mayoría de la doctrina española se ha decantado (aunque con salvedades) por la indivisibilidad de la obligación negativa apoyándose en que no es posible un cumplimiento parcial de este género de obligaciones.

La doctrina italiana admite, por el contrario, la divisibilidad de la prestación negativa cuando concurren varios deudores y la omisión debida sea un acto complejo o de desarrollo sucesivo. Sin embargo, también la doctrina italiana presenta disidencias. CICALA distingue la divisibilidad del objeto y la de la prestación, concluyendo con la posibilidad de una obligación negativa indivisible aun cuando el objeto de la prestación sea apto para su fraccionamiento, supuesto imposible en las obligaciones negativas duraderas.

La civilística francesa, heredera directa de la doctrina de POTHIER acepta su postura; por el contrario los juristas alemanes asumen la idea de que los créditos de omisión son indivisibles, argumentando en general que la obligación de no

hacer en ningún caso es concebible como susceptible de realización a medias, ya que obedecer parcialmente es no obedecer.

Las soluciones de la autora en este tema ofrecen una visión pormenorizada del mismo. La divisibilidad o no habrá de ser resuelta atendiendo a los tipos de prestación: instantánea o de tracto único —indivisible en todo caso—, de tracto sucesivo, periódica o a plazos, indivisible en razón a que es la globalidad de todas las abstenciones debidas la que proporciona la utilidad perseguida—, y obligaciones negativas duraderas o de tracto continuado, donde se observan mayores dificultades para su calificación.

En efecto, ¿es el tiempo, divisible por naturaleza, el elemento divisor determinante de la prestación negativa duradera? En las obligaciones con un único sujeto podría darse una respuesta afirmativa pero no ocurre lo mismo en el supuesto de una pluralidad de deudores no solidarios. Debería decirse que es más bien la aptitud del objeto de la prestación para ser escindido, el elemento determinante de la divisibilidad; aunque el tiempo la potenciará. Tras analizar varios supuestos, la Dra. Egusquiza fija su atención en dos: el pacto de no concurrencia convenido por una pluralidad de sujetos mediando un solo vínculo obligacional, y el de pluralidad de herederos obligados a una obligación negativa transmitida por el causante. Por aplicación del principio de que nadie responde de un hecho ajeno (no mediando garantía personal ni de responsabilidad por actos de otro), no es posible extender la nota de responsabilidad propia a la de los otros herederos. Pero evidentemente, a pesar de que en la obligación negativa el comportamiento omisivo es en sí indivisible, si se produce la división efectiva del objeto, tal fraccionamiento originará tantas obligaciones negativas como cuotas fijadas.

En suma, el criterio que soluciona el tema de la divisibilidad o no de las obligaciones negativas de objeto divisible, será el de concretar si media una única prestación o varias. Por tanto, habrá que atender a la voluntad de las partes para averiguar si éstas pretenden someter la utilidad de la prestación a su ejecución conjunta por todos los obligados —en cuyo caso se habrá engendrado una especie de indivisibilidad convencional que afecta al objeto indivisible cualificándolo como indivisible por la voluntad que reporta—, o, si existen tantas obligaciones indivisibles como notas se hayan producido con el fraccionamiento del objeto.

Dos últimas notas finalizan el concepto de obligación negativa. De un lado, su calificación como obligación de medios o de resultado, de otra, su carácter personalísimo.

La obligación negativa presenta un especial cariz. En ella la actividad del deudor y el resultado deseado no están perfectamente deslindados, ya que la actividad personal del deudor por sí misma produce el efecto deseado, sin embargo, el criterio de determinación del tipo obligacional debe descansar en la exigibilidad del resultado. Cuestión trascendental en orden al cumplimiento: deberá atenderse tanto a la posibilidad efectiva de obtener el resultado como a la voluntad contractual.

Y, por último, la obligación negativa ¿tiene carácter personalísimo o es fungible? Si la obligación negativa consiste en una abstención, el único que puede efectuar tal comportamiento será el sujeto obligado. Tal infungibilidad debe predicarse —a juicio de la autora—, tanto si la obligación negativa se califica como de medios como de resultado. La consecuencia inmediata de ello es la intransmisibilidad de la obligación negativa, a no ser que o bien se haya estipulado en con-

tra, o bien el orden cuasi-público imponga que terceros no vinculados subentren en la posición antigua de deudor.

III. El tercer Capítulo, *Régimen jurídico de las obligaciones negativas*, resulta ser la parte más fluida y de interés práctico de la monografía. En él se analizan las posibles fases o situaciones por las que puede discurrir la dinámica de este tipo de obligaciones: cumplimiento, cumplimiento inexacto, el incumplimiento, sus clases y efectos y la resolución.

Como ya hemos avanzado anteriormente, muchas de las características de la obligación negativa van a determinar en este momento un especial y peculiar régimen, por ello una lectura aislada de este tercer Capítulo obligaría a remisiones constantes al Capítulo anterior.

1. La primera fase que puede atravesar la obligación negativa es la de su *cumplimiento*. Hablaremos de cumplimiento de una obligación negativa cuando el acreedor vea satisfecho su interés con el desarrollo de una actividad negativa; así, la obligación negativa se considerará cumplida cuando la prestación ejecutada sea la exacta y su ejecución responda a un «animus solvendi».

El análisis de la exactitud de la prestación en una obligación negativa realiza una concreción de los elementos que la integran: identidad, integridad e indivisibilidad.

La intencionalidad de solvens dirigida a extinguir la obligación debida se manifiesta en este tipo de obligaciones en varios momentos, no en uno sólo. La combinación de ellos dará lugar a que podamos o no hablar de cumplimiento. Este tema plantea varias cuestiones, entre ellas la de qué ocurre cuando no se sabe la causa de la abstención.

Además de la exactitud de la prestación y el animus solvendi del deudor la autora analiza dos elementos más del cumplimiento: su naturaleza jurídica y el papel del factor tiempo en el cumplimiento. Quizá la ubicación de la naturaleza jurídica del cumplimiento no sea a nuestro juicio la más adecuada —hubiera sido más clarificador tratarla junto con el concepto—. En esta materia se analizan las diferentes doctrinas sobre el pago (como negocio, actuación de un mandato, simple acto jurídico, acto debido...), haciendo ver que el fenómeno del pago en la obligación negativa es uno de los puntos que pone a prueba la solidez de dichas construcciones doctrinales.

En cuanto al tiempo, ¿cuándo debe el deudor verificar la actividad debida?, ¿qué papel juega el tiempo en el cumplimiento? Tras analizar los diferentes papeles que puede representar el tiempo en la obligación, se observa que en una obligación negativa el tiempo desempeña un mayor protagonismo cumpliendo una doble función: no sólo conforma la propia estructura de la obligación (como ya se vio), sino que además puede modalizar el cumplimiento de la prestación negativa.

Es en este último supuesto en donde se hace especial hincapié atendiendo sobre todo a la esencialidad del término en las obligaciones negativas. Se apunta la idea de que tales obligaciones no siempre están sujetas a término esencial; esto sólo podrá afirmarse respecto de las obligaciones de tracto único, pero no absolutamente respecto de las desarrolladas en el tiempo, ya que aunque se realicen algunos actos contrarios, por su propia prolongación temporal, pudiera pensarse que aún es posible el cumplimiento por el período de tiempo restante.

2. *Cumplimiento inexacto*. Dos supuestos concretos de inexactitud de pago se analizan: el cumplimiento anticipado y el realizado por un tercero.

El pago anticipado se producirá siempre que la ejecución de las prestaciones antes del tiempo señalado origine los efectos jurídicos reconocidos al cumplimiento, es decir, cuando resulte inocuo para los intereses de las partes un pago anticipado.

Pero dado que en las obligaciones negativas el tiempo conforma estructuralmente el objeto de la prestación, un cumplimiento anticipado carece de sentido pues el objeto de la prestación antes de tiempo es inexistente. Esta idea fundamental se concreta y matiza, sin embargo, en los distintos tipos de obligaciones negativas: instantáneas, duraderas y periódicas o a plazos. Así pues, la regla general será la imposibilidad de cumplimiento anticipado, y por tanto la inaplicabilidad del artículo 1.162-2 Cc, con la única excepción de error en el solvens.

En otro supuesto de cumplimiento inexacto es el del realizado por tercero. Al hilo del artículo 1.158 Cc, y sin perder de vista la característica fundamental de la infungibilidad de la prestación negativa, se concluye la imposibilidad de que un tercero lleve a cabo la actividad solutoria de una prestación negativa, dado que las actuaciones del deudor son insustituibles.

3. *Incumplimiento*. La autora se ocupa tanto del incumplimiento forzado como del culpable.

a) Caso fortuito y fuerza mayor. A la obligación negativa resultan aplicables la exoneración por incumplimiento previsto en el artículo 1.105, y la imposibilidad de la prestación en las obligaciones de hacer. Así, en la obligación negativa la imposibilidad liberatoria se cifrará en una necesidad de que se haga lo vedado.

Pero la cuestión no es pacífica, así, la doctrina italiana al interpretar el artículo 1.222 del Código de 1942 que establece un régimen especial para el incumplimiento de las obligaciones negativas, afirmaba la responsabilidad del deudor en todo caso. Tal interpretación resultó corregida al afirmar otro sector doctrinal que en el artículo 1.222 sólo se establece una única forma de incumplimiento, la total y definitiva, pero que no excluye un incumplimiento relativo o mora.

El estudio de los requisitos necesarios para que opere la irresponsabilidad del deudor obligado a una prestación negativa por caso fortuito, da una visión general pero precisa del problema: inimputabilidad del suceso al deudor; imprevisibilidad del acontecimiento; imposibilidad de desarrollo obligacional) negativo (aunque con matices en las obligaciones duraderas) y nexos de causalidad entre el hecho y el daño.

b) Incumplimiento culpable. Fuera de todo hecho excluyente de la responsabilidad, el deudor ha de reparar los daños ocasionados por el incumplimiento. Pero, como en toda obligación, el incumplimiento de la obligación negativa comporta distintos efectos según sea la entidad del incumplimiento. Además, determinados aspectos de la obligación negativa obligan a afirmar que en ella no pueden darse o apreciarse todos los tipos de incumplimiento. Así, su carácter personalísimo excluye el pago por tercero, su indivisibilidad implica la imposibilidad de un incumplimiento parcial, y su carácter de *fixleistung* (o término esencial) impide el juego del pago anticipado.

Fijadas estas ideas, tres modalidades de incumplimiento culpable se analizan: el relativo (por mora), el defectuoso o inexacto por no realización total de la prestación, y el total.

El incumplimiento relativo viene definido por el hecho de que la obligación no sólo no se cumplió en la fecha fijada, sino por el dato de la posibilidad

de un cumplimiento íntegro de la prestación, es decir, de una satisfacción del interés del acreedor todavía posible. Tras exponer brevemente los requisitos de la mora, se aborda la inaplicabilidad de ésta a las obligaciones negativas.

Afirmando ya la imposibilidad de realización tardía en la obligación negativa, resulta excluida una de las notas inherentes de la mora. Esta aseveración deriva de lo ya expuesto en el Capítulo segundo: del carácter indivisible de las obligaciones negativas y del papel que juega en ellas el tiempo —como elemento que le confiere identidad y que obliga a afirmar en todo caso el carácter irreversible del incumplimiento—. El artículo 1.100-1 Cc reafirma estas ideas.

Todas estas conclusiones se ponen a continuación bajo el punto de vista del Derecho Comparado. En él, un sector doctrinal admite el juego de la mora en un único supuesto: cuando la prestación negativa ha de desarrollarse durante un período de tiempo concreto cuyo comienzo está fijado a partir de un preciso instante. Si de los términos en que fue establecido la obligación negativa no se desprende la existencia de una fecha determinada de comienzo y fin de la prestación omisiva, sino que, más bien, se faculta un margen temporal para que en este tiempo se desarrollara la omisión, la actuación del comportamiento abstencionista en cualquiera de esos instantes configurará el cumplimiento auténtico de la prestación.

El segundo supuesto de incumplimiento analizado en la obra es el cumplimiento inexacto por la no realización total de la prestación. Su estudio —congruentemente con lo mantenido hasta ahora—, sólo se ciñe a las obligaciones negativas duraderas, en las que el interés o utilidad de la prestación se prolongan temporalmente y, en las que, a pesar de que el incumplimiento de parte de la obligación determine un no comportamiento debido en toda su extensión, el intervalo restante es aún debido y puede reportar interés al acreedor. ¿Puede calificarse tal situación como de incumplimiento total? La solución deberá atender a tres elementos: que se haya actuado conforme a lo establecido (materialmente la obligación no ha sido totalmente incumplida), la subsistencia del interés del acreedor por el resto, y la voluntad del deudor de querer ejecutar la actividad omisiva.

Así, siempre que el interés del acreedor persista en el cumplimiento del resto y el deudor esté dispuesto a realizar lo debido, no podremos hablar de un incumplimiento total pero —apunta la autora—, se producirá una novación o sustitución de la prestación originariamente debida por otra cuyo contenido será por el tiempo que restaba por cumplir pudiendo además el deudor resarcir por lo indebidamente hecho.

El último supuesto de incumplimiento es el total: o bien porque no se lleva a cabo en el tiempo sin posibilidad de cumplimiento o ejecución posterior, o bien porque realizado parte del cumplimiento, el acreedor ve frustrada su utilidad o interés por el resto.

4. Al examinar los *efectos del incumplimiento*, la monografía se ocupa en intensidad del mecanismo del cumplimiento forzoso en forma específica, que entrará en juego siempre que exista imposibilidad definitiva de realizar la prestación.

La solicitud de cumplimiento en forma específica tiene como fin obtener una utilidad equivalente a la que se hubiera alcanzado de no producirse el incumplimiento. Por consistir en una actividad sustitutiva de la conducta, tal mecanismo sólo será posible cuando sea factible el desarrollo de la prestación y por supuesto, la obligación no tenga carácter personalísimo (cr. art. 1.161 Cc).

¿Puede aplicarse esta forma de ejecución a las obligaciones negativas? Evidentemente, y siguiendo las conclusiones del Capítulo II, no, dada la infungibilidad del comportamiento del deudor y de la prestación. Tal solución parece distinta si el cumplimiento de la obligación negativa acarrea la producción de un resultado material: con la eliminación del resultado se logrará una situación idéntica a la que se exigía.

La polémica sobre la aplicabilidad de la ejecución forzosa en forma específica a las obligaciones de no hacer se solventó a raíz del artículo 2.933 del Código italiano y las correspondientes normas procesales. Pero la interpretación de tales preceptos no resultó pacífica. Se entendió por un lado que en ellos no se contemplaba una propia ejecución específica, sino una destrucción de lo indebidamente hecho y que, por ello, debía calificarse como un resarcimiento en forma específica de los daños derivados de haber ejecutado lo prohibido; por otro lado, se descartaba la ejecución forzosa en forma específica dada la insustituibilidad de la prestación, afirmándose únicamente la posibilidad de ejecutar por equivalente.

Resumidamente, éstas son las conclusiones de la autora en este punto:

— En las obligaciones negativas, al desarrollarse el acto prohibido, el único camino que le queda al acreedor —además del pecuniario—, es el de obtener la destrucción de lo hecho, eliminando lo ejecutado.

— De esta manera se repara «in natura» reintegrando en forma específica, ya que no se puede efectuar el comportamiento omisivo ni exigirlo coactivamente por medio de ejecución forzosa en forma específica.

— Tal destrucción —que es una reparación «in natura»—, se lleva a cabo procesalmente a través del mecanismo de la ejecución forzosa.

— En nuestro Derecho, la doctrina procesal, al analizar las condenas de omisión, afirma y reitera el carácter restitutorio «in natura» de tal medida.

— ¿Tiene límites la posibilidad de destrucción? ¿Se aplica el artículo 1.099 Cc a toda relación crediticia? Dado el carácter relativo de toda relación de crédito, ésta no podría afectar a quien no ha sido parte en ella: si demoler lo indebidamente hecho afecta a la esfera patrimonial de terceros, resultará imposible adoptar tal medida de destrucción.

5. Epígrafe aparte se dedica a la *ejecución indirecta*. Cuando la ejecución directa es inviable —por tener la obligación término esencial o carácter personalísimo—, el acreedor se ve inerme. Por ello se articulan mecanismos indirectos para paliar tal situación. En concreto son dos los estudiados: las «astreintes» y la cláusula penal.

Las «astreintes» suponen medidas de coerción indirecta para el cumplimiento de una obligación declarada en sentencia, de carácter pecuniario y que adoptan los Tribunales de Justicia. Son medidas discrecionales y con valor conminatorio con cuyo ejercicio se pretende la obtención del cumplimiento «in natura» de una obligación —fundamentalmente de hacer o de no hacer—, establecida por resolución judicial y consistente en la entrega de una cantidad de dinero que aumenta de forma progresiva, fijada por cada día de retardo en el incumplimiento, o por otra unidad temporal distinta. Es clara la utilidad de este medio para conseguir que el deudor efectúe el cumplimiento de su obligación tanto en las obligaciones de hacer personalísimo como en las de no hacer.

Aunque nuestro ordenamiento procesal no incluye las astreintes como posible

medida para corregir la contravención, una puerta ha quedado abierta por la LOTC que admite la fijación por el TC de multas coercitivas.

Frente a las «astreintes», las cláusulas penales son medidas privadas fijadas por las partes para asegurar el cumplimiento de la obligación bajo penas o multas pecuniarias. Se fuerza de esta manera el vínculo obligacional al ofrecer un medio más intensamente eficaz para la consecución de su interés que la acción derivada del crédito simple.

Tres son pues sus funciones: un papel coercitivo, una función liquidadora (cuando se fija por anticipado el valor del daño que se podría irrogar al acreedor con el incumplimiento), y una función facultativa (sólo en los casos en que la realización de la pena permite que el deudor quede liberado de la obligación).

Después de plantear problemas generales —y más en concreto su encaje con la responsabilidad por daños cuando ésta es superior a lo estipulado en la cláusula—, se analiza su papel en las obligaciones negativas. En especial, ¿qué consecuencias se derivan del incumplimiento de una obligación negativa cuyo contenido omisivo debe desarrollarse durante un lapso de tiempo concreto y además dicha obligación está garantizada por una cláusula penal? Dependerá de si el incumplimiento de la prestación comporta la inutilidad de la prestación ya prestada o de si el comportamiento omisivo ya desarrollado proporcionó al acreedor un efectivo provecho. Será en el segundo caso cuando se plantea con mayor intensidad el problema del pago íntegro de la cláusula penal; y así, del análisis de la jurisprudencia se deriva que es necesaria una moderación de la pena.

6. *El cumplimiento por equivalente.* Consumado el incumplimiento y resultando imposible el cumplimiento «in natura», queda descartada la ejecución forzosa específica. Dos consecuencias inmediatas se derivan de esta situación: primera, la transformación de la obligación primitiva en otra pecuniaria por el equivalente; y segunda, interviniendo culpa, una obligación de resarcimiento («id quod interest») por la que se intenta reponer en la esfera jurídica del acreedor lo que media entre su situación real causada por el incumplimiento y lo que debiera haber percibido.

En algunas obligaciones negativas tendrá que destruirse lo indebidamente hecho, pero en todas deberá valorarse el interés contractual positivo, cuyo contenido será según el artículo 1.106 Cc el daño emergente y el lucro causante. En este punto, la autora resalta las dificultades para apreciar ambos elementos en el incumplimiento de una obligación negativa. En efecto, el comportamiento omisivo no tiene entidad pecuniaria objetiva sino que ésta surge en relación al fin pretendido; pero, además, en ocasiones el interés pretendido con tal actividad carece de trascendencia económica.

Por ello, es lógico que el daño emergente y el lucro cesante pierdan sus límites cuando nos encontramos ante el incumplimiento de una obligación negativa, y que se presenten mayores problemas cuando la prestación negativa carece de un interés patrimonial explícito. En tales casos, apunta la autora, para apreciar el daño, deberían usarse los parámetros del daño moral.

El Código civil dispensa un «id quod interest» diferente según medie dolo o culpa. Así, si existe culpa o negligencia en el incumplimiento de una obligación negativa el «id quod interest» comprenderá los daños previstos o los que se hayan podido prever. Por el contrario, si hay dolo comprenderá todos los daños que conocidamente se derivan de la falta de cumplimiento.

Para finalizar este punto, se observa como el deber de indemnizar no sólo se circunscribe a la frustración total del interés, sino también a los incumplimientos no íntegros de la obligación negativa, en cuyo caso comprenderá el valor correlativo a la parte irrealizada. Y por último no se estudia el supuesto de pluralidad de deudores, analizando el artículo 1.150 Cc con aplicación concreta a las obligaciones de omisión.

7. *Resolución de las obligaciones negativas.* Toda obligación bilateral —y la negativa no es una excepción— es susceptible del mecanismo previsto en el artículo 1.124 Cc.: resolución a favor de la parte perjudicada por el incumplimiento del deber asignado a la otra parte. Pero los requisitos para ejercitar tal acción deben concretarse en atención a la especial naturaleza de la obligación negativa, concreción realizada a través de la abundante jurisprudencia elaborada a propósito del artículo 1.124.

1.º Reciprocidad de la obligación, es decir, que cada prestación haya sido requerida como correspectiva de la otra. Por ello no podrán resolverse las obligaciones negativas no insertas en una relación de carácter sinalagmático.

Ahora bien, para que proceda la resolución, la prestación incumplida debe tener carácter principal. El problema reside en determinar qué obligaciones tienen tal carácter o son accesorias, dependiendo del papel que asuman en la estructura del negocio y de la relevancia dada por las partes. A tal fin es objeto de estudio la STS de 11 de julio de 1984, del que se concluye que las obligaciones negativas, ya se deriven del contexto del contrato o bien estén insertas expresamente en aquél, si constituyen la «condición motriz», no caben ser calificadas como obligaciones accesorias, sino que constituyen el motivo causalizado de la celebración del negocio.

2.º Gravedad del incumplimiento, de manera tal que frustre las expectativas de las partes. Este incumplimiento grave ha de tener dos causas determinantes: una voluntad deliberadamente rebelde o un hecho impositivo del desarrollo de la prestación. La jurisprudencia ha concretado en varias ocasiones el primer supuesto, mientras que la doctrina no sólo española, sino también, extranjera difieren respecto al segundo, pues ¿puede ejercitarse la acción resolutoria cuando el hecho impositivo sobreviene por caso fortuito o fuerza mayor?

En las obligaciones negativas las dos causas apuntadas y determinantes del incumplimiento, se refunden en una, ya que el incumplimiento acontece a través de un acto positivo contraventor que es trasunto de la voluntad de cumplir que a su vez determina la imposibilidad del cumplimiento posterior.

3.º Previo cumplimiento de su prestación por quien insta la resolución.

Después del estudio de los requisitos se aborda el punto de los efectos de la resolución: el establecimiento de una situación semejante a la que se encontraban las partes antes de la celebración del negocio. Procederá por tanto la devolución de lo dado y la indemnización del interés contractual negativo (por los daños sufridos con relación a la situación extracontractual).

Los efectos de la resolución se retrotraen, pero la retroacción variará según nos encontremos ante una obligación negativa instantánea en cuyo caso los efectos se retrotraen «ex tunc», o ante obligaciones duraderas y de tracto sucesivo en las que la retroacción se produce «ex nunc» es decir, a partir del momento del incumplimiento. Ello no implica que en este último caso no nos encontremos ante una resolución —como ha señalado algún sector—, ni tampoco que tal re-

troacción limitada se derive del carácter divisible de tales prestaciones. Para la autora la retroacción «ex nunc» deriva sólo de la propia naturaleza de la facultad resolutoria y de algo que solicita la propia práctica: en este tipo de obligaciones negativas la devolución del comportamiento negativo ya realizado queda fuera de la disponibilidad del beneficiado.

ADDENDA

La monografía incluye un breve estudio de un supuesto típico de obligación negativa de gran trascendencia económica y de frecuente utilización: el pacto de exclusiva.

El resultado que primariamente se persigue es eliminar la competencia y asegurar el mercado de manera tal que responde a una expectativa de incremento del beneficio. Tal cláusula puede incluirse en los más variados contratos, y por ello es una obligación accesoria que procede no sólo de negocios duraderos, sino también de los de ejecución instantánea.

El mayor problema que plantea es su función, pues ésta es de tal naturaleza y entidad que puede llegar a desnaturalizar la relación principal en la que se inserta. La evolución de la jurisprudencia del TS en este tema demuestra como se ha llegado a un punto en el que se afirma que la vulneración de tal pacto debe incluirse en el ámbito de la motivación de la conclusión del negocio. Tal aseveración tiene importantes implicaciones que el TS ha ido resaltando en muy variadas sentencias.

Uno de los aspectos más peculiares de este tipo de pactos es el de su valoración en orden al cumplimiento por equivalente, o mejor de los daños derivados por el incumplimiento ya que lo debido, por ser una actividad negativa resulta de difícil cuantificación.

Por último, deben tenerse en cuenta las normas de ámbito supranacional respecto a los efectos, posibilidad y contenido de los pactos de exclusiva.

TERESA HUALDE

GABRIELLI, Enrico: «Il pegno “anomalo”». Padova, Cedam, 1990, 218 páginas.

Estamos ante una obra muy interesante y amena en la que el autor, valientemente, afronta uno de los temas más espinosos y controvertidos en la doctrina civilística actual, el del estudio de las denominaciones, prendas anómalas, que no son otra cosa que prenda de derechos, caracterizados todas ellas según el autor, por la falta de desposesión en la constitución de la garantía y la sustitución de este requisito por otras técnicas que consiguen su indisponibilidad, como son la anotación o inscripción en registros contables; y, más concretamente, se centra en el análisis de la función, estructura y modo de hacer oponible a los terceros tal garantía, todo ello, desde el punto de vista del derecho positivo italiano con escasas referencias a la doctrina francesa y alemana.