

VERDERA SERVER, Rafael: «El cumplimiento forzoso de las obligaciones», Prólogo de Francesco Galgano, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, págs. 355. [Studia Albornotiana, dirigidos por Evelio Verdera y Tuells, LXIV].

Este libro aborda un tema tan fundamenal como descuidado por parte de la doctrina: acaso por tratarse de una zona fronteriza entre el derecho civil sustantivo y el derecho procesal, que ha dado lugar a estudios procesalistas solo fragmentarios y olvido de los civilistas.

El autor procede a un estudio sistemático de diversos supuestos del cumplimiento forzoso, en función de la naturaleza (o contenido de la prestación) de la obligación: dar, hacer o no hacer, antecediendo dicho estudio concreto con el necesario análisis de los distintos medios de protección del crédito para poder contraponer el cumplimiento forzoso con otros mecanismos de tutela (especialmente el resarcimiento del daño). Al hilo de dicho estudio el autor va desentrañando zonas inadvertidas de temas tan clásicos pero tan cargados de lugares comunes en la doctrina.

La obra pretende una caracterización del cumplimiento forzoso en función de los siguientes rasgos; 1) por su autor, que será el juez o un tercero (en esto se diferencia del Cumplimiento Procesal Voluntario a cargo del propio deudor); 2) por su objeto, que es la obtención de la prestación debida (frente al resarcimiento del daño que acude a una nueva prestación pecuniaria); 3) porque supone la intervención jurisdiccional (distinguiéndose así de ciertas hipótesis de pago por tercero).

El libro aparece dividido en tres partes. La primera estudia el *Cumplimiento forzoso en el sistema de protección del crédito*. El autor subraya que la reacción del ordenamiento ante el incumplimiento del deudor no es siempre la misma. En función de los diversos presupuestos y efectos cabe distinguir entre tutela satisfactoria, resolutoria y resarcitoria.

El autor apunta nuevas perspectivas de la relación entre indemnización de daños y cumplimiento forzoso a partir de los criterios del análisis económico del derecho, en particular en torno al llamado incumplimiento eficiente: cuando incumpliendo su primer vínculo el deudor alcanza a obtener una contraprestación de un tercero que le permite resarcir al primer acreedor y mantener un margen de beneficio para él mismo. Especialmente interesantes son los conceptos manejados por la doctrina del *common law de uniqueness y adequacy* para valorar las relaciones entre el resarcimiento (*damages*) y el cumplimiento forzoso (*specific performance*).

A continuación el Dr. Verdera analiza la distinta función y distintos presupuestos de aplicación del resarcimiento y el cumplimiento forzoso. Sugiere que la función de la reparación *in natura* en el ámbito contractual no puede tener la misma trascendencia que en el ámbito extracontractual, habida cuenta de la existencia en aquél del mecanismo del cumplimiento forzoso.

Se estudia también la relación entre cumplimiento forzoso y resarcimiento del daño y se plantea la cuestión de su preferencia ¿existe jerarquía entre los diversos medios de protección del crédito? Doctrinalmente se ha defendido la preferencia de cada uno de dichos medios pero el autor advierte que entre tutela resarcitoria y tutela satisfactoria no debe establecerse una relación de jerarquía rígida; cada medida tiene distintos presupuestos que permiten una aplicación complementaria. En nuestro derecho el examen de los arts. 1096,

1098, 1101 del CC y 924 de la LEC proporciona suficientes argumentos para entender que la fungibilidad de la prestación determina la relación. Si la cosa es genérica o el hacer no es personalísimo, se ejecuta a costa del deudor, sin acudir al resarcimiento del daño. En cambio, si la cosa es determinada o el hacer es personalísimo, la ejecución a costa del deudor puede no satisfacer el interés específico del acreedor, de modo que se acude a la indemnización de daños. El carácter fungible de la prestación vincula tanto al deudor como al acreedor impidiendo a éste inclinarse inmediatamente por la obtención de una suma dineraria; con todo, el Dr. Verdera apunta cómo mediante el recurso a la resolución del contrato, en combinación con la indemnización de daños, se permite al acreedor evitar la realización de la prestación fungible debida y conseguir una prestación pecuniaria.

La segunda parte del libro, *Los caracteres del cumplimiento forzoso de las obligaciones*, comienza analizando cómo el Tribunal Constitucional se ha planteado el problema de adecuación constitucional de aquellas sentencias que no proporcionan al acreedor la prestación debida contractualmente. El Tribunal entiende que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario u otro tipo de prestación». Para el Tribunal Constitucional se trata de un problema de política legislativa.

A continuación el autor estudia el cumplimiento forzoso en función de la actitud del deudor; con especial atención a la ejecución voluntaria (cuando el deudor cumple voluntariamente la condena: «ejecución procesal voluntaria») y la llamada ejecución indirecta. Respecto a ésta última, nuestra LEC no prevé con carácter general mecanismos de coacción para que el deudor cumpla una prestación infungible. Pero, en este caso, el ordenamiento pone a disposición de los acreedores una amplia gama de medidas de protección de sus créditos que deben ser expresamente incorporadas al contrato mediante pacto. Critican el sistema legal aquellos acreedores que, no habiendo empleado esas garantías que el ordenamiento les brinda, lamentan entonces las carencias de la coacción pública: se trata de un problema de administración de los riesgos del contrato.

El capítulo siguiente está dedicado al estudio de los caracteres de la ejecución forzosa en función de su objeto donde el autor distingue entre ejecución específica y ejecución genérica atendiendo a la realización o no de la prestación originariamente debida, criterio más adecuado que el del carácter dinerario o no de la condena. El interés específico del acreedor en la obligación resulta satisfecho con la obtención de la prestación debida, con independencia de quien la realice.

Por último, se analiza el controvertido problema de determinar el criterio en virtud del cual se pasa de la pretensión de cumplimiento a la de resarcimiento pecuniario del daño. La mayoría de la doctrina lo identifica con la posibilidad de la prestación. Pero dicho criterio viene contradicho por el art. 924 LEC que prevé el resarcimiento aunque la prestación sea todavía posible, si el deudor se niega a cumplir la prestación personalísima. Esto llevó a cierta doctrina a considerar que el criterio debía ser la voluntariedad del deudor en cumplir; criterio demasiado estrecho, ya que sólo es aplicable a las prestaciones de hacer personalísimas o las prestaciones de no hacer. Con acierto el autor se inclina por el criterio de la fungibilidad de la prestación, valorando si el cumplimiento forzoso satisface o no el interés específico del acreedor.

En la tercera parte de la monografía se desciende al estudio concreto de *Los diversos supuestos de cumplimiento forzoso* en función de la naturaleza de la obligación. Previamente se destaca que el régimen normativo del cumplimiento forzoso se halla tanto en el CC como en la LEC; esta diversidad plantea ciertos problemas de coordinación. Ambos textos parten de la tripartición de las obligaciones en función de su naturaleza: dar, hacer o no hacer. Pero desde la perspectiva procesal se divide entre condenas pecuniarias y no pecuniarias (categoría esta última heterogénea, carente de un régimen unitario que obliga a un estudio autónomo de cada hipótesis, pues los problemas son distintos y también las soluciones). Las diferencias, pues, entre los diversos regímenes jurídicos, según su naturaleza, son profundas, de modo que la calificación resulta una cuestión decisiva.

Se consagra un capítulo al cumplimiento forzoso de la obligación de dar. Respecto a la obligación de entregar cosa específica, la LEC distingue entre cosa mueble o inmueble, aunque las diferencias son de escasa relevancia. La LEC establece que la entrega de la posesión ha de ser inmediata, excluyendo la concesión de plazos, que, sin embargo, otorgan los tribunales. Ante el fracaso de la condena a entregar esa cosa, el art. 926.III de la LEC prevé el resarcimiento de perjuicios (conforme a los arts. 928 y ss. LEC).

Respecto a la obligación de entregar cosa perteneciente a un género, no coinciden los criterios del CC y los de la LEC; el código (art. 1096.I) sanciona el cumplimiento a costa del deudor, la ley (para un supuesto concreto, el art. 947) ante la falta de cumplimiento de la condena al pago de una cantidad determinada de frutos, la convierte en su reducción a dinero, conforme a los valores de mercado, descartando la posibilidad de ejecutar específicamente dicha condena.

En el siguiente capítulo se estudia el cumplimiento forzoso de las obligaciones de hacer, donde la LEC diferencia entre hacer personalísimo y no personalísimo. La fungibilidad dependerá de la naturaleza material de la conducta en cada caso concreto. La distinción resultará más fácil respecto a obligaciones simples, pero comporta una dificultad añadida en las obligaciones complejas e inescindibles, compuestas por prestaciones fungibles y otras infungibles.

Si transcurrido el plazo judicial, no se cumple la condena de hacer no personalísimo la ejecución de la sentencia se hará a costa del deudor; un tercero realiza la prestación, y el deudor sufraga los gastos. Pero en la LEC no se establece cómo se designa a la persona que ejecuta la prestación y cómo se le remunera. Además, ¿con qué sujeto queda vinculado el tercero que realiza la prestación en lugar del deudor? A estas y otras cuestiones da el autor cumplida respuesta. El Dr. Verdura señala un orden correcto de ejecución, frente al orden seguido en la práctica: embargo preventivo, autorización judicial del tercero y del presupuesto, embargo ejecutivo, realización forzosa de los bienes y obtención de la suma de dinero, actuación del tercero y pago de la factura. Las dificultades de este cumplimiento forzoso suelen llevar al acreedor a preferir la indemnización para después contratar él directamente con un tercero la prestación del servicio debido.

Ante la falta de cumplimiento por el deudor de la condena de hacer personalísimo la LEC solo prevé el resarcimiento de perjuicios; el autor critica la débil posición en que se encuentra el acreedor pues la satisfacción de su interés específico queda al arbitrio del deudor. La ley procesal precinde de cualquier medida de coerción indirecta, asumiendo el principio *nemo ad factum*

praecise cogi potest. Ello obliga al acreedor a prever mecanismos de coerción privada ante el eventual incumplimiento, pues no puede esperar que el juez reconstruya el contrato incorporando unas cláusulas que las partes no establecieron.

Respecto al cumplimiento forzoso de la obligación de no hacer cabe destacar la notoria insuficiencia del régimen normativo (arts. 1099 CC y 925 LEC); su principal carencia consiste en la falta de toda previsión acerca de la conducta futura del obligado. La configuración de las condenas de no hacer es esencialmente represiva y no preventiva; de modo que entre los criterios de protección del crédito el legislador opta por la tutela resarcitoria y no por la satisfactoria.

En definitiva, la obra es merecedora de una atenta lectura y de un juicio muy positivo por la aportación de nuevas perspectivas (mediante los criterios del análisis económico del Derecho y del *common law*); de materiales (véase la imponente bibliografía) que por desgracia (pese a la trascendencia del tema) habían resultado ajenos a nuestra doctrina civilista; y del constructivo estudio de la jurisprudencia sobre la materia.

Como afirma en el Prólogo el Profesor Galgano, nuestro común maestro italiano: «el libro ofrece una significativa contribución al conocimiento de los problemas de la tutela del crédito y también útiles sugerencias para su solución. El autor afronta el estudio de este arduo tema con un sólido planteamiento, demostrando vasta cultura y notable finura intelectual».

Dr. JUAN A. FERNÁNDEZ CAMPOS
Universidad de Murcia