

Reflexiones varias sobre el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, elaboradas desde el Derecho español*

Por

Mariano Yzquierdo Tolsada
Catedrático de Derecho Civil (en excedencia).
Profesor Ordinario de Responsabilidad Civil
(Universidad Pontificia Comillas).

1. Propósito de estas páginas

La Academia de Iusprivatistas de Pavía ha concluido sus trabajos en 2001, y ya están siendo objeto de comentarios sus distintas piezas a lo largo de Europa. Yo quiero ocuparme aquí de algunos aspectos relacionados con el incumplimiento contractual, cuya regulación en el Anteproyecto deja notar el influjo de algunas de las más modernas tendencias sobre la materia, al partirse expresamente de un concepto funcional de incumplimiento que, según cuál sea su

gravedad o trascendencia, va a permitir la puesta en marcha por el acreedor de unos u otros remedios. El art. 107 califica de incumplimiento *de importancia relevante* al que concierne a las prestaciones principales, así como al que comporta para el acreedor un perjuicio que le priva sustancialmente de lo que esperaba del contrato. Tal cosa ocurrirá, desde luego, cuando el incumplimiento es total, pero también cuando, siendo parcial, suponga la objetiva desaparición del interés del acreedor a obtener el resto de la prestación¹. A

¹ La idea casa plenamente con lo que dispone el art. 25 de la *Convención de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena* (en adelante, *Convención de Viena*) reza: "El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación". Por su parte, el art. 306 del Proyecto de Código de Contratos, elaborado por Harvey McGregor por encargo de la Law Commission inglesa (en adelante, *Contract Code*) establece: "1. El efecto del incumplimiento del contrato depende de si es sustancial o no. 2. El incumplimiento del contrato será sustancial tanto si hay total falta de prestación por parte de uno de los contratantes, como si hay cualquier otra falta de prestación que convierta en no razonable exigir a la otra parte que continúe su prestación". También en la misma línea, los arts. 8:103 y 9:301 de los *Principles of European Contract Law* elaborados por la Comisión sobre Derecho Europeo de los Contratos.

partir de ahí, habrá remedios que puedan operar cualquiera que sea la importancia del incumplimiento. Así sucede, en concreto, con los *remedios suspensivos*, que permiten al perjudicado en una obligación recíproca rehusar llevar a cabo la prestación por él debida, salvo que la suspensión sea contraria a la buena fe (art. 108); también con los *remedios solutorios*, que confieren al acreedor instar la ejecución forzosa (art. 111), la eliminación de los defectos o imperfecciones de la cosa entregada y hasta la sustitución de la prestación por otra de contenido distinto que, no obstante, satisfaga su interés (art. 112), siempre con la fórmula *quantum minoris* si a ello hubiera lugar (art. 113). En cambio los *remedios resolutorios* solamente pueden operar cuando se ha producido un incumplimiento de importancia relevante (art. 114), pero no si el mismo es de escasa importancia, cosa aceptada doctrinal y jurisprudencialmente en el Derecho español, y también de modo expreso en el art. 1455 del Código italiano y en el 9:301 de los

Principles of European Contract Law.

Y, en todo caso, y siempre al margen de los remedios anteriores, procederán los *remedios resarcitorios* cuando el incumplimiento, sea cual fuere su gravedad, haya traído consigo un daño resarcible al acreedor (art. 116). La Sección 3ª se abre con un art. 106 (tal vez habría sido mejor que se tratara de una norma de cierre) que se ocupa de prever la posibilidad de que las partes hayan deseado desplazar el régimen legal por medio de cláusulas limitativas o exoneradoras de responsabilidad, suavizando con ello la posición del responsable. Por lo pronto, no valdrán los pactos que excluyan o limiten la responsabilidad por dolo o culpa grave², pero ni siquiera la nacida de culpa leve si el acreedor ha configurado la cláusula en su propio provecho o si se trata de un marco de actividad profesional (o empresarial en régimen de monopolio)³.

Son, pues, muy numerosas las cuestio-

² Como dije en *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, págs. 236 y 237, el brocardo "*culpa lata dolo aequiparatur*" no significa ni muchísimo menos que la culpa lata se equipare al dolo en todos los terrenos, sino sólo que el sistema ha de partir del reconocimiento de unos criterios mínimos de imputación de la responsabilidad contractual. Sobre el tema, Morales Moreno, "El dolo como criterio de imputación al vendedor por los defectos de la cosa", *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pág. 609.

³ Téngase además en cuenta que poco a poco más de una modalidad de prestación de servicios se lleva a cabo en el marco de los convenios de *adhesión* propios de la contratación en masa, y que la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (L.C.U., en lo sucesivo) establece, tras la reforma introducida por la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, L.C.G.) que tienen el carácter de abusivas las cláusulas que provoquen la "*exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél, o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste*" (l.10ª). Y téngase en cuenta también que más de uno de esos pactos tienen lugar cuando el paciente se encuentra más pendiente de sus enloquecedores dolores que de la tarjeta que le ofrecen para firmar en la entrada de la clínica.

nes de las que cabría tratar en sede de incumplimiento contractual y de los remedios ante el incumplimiento. Las lógicas limitaciones de espacio impuestas a las colaboraciones de una revista como ésta obligan a seleccionar determinados aspectos y a dejar otros sin tratar. En estas páginas me voy a ocupar de determinados aspectos relacionados con los remedios solutorios y con los remedios resarcitorios. En concreto, estudiaré si es posible hablar, también desde el diseño trazado por el Anteproyecto, de un cumplimiento por el equivalente (la vieja "*aestimatio rei*") como cosa diferente de la indemnización de daños y perjuicios. Y me ocuparé también de una interesante cuestión relacionada con lo anterior, pero no sólo con lo anterior: las medidas de astringencia o constricción que, en forma de multa pero sin cumplir los atributos de las multas, pueden ser utilizadas por el juez (las denominadas "*astreintes*" del Derecho francés, y que tanta literatura han traído consigo en el Dere-

cho civil argentino y también en el procesal).

2. ¿Maneja el Anteproyecto un concepto de *cumplimiento por el equivalente* autónomo del de *indemnización de daños y perjuicios*?

Aunque el Anteproyecto no sea en este punto todo lo explícito que podríamos desear quienes pensamos que el equivalente pecuniario de una prestación incumplida y la indemnización de daños y perjuicios son cosas bastante distintas, pienso que una regulación como la propuesta permite de modo sobrado mantener la autonomía conceptual de ambas nociones.

Si el primer requisito de la responsabilidad civil es la acción u omisión (dañosa), cuando de responsabilidad civil *contractual* se trata, esa acción u omisión consiste en el incumplimiento de un contrato (o defectuoso o tardío cumplimiento), en la medida en que tal circunstancia ha dañado los intereses

Por su parte, La Disposición Adicional Primera L.C.U. considera abusivas las cláusulas de "*exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional*", y en particular, "*las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conformen las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias*" (1.9ª). Una previsión que conecta con la nulidad de la renuncia previa de los derechos reconocidos por la propia L.C.U. a los consumidores y usuarios, prevista en el art. 2.3. Tampoco puede entonces ser mirada con buenos ojos la habitual cláusula limitativa de derechos que, incluida en la *letra pequeña* de un contrato de adhesión, deroga a escondidas una norma, por muy dispositiva que ésta sea. No es difícil entender la finalidad que, respecto de las cláusulas, persiguen las normas de la L.C.U. sobre "*concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato*" (art. 10.1.a) o sobre la interpretación de las cláusulas oscuras en contra de quien las haya redactado (la tradicional interpretación *contra stipulatorem*, art. 10.2 L.C.U. y 6 L.C.G.).

del acreedor. En una acepción muy amplia del término, la responsabilidad del deudor por no cumplir, por cumplir mal o por cumplir tarde sus obligaciones implica hablar de los efectos, cualesquiera sean éstos, que tal incumplimiento puede producir en su patrimonio. En términos de *Hernández Gil*, cabe así entender la responsabilidad patrimonial como "conjunto de consecuencias jurídicas a que queda sometido el deudor en cuanto ha asumido un deber y que tienden a dotar de efectividad al derecho del acreedor"⁴. Utilizando el término que en los últimos tiempos se ha acuñado con cada vez más fortuna y adeptos, esa impropia responsabilidad contractual en sentido amplio comprendería la totalidad de los remedios puestos a disposición del acreedor.

Pero desde ese concepto amplio deben practicarse sucesivas acotaciones. Cuando existe un incumplimiento contractual, puede suceder en primer lugar que todavía no nos encontremos ante un caso de imposibilidad definitiva. El acreedor tratará de conseguir en primer término el cumplimiento *in natura*, y ello dará lugar a la **ejecución forzosa**, a través de la cual se hace efectivo el poder coactivo del acreedor, como con claridad meridiana establecen el Código Civil español (arts. 1096, 1098 y 1099 C.civ.) y tantos otros (arts. 1184.2 del Código francés –aunque éste sólo se refiera explícitamente a ello en sede de obligaciones

sinalagmáticas–, 2930 y ss. del italiano, o 97 y 98 del Código suizo de las Obligaciones), así como la Convención de Viena (art. 46.1), el *Contract Code* (art. 401) o el propio Anteproyecto (art. 112). Si la prestación ya no es objetivamente posible (o, siéndolo, ya no le sirve al acreedor, vgr., la boda ha tenido ya lugar, y el vestido de novia lo termina el sastre dos semanas más tarde), ya no es viable el cumplimiento *in natura*, y el acreedor podrá pedir, como remedio subsidiario, el **equivalente pecuniario o "aestimatio rei"** (y siempre que no haya concurrido una circunstancia que determine la extinción de la obligación). No se trata de una nueva obligación, sino de una transformación del objeto de la primitivamente asumida. No es que ésta se extinga y nazca otra nueva, sino que la primera se perpetúa: el art. 1182 C.Civ., de esta manera, sólo proclama la extinción de la obligación cuando la prestación se hace imposible por causas no imputables al deudor, y, en el caso contrario, la "*perpetuatio obligationis*" cuando las causas de que la prestación originaria se haya hecho imposible sí le son imputables.

Pero, tanto en el caso del cumplimiento forzoso como en el de cumplimiento por equivalente, habrá que reponer en la esfera jurídica del acreedor lo que media entre su situación real y la situación en la que se encontraría en caso de que el cumplimiento exacto hubiese

⁴ Hernández Gil, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1976, pág. 70.

tenido lugar. Y como, además de perder la prestación a que tenía derecho, el acreedor puede haber sufrido por razón del incumplimiento *otros* daños, el sistema le proporciona otro remedio: el **resarcimiento de daños y perjuicios**. Precisamente por eso dice el art. 1096 C.Civ. que en las obligaciones de dar, el deudor puede ser compelido a que realice la entrega *independientemente* del derecho a ser indemnizado que le otorga el art. 1101. En línea semejante, el art. 116 del Anteproyecto dice: "*Sin perjuicio de lo prevenido en los artículos precedentes, en caso de incumplimiento, cualquiera que sea su gravedad, el acreedor tiene el derecho de obtener del deudor indemnización de los perjuicios sufridos, tal y como lo prevén los artículos 162 y siguientes*". Que para los juristas de Pavía la indemnización es *otra* cosa, se trasluce en otras varias ocasiones: reconocimiento de la pretensión de restitución "*abstracción hecha del derecho a obtener la indemnización de daños y perjuicios*" (art. 115), regulación de la concesión de plazos suplementarios al deudor que impiden que el acreedor haga valer determinados remedios, pero "*abstracción hecha de reclamar los futuros daños y perjui-*

cios" (art. 110) y, sobre todo, derecho del acreedor de satisfacerse por medio de la recepción de una prestación diferente –entiendo que ahí cabe hablar también de la prestación del equivalente pecuniario o *aestimatio rei*–, "*sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios*" (art. 112).

Desde este punto de vista, la "*aestimatio rei*" y la indemnización o "*id quod interest*" son conceptos que deben separarse inicialmente con absoluta nitidez⁵. Proporcionar al acreedor el equivalente pecuniario no es algo que tenga una función resarcitoria, sino de cumplimiento: el deudor debe cumplir "*in natura*", pero si no lo hace, deberá cumplir prestando el equivalente, y por eso son incompatibles la ejecución forzosa de la obligación originaria y la prestación del equivalente. O se cumple con lo que era debido, o se paga la "*aestimatio*", pero ni una cosa ni otra son reparación de daño alguno, sino cabal cumplimiento o cumplimiento por equivalencia, respectivamente⁶. No son medios de tutela del crédito que tengan que ver, en sentido técnico, con la responsabilidad contractual: cumplir por equivalencia es *prestar*,

⁵ Cosa que no hace precisamente nuestro Código Civil el art. 1135, que confunde indemnización con precio o valor de la cosa, a diferencia de lo que, con corrección, hace el art. 1136. Algo parecido parece ocurrir en el art. 1150. Tampoco diferencian los arts. 1152 y 1153, de los que no se deduce a primera vista si la pena sustituye sólo a la indemnización de daños o comprende también el valor de la prestación. Si distingue indemnización y precio el art. 1147, p^o 2^o, y, en sede de "*perpetuatio obligationis*" (que no de responsabilidad), el art. 1185 habla correctamente de *precio*.

⁶ Por sólo citar un autor representativo, Winscheid explica que sólo cuando la prestación de la cosa específica es ya imposible y no se puede obtener entonces de modo coactivo, la contravención ha de desplegar una suerte de remedio supletorio, pero equivalente: la prestación pecuniaria. *Diritto delle Pandette* (traducción de Fadda y Bensa), vol. II, Torino, 1904, pág. 37, nota 6.

no indemnizar⁷. Pero, eso sí, siendo incompatibles ambas formas de cumplir, cada una es individualmente compatible con la pretensión resarcitoria: cuando el acreedor, además de la prestación o su valor, quiere verse reintegrado de todos los efectos dañosos que el cumplimiento tardío (en el primer caso) o el incumplimiento definitivo de la primitiva obligación y su sustitución por la "*aestimatio rei*"⁸ (en el segundo) le hayan podido reportar, tratará de conseguir una indemnización. Y ésta sí es una nueva obligación, por mucho que conserve determinados puntos en común con la anterior. De la misma manera, si el acreedor opta por resolver el contrato por incumplimiento, el que ello sea radical-

mente incompatible con la pretensión de cumplimiento, no le priva de su derecho a exigir la reparación de los daños que ha sufrido (art. 1124, p^o 2^o C. Civ., y lo mismo, para las obligaciones mercantiles, en el art. 329 C.Com.). Hasta en las obligaciones de no hacer, el remedio consistente en deshacer lo hecho (art. 1099 C.Civ.), aparece conectado (art. 710 L.E.C.) con el requerimiento para que se indemnicen los daños y perjuicios.

Es cierto que el Anteproyecto establece en su art. 112 que el acreedor tiene derecho, en caso de incumplimiento, a exigir del deudor que le entregue "*una prestación diferente*", y ello, también sin perjuicio del remedio resarcitorio o

⁷ Elocuente el título de la obra de Gomes da Silva *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944. En especial, pueden verse las págs. 213 y ss. del vol. I. Y, por mucho que la demanda pida una suma global y la sentencia la conceda, el cumplimiento por el equivalente no es resarcimiento, porque resarcir tampoco es cumplir. Ver Llamas Pombo, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor (entre la aestimatio rei y el id quod interest)*, ed. Trivium, Madrid, 1999, pág. 244.

⁸ En la edición de 1993 de *Responsabilidad civil contractual y extracontractual* (ed. Reus) mantuve ya las ideas que aquí expongo (pág. 195), si bien lo hacía denominando "*id quod interest*" al equivalente pecuniario, como entre nosotros han hecho no pocos autores (así, Díez-Picazo, en la primera edición de *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. I, ED. Tecnos, Madrid, 1972, págs. 714 y ss., y lo mismo en la segunda edición, de 1983 (Ed. Civitas); También Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, ed. Civitas, Madrid, 1987, págs. 236 y ss. y Torralba Soriano, "La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones", *Anuario de Derecho civil*, 1971, pág. 1155). Prefiero desde hace algún tiempo abandonar esa opción semántica, y tomarla como sinónimo de indemnización de daños y perjuicios, usando la de "*aestimatio rei*" para designar al equivalente pecuniario de la prestación. Mi decisión no es caprichosa, ni fruto de una improvisación momentánea. Evidentemente, nos encontramos ante un vocablo de significación históricamente confusa, que parece provenir de un texto de Ulpiano (Digesto, 19.1.1): "si la cosa vendida no se entregase, se demanda en la medida del interés; esto es, en cuanto sea el interés del comprador por tener la cosa - *in id quod interest agitur*". Pero añadía a continuación: "lo que a veces excede del precio, si el interés del comprador es superior a lo que vale la cosa, o a la cantidad en que ha sido comprada". Razonando desde ese texto, Bonvicini (*La responsabilità civile*, t. I, Milano, 1971, págs. 61 y ss) advierte que el "*id quod interest*" permite al acreedor recuperar el valor del bien, pero el "*risarcimento*" en sentido estricto le permite reintegrarse de todos los efectos que el daño le haya podido reportar. Lo primero viene a ser un sustitutivo de la prestación, y por esa misma razón ha de bastar para su exigencia con la prueba de la obligación incumplida: la prueba de que si el acreedor contrató, era porque tenía el interés de recibir una concreta prestación. En cambio, la pretensión de resarcimiento no ha de prosperar si el acreedor no aporta la prueba de los perjuicios sufridos.

indemnizatorio. Pero sería tal vez mejor que, de manera explícita, se dijera con claridad lo que ahora solamente se lee entre líneas: que la prestación del equivalente es auténtico cumplimiento, y no resarcimiento de daños. Téngase en cuenta que no todos comparten esta visión del equivalente pecuniario, por más que sea mayoritaria.

Resulta fácil entender la frecuencia con que la jurisprudencia afirma que la obligación de reparar no nace por el simple incumplimiento de la obligación primitivamente asumida: se necesita además una lesión para los intereses de ese acreedor en beneficio del cual se encontraba configurada la relación obligatoria. El solo incumplimiento no genera obligación de resarcir daños⁹. La obligación de reparar no da así solución al problema que para un acreedor supone el incumpli-

miento de la prestación, sino al problema originado cuando por ese incumplimiento se ha generado un daño en su patrimonio. Como señala Capilla Roncero la obligación de reparar no se limita a sustituir la obligación de cumplir específicamente¹⁰ (de lo contrario, todo deudor podría escoger entre cumplir o indemnizar). A lo que obliga el art. 1101 C.Civ. no es a indemnizar un abstracto incumplimiento del deudor, sino unos daños y perjuicios causados por quienes en el incumplimiento de sus obligaciones incurren en alguna de las formas de contravención previstas en el precepto. Si en alguna ocasión da la impresión de que el Tribunal Supremo ha sostenido la existencia de un daño por el solo incumplimiento, lo cierto es que del análisis del caso concreto se puede deducir la realidad efectiva del daño¹¹.

Pero, insisto, el cambio es meramente terminológico, y viene motivado porque, después de leer con más detenimiento a lo largo de los últimos años las propias fuentes romanas (y su exégesis magistral de Badosa Coll, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, una obra de la que cada nueva consulta constituye un valioso hallazgo), así como determinados trabajos de Pantaleón (sobre todo "El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate", *Anuario de Derecho Civil*, 1991, págs. 1019 y ss.), y después de comprobar el cambio operado en la terminología usada por Díez-Picazo (véase ahora la tercera edición de *Fundamentos...*, Madrid, 1993, pág. 681.) y cómo la opción terminológica "*aestimatio rei*" = "equivalente pecuniario", "*id quod interest*" = "indemnización de daños" es ya mayoritaria, creo que bastantes problemas de fondo existen alrededor de estos temas para que encima tenga el lenguaje que añadir alguno más. Ultimamente, Llamas Pombo ha puesto de manifiesto, con cita de Medicus, en su importante aportación *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor...*, cit. en nota anterior, págs. 117 y 118, que en las fuentes romanas llega a darse de la noción "*id quod interest*" hasta cuatro significados diferentes.

⁹ Por todas, pueden verse las sentencias de 29 de noviembre de 1985, 24 de septiembre de 1986, 29 de noviembre de 1990, 10 de junio o 30 de junio de 2000, 28 de mayo de 2001, etc.

¹⁰ Capilla Roncero, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, Cádiz, 1989, pág. 44.

¹¹ Así, si la sentencia de 9 de mayo de 1984 dice que el incumplimiento puede suponer "per se un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral", no es porque el Supremo quiera iniciar un cambio de rumbo. Era el caso del abogado que demandaba a la Compañía Telefónica como consecuencia de haberse omitido en la Guía Telefónica de Lérida sus datos

¿Qué consecuencias prácticas pueden extraerse de todo ello?

1ª. La indemnización no es nunca sustitutiva del cumplimiento específico, pero tampoco del cumplimiento por el equivalente, sino siempre adicional. Si se trata de una obligación recíproca, la "*aestimatio*" puede tener un valor superior a la suma entregada en su momento por la otra parte. Así, el comprador que pagó un precio por un automóvil que no se ha entregado y que ha dejado de fabricarse, posiblemente se habrá revalorizado ese bien que él ya debía tener en su poder. Al no ser propiamente una indemnización sino un cumplimiento por el equivalente, no tendrá que aportar el comprador la prueba de la responsabilidad: basta con probar el vínculo incumplido y aún vivo¹². El pago de la indemnización, en cambio, no trata de cumplir una función reintegradora por equivalente del derecho de crédito lesionado. No es un subrogado de la prestación devenida imposible, sino otra obligación distinta, de función exclusivamente resarcitoria¹³.

En fin, si la acción de cumplimiento

(*in natura* o por equivalente, ahora da igual) es compatible con la acción de resarcimiento, es porque la indemnización de daños y perjuicios nunca sustituye al cumplimiento, sino que trata de reparar los daños causados por la conducta irregular del deudor. Para que la primera sea viable, basta con que la obligación subsista insatisfecha (art. 1182 C.Civ., *contrario sensu*), pero para que prospere la acción resarcitoria hace falta que se hayan producido daños, que éstos se prueben y que se pruebe también un adecuado criterio o factor de atribución de los mismos.

2ª. La acción de cumplimiento específico se basa en el hecho objetivo del incumplimiento: la obligación subsiste, y subsiste insatisfecha, pues la imposibilidad de prestar se ha debido a hecho imputable al deudor (o éste se encontraba en mora). Así de simple habrá de ser la tipología de todo litigio en el que se discuta la extinción de la obligación o su perpetuación (arts. 1182 y 1184 C.Civ.). Pero el acreedor no necesita demostrar daño alguno, pues, tratándose

personales y profesionales, y la sentencia no se limita a devolverle las cantidades pagadas a la compañía. Al margen de éstas, el daño existía. Hay comentario de la sentencia en Igartua Arregui, "Comentario de la sentencia de 9 de mayo de 1984", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 5, págs. 1631 y ss. Más recientemente, la sentencia de 28 de diciembre de 1999 dice que, en líneas generales, sigue en pie el principio de que el solo incumplimiento no genera responsabilidad por daños, pero que puede suceder que del solo incumplimiento se derive fatalmente la existencia del daño.

¹² Así, Gema Díez-Picazo Giménez, *La mora y la responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 440.

¹³ Pantaleón, *El sistema de responsabilidad contractual...*, cit., pág. 1047.

de una pretensión de cumplimiento, basta con que éste sea todavía posible. Y si ya no lo es, pretender la "*aestimatio rei*" tampoco precisará alegar que existe un daño conectado con el incumplimiento, y subjetivamente imputable al deudor: como la obligación no se ha extinguido, "se debe" el equivalente. Remedio, pues, automático, que opera cada vez que no sea posible la ejecución específica de una obligación que sigue viva¹⁴. Así, el art. 702 L.E.C. establece que cuando se trata de obligaciones genéricas que han quedado incumplidas a pesar del requerimiento, el ejecutante puede pedir que se le faculte para adquirir él las cosas a costa del ejecutado, pero si ello ya no satisface su interés "*el tribunal determinará, mediante providencia, el equivalente pecuniario, con los daños y perjuicios que hubieran podido causarse al ejecutante*". Como indica De Pablo Contreras, "lo primero procede siempre, mientras que lo segundo requiere la efectiva existencia de daños"¹⁵. Y por eso, en la ejecución forzosa, el deudor puede discutir la cuantía y valoración de la indemnización de daños y perjuicios, y hasta su

propia realidad. En cambio, cuando de lo que se trata es de la ejecución forzosa de una prestación no dineraria, el deudor solamente puede discutir la estimación económica llevada a cabo por el acreedor. El equivalente pecuniario se calcula siempre acudiendo al precio de mercado de las cosas indeterminadas o genéricas, sin que sea preciso introducirse en procedimiento alguno de liquidación de daños y perjuicios, que es precisa y únicamente (junto con el de liquidación de frutos, rentas y rendición de cuentas) el que encontramos en los arts. 712 y ss. L.E.C.¹⁶

3^a. En efecto, la indemnización de daños y perjuicios (cosa a la sazón compatible con la acción de cumplimiento) requiere la prueba del daño sufrido, y no es remedio automático, sino más bien eventual¹⁷. Si el comprador de la vivienda sigue dispuesto a que el promotor moroso le entregue el chalet diez meses más tarde de lo previsto, sólo si prueba los daños moratorios (hotel y guardamuebles, por ejemplo) y el resto de los elementos de la responsabilidad, obtendrá una indemnización. El comprador que

¹⁴ Llamas Pombo, *Cumplimiento por equivalente...*, cit., pág. 101.

¹⁵ De Pablo Contreras, en Martínez de Aguirre, De Pablo, Pérez Alvarez y Parra Lucán, *Curso de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Ed. Colex, Madrid, 2000, pág. 187.

¹⁶ Así, De la Oliva, en De la Oliva, Díez-Picazo Giménez y Vegas, *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, págs. 321 y 322.

¹⁷ Llamas, loc. cit.

convino una fecha de entrega de un nuevo automóvil, compelerá al vendedor a la entrega, si aún le sigue interesando la entrega tardía; y si en el mercado existen múltiples unidades del mismo automóvil, podrá exigir, una vez se cumpla el plazo fijado en el auto que despachó la ejecución (art. 699 L.E.C.), que se cumpla la obligación a expensas del deudor, adquiriendo el ejecutante el automóvil por sus propios medios y embargándose bienes del deudor suficientes para hacer frente al pago (art. 1096, pº 2º, C.Civ. y 702.1. L.E.C.). Además, podrá intentar que le paguen los gastos de alquiler del coche que usó mientras duró la mora, pero necesitará probar ese daño. El solo fundamento del crédito contractual constituye –insisto– suficiente prueba para pedir el cumplimiento o su equivalente, pero no la indemnización¹⁸.

4ª. Eso sí, cuando el acreedor mantiene viva su acción de cumplimiento, este hecho por sí solo no determina la responsabilidad por daños moratorios. Así, si al deudor no le es posible la entrega del *genus* por causas ajenas a él, sigue obligado a la entrega, pero el caso fortuito le exonerará de indemnizar los daños moratorios¹⁹.

5ª. Que no deba responder el deudor cuando el daño sufrido por el acreedor se ha debido a una causa no imputable, no tiene por qué implicar la extinción de la obligación: el art. 1101 no prejuzga si la obligación subsiste o se extingue (ése es tema de "*perpetuatio obligationis*", no de estricta responsabilidad). El pintor no responde si el hijo del acreedor empuja la escalera sobre la que aquél se sostenía, viniendo a caer sobre el tapiz un bote de pintura, ni responde el conductor del autobús si el viajero se lesiona debido a las maniobras que tuvo que efectuar para evitar el atropello del suicida. Y sin embargo, el pintor sigue obligado a pintar y el viajero sigue teniendo derecho a que le conduzcan al punto de destino²⁰.

6ª. No hay responsabilidad del deudor si, a pesar del incumplimiento, el acreedor obtiene a través de otro medio sustitutivo el interés que le era lícito esperar. Así, habiendo vendido cosa ajena, el vendedor no llega a conseguir su propiedad antes de que llegue el momento de serle exigida su obligación, pero el comprador consigue igualmente la cosa porque su dueño se la dona. No hay daño indemnizable, por más que sí exista obligación de restituir el precio²¹.

¹⁸ Carrasco Perera, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1º, Madrid, 1989, pág. 406.

¹⁹ Carrasco Perera, cit., pág. 404. En la conocidísima sentencia de 13 de junio de 1944 (R.A.J. 893), se lee que la guerra civil impidió durante tres años la entrega del aceite vendido. Al ser obligación genérica, el vendedor seguía obligado a cumplir, pero no a indemnizar por la mora.

²⁰ Afortunados ejemplos de Carrasco cit., pág. 384.

²¹ Carrasco, pág. 404.

7ª Aunque sea en la práctica posible reclamar daños y perjuicios de manera solidaria al deudor contractual y al extracontractual, la acción de cumplimiento (o de resolución, en su caso) sólo puede dirigirse con éxito contra el deudor contractual²². No es así de recibo que, habiendo contratado sólo el constructor, ante una resolución del contrato de obra con demolición de lo edificado, se ponga a cargo de arquitecto y aparejador la obligación de devolver el precio (sentencia de 6 de octubre de 1982): esta restitución de la prestación es la respuesta a la acción resolutoria; otra cosa sería la obligación solidaria de responder por los daños.

8ª. No hay cosa juzgada entre la sentencia que condena al cumplimiento y la posterior demanda por daños y perjuicios. Pero si se pide cumplimiento y se concede indemnización, la sentencia es incongruente. Si, en cambio, se pide reparación de daños y se concede el resarcimiento en forma específica no existe incongruencia, pues ésta no es más que una forma de resarcimiento²³.

9ª. El que defendamos que la demanda de cumplimiento por equivalente no tenga naturaleza resarcitoria sino solutoria, pero que la indemnización de daños constituye una obligación diferente, no debe significar, contra lo que piensa *Pantaleón*²⁴, que las garantías de la obligación originaria sólo aseguran la "*aestimatio*". Si el vínculo estaba reforzado por la presencia de un fiador, la fianza subsiste para garantizar la obligación resarcitoria, en cuanto que ésta es consecuencia de la agresión de aquel vínculo.

10ª. Separar ambas partidas no obliga tampoco a mantener ni una duración del plazo de prescripción ni un inicio del cómputo distinto para la obligación de indemnizar. El momento en el que la prestación originaria deviene imposible marca el *dies a quo* para pedir el equivalente, pero también para pedir la reparación de los daños que la imposible prestación *in natura* origine al acreedor²⁵. Ello, salvo que los daños tengan una manifestación posterior al momento de la imposibilidad de la prestación.

²² Carrasco, pág. 405.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Pantaleón, *El sistema...*, cit., pág. 1055. Estoy de acuerdo en cambio con Llamas, cit., págs. 95 y 307.

²⁵ Llamas Pombo, loc. cit. El que no se pueda entregar la vivienda por la que se pagó genera ambas pretensiones: la del valor actual de la misma y la de indemnización de, por ejemplo, los gastos hechos por el comprador que confió en que esa iba a ser su nueva y definitiva residencia (tarjetas de visita, altas en el suministro de luz y agua, comisión de estudios del banco al que se solicitó un préstamo para pagar el precio de la compra, etc.).

11^a. En sede de resarcimiento de daños causados por el incumplimiento, es al perjudicado a quien corresponde la elección entre la reparación en especie o la indemnización, pudiendo optar por lo primero si no supone un desmesurado sacrificio del deudor. En cambio, cuando se ejercitan las acciones de cumplimiento, no cabe pedir la *aes timatio rei* si todavía cabe el cumplimiento de la prestación prevista: como ejemplifica Delgado Echeverría, "si yo presto un caballo y el deudor no me lo devuelve, no puedo accionar directamente pidiendo su precio, sino, en primer lugar, el caballo entregado; ni el deudor podría optar por liberarse pagando el precio, o indemnizando los daños"²⁶. Recuerda De Pablo Contreras que la L.E.C. confirma todo ello: el primer trámite de la ejecución forzosa de las obligaciones no dinerarias consiste en el requerimiento del tribunal señalando un plazo para que el deudor "cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo" (art. 699)²⁷.

3. Las "astreintes"

Desde que se publicó el Código penal de 1995, no dejó de llamarme la atención que, al regularse la reparación

del daño, se estableciera en el art. 112 que no es el perjudicado sino el juez quien deberá determinar si ha de ser el propio responsable el que lleve a cabo la concreta obligación de dar, hacer o no hacer, o puede ser un tercero quien lo haga a costa del responsable, determinando, en fin y para cada caso, el carácter fungible o infungible de la prestación²⁸. Contrariamente, para las obligaciones de hacer, el art. 1098 C.Civ. ordena que "si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa"; y lo mismo sucederá "si la hiciera contravi - niendo el tenor de la obligación", supuesto de cumplimiento defectuoso en el que "además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho". En esa línea, el art. 705 L.E.C. previene que el tribunal requiera al deudor para que la haga correctamente dentro de un plazo que fijará según la naturaleza y circunstancias del hacer, de manera que si el deudor no realiza la conducta dentro del plazo, "el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encar - garlo a un tercero a costa del ejecuta - do, o reclamar el resarcimiento de da - ños y perjuicios" (art. 706.1). De optar por lo primero, "se valorará previa - mente el coste de dicho hacer por un perito tasador designado por el tribu -

²⁶ Delgado Echeverría, en Lacruz, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1º, ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 170. También en la edición de Dykinson, Madrid, 1999 (pág. 164), que ha sido revisada por Rivero Hernández.

²⁷ De Pablo Contreras, en *Curso de Derecho civil*, II, Madrid, 2000, pág. 184.

²⁸ Así, Montés Penades, en Vives Antón, *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia, 1996, pág. 600.

nal y, si el ejecutado no depositase la cantidad que el tribunal apruebe mediante providencia o no afianzase el pago, se procederá de inmediato al embargo de bienes y a su realización forzosa hasta obtener la suma que sea necesaria" (art. 706.2). Pero si se optaba por lo segundo, volvíamos a estar ante una nueva manifestación de que el lenguaje sirve a veces para confundir, y no para su cometido de entendimiento: como dice *De La Oliva*, ese "resarcimiento de daños y perjuicios no es otra cosa que el equivalente pecuniario del hacer, más los daños y perjuicios originados por el no hacer. Otra interpretación conduciría a un resultado absurdo"²⁹.

Pero detengámonos en el funcionamiento de la medida de coerción que

da nombre a la rúbrica del presente epígrafe. El deudor puede alegar, dentro del plazo del requerimiento, que la prestación tiene carácter personalísimo. Piénsese, por ejemplo, en el daño causado por la intervención de cirugía estética mal hecha pero todavía corregible, y no se olvide que en tal caso no puede el acreedor ser compelido a recibir la prestación de una persona distinta (art. 1167 C.Civ.). Pues bien, si el tribunal estima la alegación del deudor, el perjudicado puede optar entre el pago del equivalente pecuniario o que se apremie al deudor con una multa por cada mes que transcurra sin llevarla a cabo. Viene de esta manera el art. 709.1³⁰ a introducir en nuestro Derecho la fórmula de las "*astreintes*"³¹, cosa que desde hace tiempo venía siendo aconsejada, y que ya se

²⁹ De La Oliva, cit., pág. 326. Explica el autor ese eventual absurdo contrastando las soluciones que ofrecen los arts. 702.2 y 701.3 L.E.C. para el incumplimiento de la obligación de entregar cosas genéricas o cosas muebles determinadas, respectivamente: el primer precepto dispone que "el tribunal determinará, mediante providencia, el equivalente pecuniario, con los daños y perjuicios que hubieran podido causarse al ejecutante", mientras que el segundo ordena "que la falta de entrega de la cosa o cosas debidas se sustituya por una justa compensación pecuniaria".

³⁰ Dice este artículo: "1. Cuando el título ejecutivo se refiera a un hacer personalísimo, el ejecutado podrá manifestar al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el art. 699, los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone y alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida. Transcurrido este plazo sin que el ejecutado haya realizado la prestación, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo. El tribunal resolverá por medio de auto lo que proceda, accediendo a lo solicitado por el ejecutante cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el art. 706".

³¹ Las *astreintes*, en definición de Moreno Quesada ("Problemática de las obligaciones de hacer", *Revista de Derecho Privado*, 1976, pág. 498) son condenas pecuniarias pronunciadas en razón de un tanto por cada día (u otra unidad de tiempo) de retraso, "y destinadas a obtener del deudor la ejecución de una obligación de hacer mediante la amenaza de una pena considerable, capaz de agravarse de manera indefinida".

había instaurado en el ámbito administrativo³². Finalmente, una vez apremiado el ejecutado con multas trimestrales (y salvo que se hubiera acordado proseguir la ejecución para obtener el equivalente pecuniario, en cuyo caso se impondrá una única multa, según establece el art. 709.2), “si, al cabo de un año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el tribunal” (art. 709.3).

La doctrina procesalista ha venido demandando desde hace tiempo la instauración en nuestro ordenamiento ju-

rídico de mecanismos foráneos que tiendan a constreñir al deudor para que el acreedor obtenga un cumplimiento en forma específica³³. En el sistema angloamericano, el *Common Law* no ofrecía a las obligaciones de hacer y no hacer otra forma de tutela que la del mecanismo pecuniario. Pero la posibilidad de obtener la reparación específica (*specific performance*) fue introducida, sobre el terreno de la equidad, a través del *contempt of court*. Este consiste en la desobediencia a un tribunal por actuar en oposición a su autoridad. Por medio del *contempt* el juez puede defender la propia jurisdicción contra la actitud del obligado que, a pesar de la condena, persiste en el incumplimiento³⁴. Esta medida del sistema inglés no se dirige, en rigor, a lograr inmediatamente lo dispuesto en la sentencia. Se trata, al

³² En efecto, el art. 99 de la Ley 30/1992, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone: “1. Cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que éstas determinen, las Administraciones Públicas pueden, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado, en los siguientes supuestos: a) Actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre la persona del obligado. b) Actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente. c) Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona. 2. La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con forma y cuantía que éstas determinen, las Administraciones Públicas pueden, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado, en los siguientes supuestos: a) Actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre la persona del obligado. b) Actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente. c) Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona. 2. La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas”.

³³ Por todos, Moreno Catena, en Cortés Domínguez, Gimeno Sendra, Moreno Catena y Almagro Nosete, *Derecho procesal*, pág. 384. Específicamente, Aragoneses Martínez, *Las astreintes (su aplicación en el proceso español)*, EDERSA, Madrid, 1985.

³⁴ Borre, *Essecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966, págs. 1 a 34 para el Derecho comparado.

igual que la *astreinte* francesa o los *zwangmittel* alemanes, de un medio coactivo indirecto para el logro de la ejecución³⁵. Mas no se piense que se trata de la misma cosa: la fórmula inglesa va dirigida fundamentalmente a reaccionar ante actitudes de menosprecio, no ya del deudor (sin más) que no cumple, sino del deudor *litigante* que con su desobediencia a lo sentenciado, está en realidad cuestionando la dignidad del juez que le condenó.

Encontraba *Aragoneses Martínez* un obstáculo para la aplicación de las medidas coactivas al proceso civil español en el art. 923 de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil: "si la sentencia contuviera condena de hacer... se procederá a darle cumplimiento, empleando los medios necesarios al efecto", decía la Ley de 1855. Pero la reforma de 1881 añadió al que hasta ese momento había sido art. 895 la expresión "y que se expresan en los artículos que siguen". Con ello, el juez veía limitados los medios que pudiera considerar convenientes en cada caso —se lamentaba *Aragoneses*³⁶— pues esos "artículos que siguen" imponían

un mecanismo exclusivamente pecuniario, de traducción en fórmulas de equivalencia (al margen de los daños y perjuicios).

Pero piénsese que también en Francia los jueces tuvieron dificultades similares, derivadas de las tesis romanistas que inspiraron la redacción del art. 1142 del *Code*. Y ello no impidió que la jurisprudencia del país vecino fueran sedimentando las *astreintes*, hoy modelo de ejecución indirecta en otros Derechos. En realidad, la misma finalidad de las *astreintes* podía lograrse en el proceso civil español a través de la posibilidad, que recogía el art. 924.2º de la vieja L.E.C., de solicitar que se fije en la sentencia en la que se ordene un *facere*, la importancia o cuantía de los daños para el caso de inejecución. Bastaría con que el juez, en el momento de efectuar tal valoración, no facilitase la opción al deudor dando una simple valoración anticipada, sino que evaluara esa cuantía de una manera amplia y disuasoria. Ya *Esmein*, en 1903, había visto que para la eficacia coercitiva de la sentencia que condena a un hacer, es imprescindible

³⁵ Analogías y diferencias entre *astreinte* y *contempt of court* pueden verse en *Aragoneses, Las astreintes*, cit., págs. 70 y ss. Se ha dicho que no es posible aplicar estas técnicas coactivas al campo de las profesiones liberales, pues "no es aceptable —señala Borda en "Astreintes", *El Derecho*, pág. 111— obligar a un médico a tratar a un enfermo o a un abogado a defender un pleito, por medio de las *astreintes*. Se trata de obligaciones que no pueden cumplirse cabalmente si el deudor no lo hace con buena voluntad". Sin embargo, pienso que sólo cabe excluir esta técnica de las prestaciones profesionales cuando la coacción pueda ser contraproducente, por tratarse de una obligación que, en concreto, requiere un especial estado de ánimo, inspiración o buena disposición. Tal vez sea incluso peligroso obligar a un cirujano a que transplante un hígado, pero no veo obstáculo en aplicar la *astreinte* a un arquitecto para que confeccione un proyecto sencillo, a un farmacéutico para que elabore un compuesto químico de fácil obtención, o a un dentista para que extraiga un molar.

³⁶ *Aragoneses Martínez*, cit. págs. 135 y 136.

dible que el juez exagere la cuantía de la indemnización (*rectius*, prestación) sustitutoria y la propia adecuación a la capacidad económica del incumplidor³⁷. Siempre –insisto– que la prestación en concreto no requiera un especial estado de inspiración, de forma que resultara contraproducente por ello la ejecución forzosa, no sería tal vez, inadecuado, usar del mecanismo compulsivo, sin que por ello dejase de cumplirse la exigencia impuesta por el art. 923 de que “los medios necesarios al efecto” se debían encontrar en “los artículos que siguen”.

Que la idea ya es sentir común en el viejo continente lo demuestra el Anteproyecto, que en su art. 111.3 dispone: “Para incitar al deudor que no cumple la obligación a aceptar la condena imponiendo asegurar en forma específica la ejecución de la prestación que sea objetivamente posible, el juez puede además condenar al deudor, si éste no acepta o acepta con retraso, al pago de una multa cuyo importe no excederá del triple del valor de la prestación debida, que recaerá en beneficio en un setenta por ciento a favor del acreedor y de un treinta por ciento a favor del Estado. La citada multa puede estar constituida por una suma fija que produzca intereses en la medida determinada por el juez, o por un montante debido por cada día de retraso, que se repartirá según las modalidades indicadas”. Pero el problema radica en hallar una naturaleza ju-

rídica a la figura, al menos en lo que se refiere a ese setenta por ciento cuyo destinatario es el acreedor insatisfecho. A diferencia del treinta por ciento restante, esta parte de la *astreinte* no es técnicamente *multa*, pues no va a encaminada a satisfacer la voracidad del fisco. Tampoco es *equivalente pecuniario* de la prestación incumplida, pues ya se encarga el precepto de presentarla como algo cuyo montante puede llegar a ser del triple de lo debido, luego –por poner ejemplos– 2x o 3x nunca puede ser sustitutivo de x. No es tampoco la *indemnización de daños y perjuicios*, pues no tendría mucho sentido que el legislador tratara de subsumir con este cálculo hecho a *forfait* el alcance del quebranto producido por el incumplimiento en el patrimonio del acreedor: éste será el que resulte ser, a la luz de las pruebas propuestas y practicadas, y no se olvide además que el art. 116 del propio Anteproyecto deja claro que, cualquiera que sea la gravedad del incumplimiento, todo cuanto se prevé en los artículos que se ocupan de presentar los remedios de que dispone el acreedor ante el incumplimiento deja en pie “el derecho de obtener del deudor indemnización de los perjuicios sufridos”.

En definitiva, el promotor inmobiliario que no entrega la vivienda unifamiliar porque no la ha terminado o no la ha comenzado a levantar aún, si resulta condenado a levantar una edificación valorada en 300.000 \$ (aproximada-

³⁷ El precepto es el correlativo del bien conocido art. 921.4 de la L.E.C. de 1881.

mente 262.000 \$ USA), podrá ver que su renuncia le cuesta: como indemnización, el precio que al comprador insatisfecho le cuesta alquilar de otra vivienda durante el tiempo de la morosidad, el coste del guardamuebles cuyos servicios se ha visto obligado a contratar y quién sabe si también el coste del tratamiento del insomnio y de la depresión profunda padecida por el comprador y también por su esposa; y como medida de astringencia, hasta un máximo de 900.000 \$, de los que 270.000 serán para el Estado, pero 630.000 irían a parar al acreedor (unos 548.000 \$ USA). Pero luego no existe liquidación definitiva de la *astreinte* que permita su calificación como anticipo forzoso de unas cantidades que en justicia han de corresponder al acreedor, ya en concepto de equivalente pecuniario (porque, por ejemplo, la vivienda no se pueda construir porque el terreno resulta no ser apto física o jurídicamente), ya en concepto de responsabilidad contractual: la *astreinte* no es una suma que después termine siendo deducida de lo debido como *aestimatio* o como indemnización, sino siempre un *plus* que, al socaire de su aparente fundamento y propósito conminatorio, puede terminar enriqueciendo injustamente al acreedor. El resultado del ejemplo propuesto es el de un comprador que, si todo termina bien, ve resuelto el problema de su vivienda y de los perjuicios causados por la morosidad, pero que de paso se puede comprar el edi-

ficio contiguo y todavía le sobran otros 330.000 \$ (mírese bien: unos cincuenta y cinco millones de pesetas) para amueblar las dos viviendas y hasta adornar las paredes con buenos y bonitos cuadros.

Añádase a lo anterior el que el Anteproyecto no se limita a proponer la introducción de las *astreintes* como medio para lograr que el deudor haga caso de un requerimiento judicial que ordenaba *hacer* algo. Antes bien, el art. 111.3 piensa en la ejecución de cualquier condena relativa al cumplimiento específico de cualquier obligación. Personalmente, no me parecen demasiado persuasivas las ideas que se limitan a ver la bondad de la *astreinte* en cuanto medida de carácter coercitivo encaminada a que el deudor no se mofe de la autoridad judicial. Si el setenta por ciento de la *astreinte* no es multa propiamente dicha porque quien la cobra no es el Estado; si también es algo por completo independiente de los remedios de resarcimiento de los daños y perjuicios; si, a la hora de liquidar finalmente los daños causados, no hay que deducir el importe de la *astreinte* ya satisfecha; si su cometido, a diferencia de lo que sucede con los intereses de la mora procesal (art. 576 L.E.C.: interés legal incrementado en dos puntos, salvo pacto o especial disposición legal³⁸) o con los intereses debidos como indemnización por quien se retrasa en el cumplimiento de una obligación pecuniaria (art.

³⁸ Sobre el tema, mi *Sistema de responsabilidad...*, cit., págs. 508 y ss., y bibliografía allí citada.

1108³⁹), no es tampoco una suerte de cálculo *a forfait* de los perjuicios que todo retraso provoca... pues entonces, por mucho que se pretenda encontrar su naturaleza y legitimidad en consideraciones de una similitud con las cláusulas penales que es, desde luego, más aparente que real, lo cierto es que la sombra que proyecta un instituto como éste es demasiado espesa, como espesa es, por ejemplo, la negrura de las indemnizaciones por daños punitivos norteamericanas.

Yo vería mejor unas *astreintes* que tuvieran, en relación con las previstas en el art. 111.3 del Anteproyecto, ciertas notas distintivas. Por lo pronto, unos topes máximos algo más discretos. De hecho, el art. 711 L.E.C., cuando se ocupa de las multas mensuales coercitivas, ordena que se determine la cuantía tomando en cuenta el precio del *facere* personalísimo, estableciendo un límite máximo del veinte por ciento de ese valor (cincuenta por ciento si se trata de multa única). Pero es que el tope máximo del Anteproyecto es exactamente quince veces mayor. Cierto es que en este tipo de medidas siempre se ha dicho que han de ser exageradas para que tengan auténtica función conminatoria, pero eso mismo se consigue, si se quiere mantener tanta *exageración*, dando el importe al fisco y no al acreedor (ello obligaría, desde luego, a articular unos mecanismos procesales más propios del Dere-

cho sancionador que del procesal civil).

Puestos, en cambio, a abaratar o suavizar la medida, la *astreinte* bien podría formar parte de una suma: la com puesta por el equivalente pecuniario y la indemnización por daños y perjuicios, de tal manera que, llegado que fuese el momento de la liquidación definitiva de las consecuencias del incumplimiento o del cumplimiento irregular o tardío, terminara siendo el montante de la *astreinte* restado del importe global de esa suma. La medida conservaría un carácter combinado de mecanismo de conminación dirigido a que el deudor capitule o se rinda (ese carácter ya lo tiene porque lo ha tenido siempre), y al tiempo, de indemnización *forfaitaria* de los daños ocasionados por el retraso. En el ejemplo, antes propuesto, del promotor, si, por ejemplo, se le impone una *astreinte* del 5 por ciento del valor de la vivienda, sería fácil encontrar en ella una verosímil traducción, muy fácil de ver para el lego en Derecho: la medida se toma porque la ley permite entender de forma apriorística que el no recibir a tiempo una vivienda de 300.000 \$ supone unos perjuicios mensuales de 15.000 \$. Justo al estilo de lo que ocurre en los intereses de la mora procesal, o (para las obligaciones pecuniarias) en los intereses de demora en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Y, como el art.

³⁹ Pero ello obligaría en más de un caso, existiendo unos topes tan altos, a que el acreedor devolviera el exceso y eso sería aún más complicado de articular. Si se imponen topes tan altos, la "multa" debería en su totalidad ser cobrada por el Estado

116 establece que *"Sin perjuicio de lo prevenido en los artículos prece - dentales, en caso de incumplimiento, cualquiera que sea su gravedad, el acreedor tiene el derecho de obtener del deudor indemnización de los perjuicios sufridos"*, siempre estaría permitido que se alegaran y probaran unos daños y perjuicios superiores.