

# Reparación y sanción

## El cumplimiento de las obligaciones en forma específica

J. A. DORAL GARCÍA

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2.—Incumplimiento de la obligación: la reacción del Derecho ante el incumplimiento. 3.—Cumplimiento debido. 4.—Sistemas de sanciones. 5.— Cumplimiento forzoso o anormal: la realización coactiva por el acreedor. 6.—Formulación tradicional. 7.—Cumplimiento retrasado y cumplimiento defectuoso. 8.—Causa justa. 9.—Consecuencia del incumplimiento. 10.—Incumplimiento y daño: relación de causalidad. 11.—Reglas y excepciones. a) Obligaciones de dar. b) Obligaciones de hacer y no hacer.

### 1. INTRODUCCION

La progresiva evolución de relaciones sociales y comerciales pone de relieve nuevos problemas de ejecución del contrato y las consecuencias de la inejecución, que denotan la importancia de la realización del contenido de las obligaciones.

Se procura hoy la tutela actuada directamente por el interesado, con el fin de asegurar la automática ejecución de la obligación con independencia de la cooperación del deudor o mediante sanción o coacción indirecta.

Estos remedios pueden ser muy variados, desde la defensa preventiva dirigida a conservar el *statu quo*, a las medidas reparatorias tendentes a restaurar, reintegración del derecho lesionado, o a eliminar el hecho lesivo.

Entre las fórmulas de actuación figuran las medidas de autotutela convencional o consensual, en cláusulas insertas en los contratos o procedimientos, con singular fuerza de expansión, de ejecución cautelar.

De modo que el acreedor insatisfecho o para prevenir efectos de la inejecución pueda acudir para la satisfacción del crédito a la vía judicial o extrajudicial, mediante la creación negocial de figuras de autotutela.

El encuadre sistemático de esas medidas es imposible, no cabe reducir a un esquema único las vías para conseguir un resultado útil por el destinatario de la tutela, si bien acreditan la profunda revisión del Derecho civil y procesal: distorsión en los sistemas previstos, justificación, ámbito, límites de la tutela de los derechos y de los intereses legítimos en la fase ejecutiva.

Pero dichas cláusulas pueden resultar excesivas, si se tiene en cuenta que el *favor debitoris* reclama cumplir con lo *necesario* para liberarse y todo lo demás *excede*, no cabe compensar con prestación excesivamente onerosa.

Así que el estudio del ejercicio coactivo del derecho ofrece hoy especial interés. Los medios de autotutela con función satisfactiva, los actos negociales que prevén el perjuicio derivado de un comportamiento antijurídico del deudor, entran a formar parte del cuadro de la autonomía privada y en esa sede es más fácil asegurar idóneos remedios en cada caso, conforme a los límites intrínsecos y extrínsecos de la libertad de pactos.

Pero, sin duda alguna, aun considerado como Derecho supletorio, la normativa vigente sobre ejecución de obligaciones de hacer resulta inadecuada, sobre todo a derechos nuevos de carácter no patrimonial y a las obligaciones no susceptibles de ejecución específica. Son muchos los inconvenientes y peligros de hacer descansar la ejecución en la cooperación del deudor: condiciones económicas del obligado, caprichos, cinismo, indolencia negativa, pero también la coacción indirecta, la penalidad y sanción, traslada al deudor la eventualidad de esos mismos peligros y abusos, con eficacia coercitiva superior a las formas públicas.

La realización del contenido de las obligaciones se vierte en todas y cada una de las materias del Derecho civil: los derechos de la personalidad, propiedad industrial, obligaciones de asistencia, obligaciones de negociar, las formas de autotutela en función preventiva en la compensación y retención, ejecución específica del contrato preliminar, ejecución continuada de la obligación de negociar.

Son muchas las medidas de garantía o «autotutela consensual» que de suyo válidas y eficaces pueden resultar desproporcionadas a la deuda, pacto comisorio, reserva de dominio, condición resolutoria, que suelen adoptar mecanismos fiduciarios, esa «calamidad social de nuestros días».

Y el aumento progresivo «día por día» de modo automático del interés concretado en la sentencia de condena, la amenaza y penalidad privada acreditan que, si bien no en su formulación personalista originaria, tiene pleno significado actual aquella máxima de que *nemo coactus*, que indica el progresivo avance de «medios compulsorios».

Delimitar esos conflictos de intereses entre el libre ejercicio de la autonomía privada y los límites para eludir abusos y lesiones, la efectiva tutela jurisdiccional, acertar en su valoración y proponer soluciones razonables es sin duda exigencia actual.

Hace ya de esto muchos años, un ilustre jurista, Puig Brutau, refiriéndose a la separación de los «dos grandes sistemas de Derecho del mundo occidental» a la hora de juzgar de la conducta del deudor que no cumple lo debido, porque no quiere o porque no puede, afirmó que éste es un punto «que aconseja reflexionar con la atención puesta en los dos grandes sistemas de Derecho del mundo occidental, porque sospechamos, dice, que la tradición histórica produce el efecto de ocultar con una diferente formulación doctrinal lo que merece ser visto en su unidad más profunda» (1).

La ejecución indirecta es el punto central tratado recientemente en el Congreso de que da cuenta la obra «Processo e tecniche di attuazioni dei diritti», a cura di Salvatore Mazzamuto (2).

En la presentación de ese libro, Salvatore Sangiorgi coincide con aquella impresión de que el problema no se presenta históricamente como fruto de una simple opción cultural sino como consecuencia impuesta del sistema de las fuentes de Derecho y de la política de Derecho («tecnica di normatione»). Posiblemente, dice, subsiste también una razón más profunda, que pudiera ponerse en evidencia con el análisis en cada sistema de la «preeminencia» de remedios.

El transcurso del tiempo arroja nuevos datos y nueva luz en los respectivos sistemas sobre la centralidad del «daño injusto» y del «daño resarcible», ya que con la multiplicación de prestaciones de contenido de hacer y no hacer el problema de la *efectividad* en la ejecución se presenta con mayores exigencias de contraste y armonización de remedios y soluciones, judiciales y extrajudiciales.

\*La ejecución de obligaciones de contenido no patrimonial pone en tela de juicio la preeminencia en reglas codificadas de criterios que por referirse al daño resarcible más que al daño injusto pueden arrojar resultados injustos, de no establecerse otros basados en la relación entre el interés de la prestación debida incumplida y la repercusión (perjuicio) no sólo en el patrimonio del acreedor ante el número creciente de intereses merecedores de tutela. A consecuencia del daño éste no debe experimentar beneficio, pero tampoco obtenerlo el deudor con la realización coactiva provocada por dolo. En la valoración de los daños, daños sobrevenidos, el criterio ha de ser riguroso, lo que se opone a generalizar medidas de tutela indirecta que conducen a ese resultado injusto. El *favor debitoris* reclama lo necesario para liberarse, lo demás excede, compensar, subrogado en la prestación debida, excluye por la misma razón prestación excesiva, ya que encuentra en el valor de ésta su contenido.

---

(1) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. 1, vol. II, *Derecho general de las obligaciones*, Barcelona 1959, p. 419.

(2) *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene editore, Nápoles 1989, 2 tomos, 1406 pp.

## 2. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION: LA REACCION DEL DERECHO ANTE EL INCUMPLIMIENTO

Las obligaciones nacen para ser cumplidas, ya sea por cumplimiento espontáneo o por realización coactiva. De ese modo el incumplimiento enlaza con las fuentes de las obligaciones, que a su vez son aplicaciones de las fuentes del Derecho: cuándo puede decirse de una obligación que ya ha nacido y por qué título, promesa, convenio, contrato, *ex delicto*, *ex novo* del hecho ilícito.

El principio inspirador del régimen jurídico del incumplimiento es el de la tutela efectiva, que introduce un criterio de *efectividad*, de no fácil acomodo a aquellas relaciones obligatorias donde el cumplimiento por equivalente económico no resulta satisfactorio, no adecuado al contenido «normal», ni corresponde al interés de reemplazo de la prestación.

Esto explica la falacia de la «doble fuente»: que el mismo hecho produce el incumplimiento de la prestación debida, *ya nacida*, y *además* fundamenta la regla del equivalente pecuniario, a *falta* de la prestación debida; colocar en el mismo plano la prestación *in specie* o por equivalente dejándolo a la elección del deudor no excluye la consecuencia absurda de dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de una obligación válida, y entendida como alternativa no es indiferente a la *utilitas* del acreedor.

La diferencia entre incumplimiento y daño es importante, porque el incumplimiento supone un *deber* jurídico, una relación preexistente entre las partes, mientras que el daño es un hecho *consecuencia*, *efecto* regido por otros criterios: causación adecuada, encadenamiento de efectos, compensación, moderación, seguro de caución (S. 19 de mayo de 1990).

Es sugerente al efecto la distinción anglosajona entre culpa (*fault*) e incumplimiento (*default*), distinto alcance tiene, en efecto, saber si hay razones de excusa (culpa) o probar simplemente si no se ha cumplido. La culpa forma parte de otra «materia», de los actos torticeros (*torts*), no de la materia contractual. *Tort* es el paradigma del ilícito extracontractual, criterio sancionatorio de conductas dañosas, con los *right-remedy*.

## 3. CUMPLIMIENTO DEBIDO

Quien debe, debe algo, precisamente «lo debido». Cuestión distinta es que el deudor pueda liberarse (autotutela consensual) entregando algo no debido, *aliud pro alio*.

En ningún caso, de no ser por pacto, obligación alternativa o facultativa, el deudor de una obligación puede cambiar arbitraria y unilate-

ralmente su contenido sin causa justificativa por la misma regla del artículo 1256 C.c. No queda a merced del capricho del obligado a hacer realizar lo debido o el equivalente pecuniario.

El deber jurídico se extiende también al respeto del contenido intrínseco de la obligación: cumplir lo debido conforme a lo debido o un resultado racionalmente adecuado, atendidas las circunstancias del caso (S. 11 de noviembre 1987, R. 8372).

Si el deudor no cumple, según el sistema, puede o no alegar causas que le eximan; si cumple mal se introduce en la relación obligatoria un hecho *nuevo*, que puede ser causa autónoma de responsabilidad a cargo del obligado; no *además*, sino *aparte* de la que le incumbe como sujeto pasivo de la obligación que pretendía cumplir (Puig Brutau) (3).

#### 4. SISTEMAS DE SANCIONES

La distinción se refleja en el cuadro de acciones.

El sistema alemán es de acciones generales y tutela penal de la orden del juez (*Geldstrafen*); el sistema anglosajón de acciones distintas: de incumplimiento y de daño. El sistema latino se basa en el precepto fundamental (art. 1101 del C. español), que señala diversos aspectos atendidas las circunstancias de la obligación y el grado de incumplimiento (art. 1142 y 1146 del *Code*), que permite completar la tutela ejecutiva con medios compulsorios para garantizar la efectividad, sanciones extrañas a la tradición civilista.

La atribución de daños y perjuicios (*damages*) es la sanción normal de todo *breach of contract* en el *common law* (4). Desde el momento en que hay *breach* hay lugar a *damages*, sean estos debidos o no a culpa del causante. La única cuestión es saber cómo van a ser evaluados los daños y perjuicios. A tal efecto se distinguen las clases de daño.

El *common law* excluye como solución *normal* el cumplimiento de las obligaciones en forma específica en naturaleza.

En fecha reciente la S. 12 de diciembre 1990, R. 9999, en uno de los fundamentos jurídicos, insiste que en nuestro Derecho la obligación de hacer ha de ser cumplida en forma específica, de acuerdo con el art. 1098 del Código, entrando en juego el cumplimiento por equivalencia con carácter subsidiario: cuando el deudor no realiza la prestación debida o ésta deviene imposible. Tan sólo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o *forzoso* de la obliga-

(3) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 424.

(4) René DAVID y David PUGSLEY, *Les contrats en Droit Anglais*, 1985, 2.<sup>a</sup> ed., p. 324. JEANDIDLER, *Exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, en «Rev. trim. dr. civ.», 1976, 700.

ción de hacer entra en juego el principio «*nemo factum cogi potest*» y la prestación primitiva se transforma en la de indemnizar; la acción de cumplimiento de preferencias al cumplimiento *in natura* sobre el cumplimiento por equivalente (S. 21 noviembre 1990, R. 9012); cumplimiento y resolución son compatibles de forma subsidiaria (S. 9 de septiembre de 1992, R. 1189).

## 5. CUMPLIMIENTO FORZOSO O ANORMAL: LA REALIZACION COACTIVA POR EL ACREEDOR

Es regla que la prestación debida se realiza en forma específica, lo que no siempre es posible: depende del diverso contenido que determinará en cada caso «lo debido» y el fin desde el punto de vista social y del interés del acreedor (5).

De no poderse ejecutar la prestación debida coactivamente queda obligado el deudor al equivalente en su caso con los daños y perjuicios derivados del incumplimiento (tutela subrogatoria).

En la esfera extracontractual los interesados no estaban antes sujetos por la relación obligatoria, ya que, en tal caso, la obligación no es *ya nacida*, ésta nace *ex novo* del daño (art. 1092 s.s.) como obligación *ex lege*.

El incumplimiento de la obligación imputable al deudor, dice Castán, se traduce en el cumplimiento forzoso que, a veces, puede ser ejercido en forma específica. Pero hay numerosos casos en que es imposible procurar al acreedor la ejecución en naturaleza, y entonces hay lugar a lo que los autores llaman la prestación del interés (*id quod interest*), que consiste en prestar un equivalente de la utilidad que le hubiere reportado el cumplimiento de la obligación en forma específica, y que, en nuestro Derecho, recibe el nombre de resarcimiento de daños y perjuicios.

Pero esa equiparación no es del todo exacta porque la realizada por equivalente es siempre más débil:

- 1.º El valor de la prestación es *intrínseco*, mientras que el equivalente económico es *extrínseco*, valor de mercado, resultado de una liquidación, *actualización* de gastos (S. de 5 diciembre 1975).
- 2.º Supone una *conversión* automática del valor *en uso*; criterio utilitarista y económico, en valor *en cambio* o de realización sujeto al flujo de los cambios.

---

(5) El binomio cumplimiento-ejecución y responsabilidad patrimonial tiene su lugar propio en el daño patrimonial, pero no adecuado al daño no patrimonial, derechos de la personalidad y daño ambiental, como daño sufrido por la colectividad, que no tiene carácter patrimonial.

El cumplimiento en forma específica es siempre factible tratándose de deudas de dinero y de un deudor solvente, y no siempre de obligaciones nacidas de contrato donde el daño no sea íntegramente resarcible pecuniariamente. Las nacidas de delitos, de actos civilmente ilícitos y de enriquecimiento injusto esas sí tienen por contenido *normal* una prestación de dinero (6).

De aquí las reglas sobre el cumplimiento forzoso en forma específica, arts. 1096, 1098, que distinguen entre cumplimiento «por equivalente» y la indemnización de daños y perjuicios, reglas compatibles que atienden a la libertad personal del obligado y al interés del acreedor en el cumplimiento de lo convenido, art. 923, 924,1, 925 LEC.

La *sustitución* de la prestación debida por su equivalente (*id quod interest*) tiene origen romano, D. 19,1,1. pr, y requiere la demostración efectiva de los daños y perjuicios sobrevenidos.

## 6. FORMULACION TRADICIONAL

La ejecución forzosa en forma específica o por equivalente es un corolario de las fuentes de las obligaciones, sobre todo de las obligaciones *ex conventione*. De ahí que la fuerza obligatoria del contrato sea uno de los presupuestos. La ejecución se presenta como *efecto*. En el Derecho contractual se plantea la correlación entre contenido *normal* y ejecución en forma específica; en las de hacer infungible o personalísimo, insustible por la actividad del juez, sólo cabe el resarcimiento de perjuicios que ocasiona la no prestación (S. 25 de marzo 1981) por lo que el contenido normal es dinero (7)

Del vínculo obligatorio deriva que sólo se libere el deudor por causa que no le sea imputable, ya que, en cualquier otro caso, es exigible la prestación.

La obligación de hacer lleva consigo la dificultad de su inherencia a la persona, a la libertad, que o no puede ser coaccionada ni sustituida, realizada a través de actividad sustitutiva, o es más difícil de sustituir que en otras prestaciones que tienen por contenido normal el dinero. El cumplimiento forzoso en forma específica se realiza contra la voluntad del deudor o sin contar con ella, la tutela inhibitoria en obligaciones de

---

(6) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 452. J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 16 ed. Madrid 1992, revisada y puesta al día por G. García Cantero, p. 86.

(7) Las medidas previstas en el Derecho tradicional son insuficientes en la ejecución sucesiva, en las operaciones arriesgadas, como un auditorio hostil, en la responsabilidad precontractual, donde no hay otro modo de reparar que reputar el contrato formado.

no hacer cuenta con ella. El éxito de esta forma es creciente pero acaso demasiado gravoso.

Si la obligación es de reparar *in specie*, deshacer lo hecho, si puede serlo por un tercero (S. 16 de octubre 1989) aunque no con medios anormales sino que sea «a su costa» o a sus «expensas». A su costa indica tanto la naturaleza (obligación de hacer) como la extensión respecto al tipo (compensación); a su costa supone que no *exceda* de lo debido, que es, por tanto, su razón de ser y su medida; la tutela resarcitoria tiene estos límites:

1. Es inadecuada a la realización efectiva del derecho violado en la tutela de los derechos de la personalidad y en general al daño injusto no resarcible en dinero.
2. De modo particular a las obligaciones de contenido no patrimonial, obligaciones no patrimoniales. El daño moral no atiende a la reintegración de un patrimonio: es compensación de un sacrificio, *pecunia doloris* (S. de 25 junio 1984, R. 1145).

## 7. CUMPLIMIENTO RETRASADO Y CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO

Puesto que el cumplimiento se ciñe a lo debido, no es cumplimiento normal el retrasado o el defectuoso. En el retrasado interviene el tiempo que acredita la reclamación o exigencia del acreedor. El pago puntual es el criterio de normalidad (art. 1500 C.c.), interés jurídicamente relevante a la plena y exacta ejecución del contrato (S. 20 de octubre 1984, R. 475 2).

El cumplimiento defectuoso se refiere más bien a la calidad o cantidad. «Defectuoso» es término de «relación a», concepto jurídico indeterminado sobre el que ha recaído abundante jurisprudencia. En S. de 2 noviembre 1987, R. 8127, en un contrato de venta con reserva de dominio, una cláusula de «trabajos a cuenta»; realizarlo de otra manera no es hacerlo mal si racionalmente resulta adecuado (S. 11 de noviembre 1987, antes citada). La ficción de dejar pasar plazo de examinar la cosa, reclamar, muestran que la cooperación del deudor no puede ser criterio único.

## 8. CAUSA JUSTA

Mientras que el art. 1089 enuncia las fuentes de las obligaciones donde se manifiesta en el deber jurídico el contenido intrínseco de la obligación y en él se basa la ejecución, la liberación del deudor sólo encuentra su fuente, si el deber no es judicialmente exigible, en la cau-

sa justa (art. 1091), el pago espontáneo con el *efecto* (excepción) de la *soluti retentio*, técnicas de la actuación privada de la Justicia y derechos o intereses legítimos, relacionadas con la *causa solvendi*, arts. 1895, 1095 Cc.

Pero es causa justa según la igualdad (justicia conmutativa), no sólo justificable.

Si un tercero intruso causa daño a la propiedad es causa justa no soportar al causante en la reparación, sino convertirla en equivalente pecuniario; causa justa de inobservancia de prestación negativa es el «*factum principis*»; el hecho de tercero; onerosidad por circunstancias imprevisibles, hechos impeditivos del acreedor.

## 9. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO

La primera consecuencia del incumplimiento o del incumplimiento inexacto por deficiencia cualitativa o por retraso en el cumplimiento es la infracción de un precepto, la «fuerza legal», que conlleva la exigible restauración del orden perturbado.

En íntima relación a ella está la desconsideración al efecto social inherente al compromiso pacto o convenio, el interés del acreedor, la utilidad a realizar, la posible actividad sustitutiva.

Desde el punto de vista objetivo también la insatisfacción y las consecuencias de la incidencia en el patrimonio que experimenta un daño, en relación con el interés de restitución de confianza o de cumplimiento o interés en la prestación especial.

La reparación se basa en la igualdad o equivalencia: la misma prestación; diversa (*aliud pro alio*); sucedanea (art. 1099 C.c.). Los daños *compensatorios* son resultado de una liquidación: «ni más ni menos». Así los gastos realizados corren «a costa», «a expensas» (1096), criterio objetivo para garantizar al acreedor un resultado, mientras que la sanción se basa en la desigualdad: admite moderación del más o menos (8).

La reparación se funda en la justicia conmutativa, la sanción en la equidad o en la justicia legal. La equidad no tolera agravio sin reparación.

---

(8) Las medidas compulsorias de carácter pecuniario aumentan progresivamente día por día la estimación de la sentencia de condena. El modelo francés de *astreinte* multiplica el módulo inicial por el número de días de retraso, la jurisprudencia francesa la admite como sanción efectiva, *astreinte judicial*, cass. civ. I, 20 octubre 1959, actualmente disciplinada por ley, Ley 5 de julio 1972 en relación con los arts. 1156 y 1149 del *Code*. Más cerca de la pena privada que del resarcimiento de daños, dado que puede aumentar, disminuir, ser provisional, definitiva; es complemento de la acción judicial para obtener el resultado venciendo la resistencia del deudor.

## 10. INCUMPLIMIENTO Y DAÑO: RELACION DE CAUSALIDAD

El incumplimiento en su aspecto objetivo es la inejecución de la prestación, en su aspecto subjetivo la falta de satisfacción del interés de la prestación. Eso permite que un incumplimiento dé origen a uno o varios daños, daño sucesivo o continuado.

Entre el incumplimiento y el daño ha de mediar una relación de causa a efecto. Pero el daño puede ser actual ya causado o temido (*tutela inhibitoria*).

El hecho causante del daño es fuente de la obligación de resarcir; la obligación de indemnizar de *origen* legal. Principio de resarcimiento es reconstruir o restablecer la realización de ése interés admite formas distintas: *reintegración*, modo primario de restablecimiento; *reparación, in specie* o pecuniaria.

## 11. REGLAS Y EXCEPCIONES

### a) Obligaciones de dar

El deudor cumple con dar -traslado- la cosa, la misma cosa, no otra distinta. El incumplimiento lleva consigo la equivalencia a modo de subrogación real, el valor de lo debido (reparación sustitutoria). Dar cosa determinada admite compulsión si el deudor posee la cosa.

### b) Obligaciones de hacer y no hacer

Estas prestaciones pueden ser principales o subordinadas, como la obligación de no concurrencia en la venta de empresa.

La regla es la ejecución *in natura*, pero siempre que sea posible; admite reparación *in natura* en las prestaciones de hacer el art. 1098; las de no hacer siempre son inejecutivas, ya que hacer lo prohibido es contradictorio con cumplir (F. Badosa).

Si la fuente originaria es el contrato, la regla es que la ejecución lo sea en forma específica, o la ejecución coactiva no incompatible con la libertad personal.

Cuestión ahora controvertida es la tutela compensatoria, resarcimiento por subrogación, la cláusula penal legal (si se regula) o judicial. La cláusula penal tiene una fuerza impulsiva por la amenaza, pero tampoco el juez puede «obligar» a pagar más.

Forma de tutela inhibitoria es la *acción provocatoria*, que conlleva la declaración a perpetuo silencio («calla y no molestes, y si no, atente a la sanción»). Medidas indirectas son también la acción de jactancia, hacer en un plazo o indemnizar; y la presunción del art. 925 LEC, quien quebranta la condena opta por el resarcimiento de daños.