

PROPUESTAS DE REFORMA Y MEJORA DE LA EJECUCIÓN NO DINERARIA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000*

MANUEL ORTELLS RAMOS

Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València

I. INTRODUCCIÓN

El legislador ordinario tiene libertad de configuración normativa para establecer el modo de ejecución de condenas no dinerarias y, en particular, las circunstancias determinantes del cambio a una ejecución por equivalente dinerario de la prestación. No obstante, ha de tenerse presente, por una parte, que la efectividad del derecho a la tutela judicial “quedaría decididamente anulada si la satisfacción de las pretensiones reconocidas por el fallo judicial en favor de alguna de las partes se relegara a la voluntad caprichosa de la parte condenada o, más en general, éste tuviera carácter meramente dispositivo” (STC 15/1986, FJ 3.º), y, por otra parte, que ese cambio en el modo de ejecución ha de estar fundado -como dice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional examinada en el apartado anterior- en razones atendibles.

El régimen de esta ejecución en la LEC de 1881 presentaba notables deficiencias, tanto en los aspectos acabados de apuntar (excesiva influencia de la voluntad del condenado, facilidad de las razones determinantes del cambio del modo de ejecución), como en

* El texto de este artículo desarrolla más ampliamente la ponencia que expuso el autor en el Curso de Formación de Jueces y Magistrados, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, sobre el tema general de “El proceso de ejecución” y celebrado en Vigo, del 2 al 5 de junio de 2009.

otros aspectos importantes para que el ejecutante pudiera recibir efectivamente la prestación establecida en el título ejecutivo¹.

Las muestras más significativas de las deficiencias de esa ordenación eran las siguientes:

1ª) La referencia del art. 924 LEC de 1881 a las condenas de hacer podía entenderse limitada al hacer de carácter material, de modo que faltaba una regulación general adecuada de la ejecución de condenas a emitir una declaración de voluntad.

2ª) En los supuestos de condena a hacer no personalísimo, la solución, establecida por el art. 924 LEC de 1881, de que se ordenará hacer a costa del condenado si éste se niega a realizar la prestación, es idónea en cuanto a la fijación del fin a conseguir con la actividad ejecutiva, pero imprecisa en cuanto al modo de alcanzarlo. En efecto, la disposición era, en buena parte, inútil por falta de regulación tanto del modo de designar al tercero al que se ha de encargar el hacer, como de la exacción de fondos del patrimonio del condenado para garantizar y satisfacer el crédito del tercero.

3ª) Si el hacer tiene carácter personalísimo, la conclusión que la ley extraía de la falta de realización de la prestación en el plazo concedido dentro de la ejecución («se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios», según el art. 924 LEC de 1881), implicaba dejar en manos del condenado el modo de realizar la ejecución. La ley no establecía ningún medio idóneo para imponer la realización de la prestación fijada en el título ejecutivo.

4ª) En el régimen de la ejecución de condenas de no hacer del art. 925 LEC de 1881, el condenado también tenía el control del modo de la ejecución puesto que «si quebrantare la sentencia, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios». Tampoco en este caso se preveían medios para sancionar la infracción de la condena, que indirectamente pudieran inducir a su cumplimiento.

El complemento - debido al art. 1099 CC- de que, cuando fuera posible, se debía ordenar deshacer lo indebidamente hecho a costa del condenado, tenía el mismo inconveniente de efectividad por falta de regulación suficiente que hemos apuntado antes para los casos de condenas de hacer no personalísimo.

5ª) En caso de condena a entregar cosas muebles (art. 926 LEC de 1881) faltaba toda regulación de medidas para descubrir el paradero de la cosa en caso de ocultación de la misma.

¹ Véanse los detallados análisis de TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Las condenas no pecuniarias*, Palma de Mallorca, 1984, VERDERA SERVER, R., *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995, CATALÁ COMAS, Ch., *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*, Barcelona, 1998. Pueden verse, también, CARBALLO PIÑEIRO, L., *Ejecución de condenas de dar*, Barcelona, 2001, págs. 24-57.

La LEC/2000 introdujo notables mejoras en todos los aspectos mencionados. Como apunta su Exposición de motivos: “Mención especial ha de hacerse del cambio relativo a la ejecución no dineraria. Era preciso, sin duda, modificar un regulación claramente superada desde muy distintos puntos de vista. Esta Ley introduce los requerimientos y multas coercitivas dirigidas al cumplimiento de los deberes de hacer y no hacer y se aparta así considerablemente de la inmediata inclinación a la indemnización pecuniaria manifestada en la Ley de 1881. Sin embargo, se evitan las constricciones excesivas, buscando el equilibrio entre el interés y la justicia de la ejecución en sus propios términos, por un lado y, por otro, el respeto a la voluntad y el realismo de no empeñarse en lograr coactivamente prestaciones a las que son inherentes los rasgos personales del cumplimiento voluntario”.

La experiencia aplicativa de la LEC/2000 –que ya ha alcanzado ocho años largos– ha revelado defectos en la ordenación jurídica de la ejecución no dineraria, cuya corrección o mejora ha de debatirse y proponerse.

No obstante, al ser ésta una materia de gran amplitud y complejidad –comprende la realización ejecutiva de todos los deberes de prestación diferentes a la estricta obligación dineraria– resulta inevitable seleccionar los temas a tratar. A riesgo de parecer arbitrario, me ha parecido de interés reflexionar sobre los dos temas específicos que siguen en el texto².

II. ACLARACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA EJECUCIÓN MEDIANTE HACER A COSTA DEL EJECUTADO

La actividad ejecutiva por prestaciones de hacer no personalísimo estaba ya sustancialmente prevista por el art. 924, párrafo primero LEC de 1881, pero la insuficiente regulación de la misma, dificultaba su desarrollo útil. El apartado 2 del art. 706 de la LEC/2000 (en adelante, los artículos citados sin indicación de la ley a la que pertenecen, se entenderá que corresponden a esa Ley) va destinado a subsanar esas insuficiencias. No obstante, la práctica ha puesto de manifiesto problemas que, a la vista de la ordenación legal, carecen de una respuesta suficientemente precisa y pueden recibir soluciones inadecuadas.

1. La selección del contratista

En cuanto a la selección de la persona o entidad a la que puede ser encargado el hacer, el art. 706 sólo establece que el encargo se hará por el ejecutante a un tercero. Queda

² Para la consideración crítica de múltiples temas de la ejecución no dineraria remito a ORTELLS RAMOS, M., *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial La Ley, Madrid, 2004. Y para una permanente actualización de esa aproximación crítica –atenta a los cambios normativos, muchas veces asistemáticos, y a la rica experiencia judicial– remito a mis comentarios a los artículos 699 al 720 de la LEC/2000, en *Proceso Civil Práctico*, Gimeno (Coord.), VIII-1, en los que la última actualización publicada sobre esta materia corresponde a julio de 2008.

fuera de regulación lo relativo al contrato con el tercero y, previamente a ello, la existencia de algún requisito y procedimiento para la selección del contratista.

Bajo el imperio del art. 924, párrafo primero LEC de 1881, que se limitaba a establecer que «se hará a su costa», sin ninguna referencia al sujeto que podría realizar la prestación -de modo similar al art. 1094 CC-, la doctrina se planteó las cualidades que debían concurrir en el tercero al que se encargara realizar la prestación.

El grado en que dichas cualidades concurrieran en el contratista preocupaba a la doctrina en dos sentidos muy diferentes. De una parte, como garantía de que el tercero podría realizar la prestación -en este aspecto se trataba de exigir un mínimo en la graduación de aquellas cualidades-. El otro sentido hace referencia a la retribución que el tercero podría exigir por su labor -en este aspecto se tenía presente establecer un límite máximo en el estándar de calidad, y de precio, correspondiente hacer del ejecutado, que el hacer del tercero no debería exceder-.

Ante la necesidad de tener en cuenta estos factores objetivos, se propugnaba -antes de la LEC de 2000- que la selección del tercero tuviera lugar a propuesta del ejecutante y previa audiencia del ejecutado, mediante resolución judicial.

Frente a estos requisitos y procedimiento para la selección objetiva del contratista, debe hacerse notar que la LEC en ningún caso habla de designación del tercero por el juez, ni de aprobación por éste de una previa designación por el ejecutante, sino de que sólo de que será necesario que «se le faculte (al ejecutante) para encargarlo a un tercero», en términos genéricos. La aprobación del coste del hacer previa tasación pericial no incide -al menos directamente- en la designación del contratista, sino en la obtención de fondos con carácter previo a la obligación de pagar la prestación del tercero.

Es decir, la ley ofrece datos literales a favor de una libre elección del contratista por el ejecutante. Y esta opción me parece justificada con base en argumentos que apuntaré a continuación.

Ahora bien, si la interpretación del precepto derivara hacia un sistema más objetivo, siempre debería tenerse en cuenta -para evitar excesos desfavorables al ejecutante- lo siguiente:

1º) Quien contrata con el tercero es el ejecutante, consiguientemente ha de tener relevancia la confianza de éste en la otra parte contractual, a la que elige por considerarla capaz de realizar correcta y puntualmente la prestación.

2º) El ejecutado no resulta perjudicado en el caso de que el ejecutante no acepte la prestación del tercero por estimarla defectuosa. En tal caso, la cantidad obtenida del patrimonio del ejecutado no podrá destinarse al pago de esa prestación; si el pago se hubiera an-

ticipado, no podrá el ejecutante obtener la entrega de sumas complementarias con cargo al ejecutado para retribuir rectificaciones de una prestación que sólo son debidas -en caso de serlo- en virtud de las relaciones contractuales entre ejecutante y tercero. Esto matiza los riesgos que pueden derivar de que el ejecutante elija a un tercero con un grado de cualificación aparentemente inferior al que tiene el ejecutado.

3º) No es legítimo que el ejecutado alegue que el coste de la prestación en caso de ser realizada por tercero, excede de unos límites normales para una prestación de las características de la encargada. Como se hace notar en la jurisprudencia que posteriormente citaremos, el ejecutado ha tenido varias oportunidades, incluida una inmediatamente previa a la ejecución (art. 548) y otro al comienzo de la misma, para cumplir él mismo la prestación, con el coste que estimara más ventajoso para él.

2. Los antecedentes del art. 706.2 LEC en la práctica judicial de la LEC de 1881 y su incidencia en el sentido de esa disposición: dos posibilidades para el hacer a costa del ejecutado

Además de la inseguridad sobre el modo de selección del contratista, el art. 924, párrafo primero LEC de 1881 también dejaba indeterminado el modo de operar de la cláusula «a su costa». Esa expresión significaba, sin duda, que el coste de la prestación contratada con el tercero recaía sobre el patrimonio del ejecutado. Pero no se regulaba en qué momento y con qué requisitos podía hacerse efectivo ejecutivamente ese coste.

Esta actividad ejecutiva resultaba arriesgada para el ejecutante, porque si optaba por satisfacer él mismo la contraprestación debida en virtud del contrato con el encargado del hacer, financiaba una deuda del ejecutado, y, además, si el ejecutado devenía insolvente, perdía las expectativas de reembolso de las sumas adelantadas.

Por vía jurisprudencial se introdujo una interpretación del art. 924 en virtud de la cual el ejecutante podía instar la determinación de una cantidad a la que previsiblemente ascendería la contraprestación, y, a partir de ello, el embargo de bienes del ejecutado y su realización forzosa para obtener el dinero necesario para atender los pagos debidos según el contrato. Son representativas de esa orientación jurisprudencial el **AAP Asturias 16 febrero 1995** y el **AAP Lugo 2 febrero 1998**.

El **AAP Asturias 16 febrero 1995, Aranzadi Civil, 1995, 330**, indicaba que: “Ni el artículo 928, ni los artículos 937 y 938 son aplicables para el supuesto de “ejecución a costa” del artículo 924. Este precepto se agota en sí mismo y no es razonable ni acorde con la tutela efectiva del derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos y sin dilaciones indebidas el que, habiendo el ejecutado dejado pasar tres ocasiones para el cumplimiento de su obligación (la primera, cuando asumió la de realizar la obra en las condiciones debidas para el uso pactado; la segunda, al serle notificada la sentencia que le impone la obligación de realizar las necesarias reparacio-

nes, y la tercera, al ser requerido en fase de ejecución para llevarlas a cabo en el plazo fijado por el Juez) se le otorgue ulteriormente una nueva oportunidad, con evidente menoscabo del derecho del ejecutante que, en el caso de autos continúa padeciendo las deficiencias constructivas denunciadas desde hace seis años en que inició el presente litigio. La obligación de reparar los vicios ruinógenos de un edificio, en principio, y salvo que las sentencia establezca otra cosa, debe reputarse como una deuda de valor y no como una deuda dineraria. Para estos supuestos, el sector doctrinal citado propone que el Juez, tras una audiencia sumaria de las partes y sin ulterior recurso, decida sobre la cuantía de la ejecución y el profesional que va a realizarla. Entre tanto, y en previsión de que el contratista elegido solicite aportaciones económicas, para las sucesivas fases de la obra, se procederá, al amparo del artículo 923 de la LECiv, al embargo y realización inmediata en vía de apremio de los bienes de los ejecutados en cantidad suficiente para subvenir al coste de la obra y al reintegro del ejecutante”.

Según el **AAP Lugo 2 febrero 1998, Aranzadi Civil, 1998, 3210**: “si el deudor no cumple, como es el caso (no objeto de debate en este recurso concreto) al no poder ser compelido para que lo haga por sí mismo, es claro que ese “hacer” debe ser encargado a un tercero, de lo que hay que deducir que, en definitiva, en estos casos de incumplimiento, ha de encargarse por el acreedor al tercero esa ejecución de hacer, lo que conduce inexcusablemente a satisfacer por el ejecutado el importe de aquella ejecución forzosa. Y por ello determina, salvo someter a la ineficacia la ejecución de condenas de hacer como la presente (de importante relevancia económica), la facultad de conseguirse por el acreedor el dinero suficiente a costa del ejecutado para hacer frente a los gastos que esa obra por el tercero va a ocasionar, y ello incluso antes de encargar a éste la realización de tales obras, tanto porque puede esa otra persona pedir sumas anticipadas, como porque no puede obligarse a que el acreedor tenga que “financiar” al deudor durante el tiempo existente entre que satisface al tercero su obra (caso de tener además medios económicos para ello) y aquel en que recibe el dinero por la realización de los bienes del deudor, cuyo importe por otro lado puede ser inferior al valor nominal de lo embargado. Por tanto no cabe sino confirmar la resolución recurrida”.

El art. 706.2 ha recogido sustancialmente la orientación jurisprudencial acabada de comentar, con lo que ha plasmado legalmente una regulación favorable al ejecutante.

No obstante, la letra del artículo plantea dudas sobre si el modo previsto en el apartado 2 del mismo es el único modo de proceder autorizado por la ley en el supuesto de que el ejecutante haya optado por el encargo del hacer a un tercero. En principio, así parece, atendido el primer inciso del art. 706.2 (“Si (...) optare por encargar (...) se valorará previamente el coste”).

En efecto, en la práctica judicial se considera exclusivamente esta modalidad de encargo a un tercero. El **AAP Burgos, sección 3ª, 5 noviembre 2002, EDJ 2002/67571** y el

AAP Salamanca 25 marzo 2002, EDJ 2002/15051 simplemente no contemplan otra. En el **AAP Córdoba, sección 2ª, EDJ 2002/61380**, que se enfrenta con una modalidad distinta -que explicaremos después-, aunque con rara instrumentación procesal, rechaza *obiter dicta* esa modalidad alternativa, pero no funda su decisión en esa incorrección.

En efecto, el ejecutante reclama el coste del hacer “a costa” mediante una demanda ejecutiva separada.

Estos son los datos procesalmente importantes del caso: “Con fecha 22-11-00 se presentó nuevo escrito por parte de D. Álvaro solicitando que habiendo incumplido la obligada con su obligación de hacer, aportando al efecto acta de presencia notarial de fecha 27-10-00, se le autorizará, al amparo de lo establecido en los arts. 1098 CC en relación con el art. 924 y ss. LEC 1881, para hacer a costa de la ejecutada, la obligación de hacer a lo que habría sido condenada, (a)sumiendo la parte la obligación de aportar la documentación acreditativa del cumplimiento exacto del fallo en los términos de éste y nota suficiente de gastos devengados a tal efecto para su posterior reclamación a la ejecutada, dictándose propuesta de providencia el 23-11-00 por lo que no habiéndose llevado a efecto por los demandados lo ordenado en la sentencia, se procedía a efectuarlo a su costa.

Esta providencia fue recurrida en reposición por la "Comunidad de Propietarios A." el 4-12-00, alegando que habría cumplido correctamente con su obligación reparando la valla y dejando la finca, propiedad del actor, en las mismas condiciones en que se encontraba, aportando una factura de fecha 3-11-00. Recurso que, impugnada por la parte contraria, fue desestimado por auto de 9-1-01, manteniéndose íntegramente la providencia de 23-11-00.

Finalmente con fecha 23-01-02 y de conformidad con lo establecido en el art. 549 de la nueva LEC 1/2000 en relación 539-1 se formuló por D. Álvaro demanda de ejecución dineraria contra la "Comunidad de Propietarios A." en relación de la suma de 3052 Eur., equivalentes a 508.892 ptas., importe de la factura de 16-10-01 de coste en la reparación del vallado, despachándose ejecución por auto de 28-1-02, a lo que se ha opuesto la parte ejecutada por escrito de 5-2-02 basándose en el cumplimiento de lo ordenado en el fallo (art. 356-1 LEC)”.

En cuanto a la resolución, el auto se limitó a decir que: “no podemos olvidar que cuando el actor procedió a ejecutar la sentencia a costa del demandado, según la factura aportada, fue el 16-10-01, esto es, estando en vigor la nueva Ley de enjuiciamiento, por lo que debió actuar conforme lo preceptuado en el art. 706-2, es decir valorándose previamente el coste de dicho hacer por un perito tasador designado por el tribunal, lo que hubiera evitado todas las incidencias que se han planteado en esta fase de ejecución”.

En mi opinión, sin embargo, también puede entenderse que si la regulación explícita en el art. 706.2, párrafo primero, se ha establecido para beneficiar al ejecutante -que, de ese modo, no se verá forzado a anticipar cantidades-, éste puede instar o no su aplicación, asumiendo, en el segundo caso, el pago de lo adeudado, sin perjuicio del reembolso por vía ejecutiva contra el ejecutado, mediante la presentación de cuenta detallada.

Desde el punto de vista del pago de la contraprestación al tercero, el art. 706 abre, pues, dos posibilidades:

1ª) Obtención previa, por vía ejecutiva sobre el patrimonio del ejecutado, de los fondos necesarios, con cargo a los cuales deberán cumplirse las obligaciones de pago derivadas del contrato para la realización de la prestación de hacer por el tercero.

2ª) Financiación por el ejecutante y cobro de la deuda que conste en las facturas abonadas, igualmente por vía ejecutiva.

Requisito necesario, en todo caso, para proceder ejecutivamente contra el ejecutado por el importe -previsto o cierto- de la contraprestación debida al tercero, es que el tribunal haya facultado al ejecutante, aunque sea en términos genéricos, a contraer con tercero la realización de la prestación debida según el título ejecutivo.

Requisito conveniente es que el ejecutante haya pedido el embargo del art. 700. Si opta por el procedimiento de obtención anticipada de los fondos necesarios para hacer frente a las obligaciones contractuales con el tercero (art. 706.2), el embargo le permitirá contrarrestar el riesgo de insolvencia del ejecutado durante el plazo del requerimiento para el cumplimiento en la ejecución (art. 705). Si se inclina por la otra posibilidad, el embargo le pone a cubierto de la insolvencia del ejecutado en el momento en que decida exigir el pago de las cantidades que efectivamente ha abonado al tercero.

3. El tratamiento de las diferencias entre el coste presupuestado y el coste definitivo de la prestación de hacer realizada por el tercero

Si el ejecutante opta por la primera posibilidad, y salvo que el tercero con el que se contrate la realización del hacer acepte como contraprestación la cantidad correspondiente al coste judicialmente aprobado o una cantidad inferior, surge el problema de que la cantidad obtenida previamente con cargo al patrimonio del ejecutado no sea suficiente para atender al pago del coste definitivo.

La solución del problema requiere tener presente tanto la finalidad de la regulación introducida por el art. 706.2 -evitar que el ejecutante tenga que financiar una deuda del ejecutado-, cuanto el principio de que la ejecución ha de satisfacer plenamente el derecho reconocido en el título ejecutivo (art. 570).

La completa satisfacción del acreedor ejecutante impone que, en este caso, presentados los documentos acreditativos del coste final de la prestación, adeudados al tercero o -como será más frecuente- al ejecutante que hubiera anticipado las cantidades, se pueda decretar nuevo embargo para hacer efectiva la cantidad necesaria por vía ejecutiva.

La STS (Sala 1.ª) 31 octubre 1980, La Ley, 1981-1, 413, estima que infringe por inaplicación el art. 1106 del Código Civil la limitación del “*quantum* de las reparaciones impuestas al constructor a la suma de 250.000 pesetas fijada en el informe pericial practicado en el litigio como valor, en el momento de emitir el dictamen, de las indispensables para la subsanación de los desperfectos que lo edificado muestra, ya que la ejecución forzosa supone precisamente la efectividad de la prestación debida y por consiguiente cuando deba producirse a costa del incumplidor significa tomar de su patrimonio todo cuanto sea necesario para sufragar esa realización al tiempo en que pasa a ser llevada a la práctica”.

Por el contrario, la STS (Sala 1.ª) 12 julio 1991, Archivo La Ley, 1991, 2679, considera que: “la fijación de un determinado montante cuantitativo en orden a la realización de unas obras concretas, en ningún modo puede estimarse como infracción del art. 1098 CC o interpretación errónea del mismo”; pero, inmediatamente a continuación, matiza que: “cosa bien distinta sería que en la fase ya de ejecución de sentencia, se viesen confirmados los temores de la parte recurrente, pues en ese caso, y partiendo de una posible calificación de deuda de valor que cabría asignar a los límites cuantitativos señalados en la sentencia, sería allí, en la indicada fase, donde, en su caso, habría de plantearse el problema de su actualización en relación con los costos entonces existentes a fin de conseguir la adecuación entre obra a realizar y proyecto, pero es de insistir que la solución de tal problema, en el supuesto de presentarse, tendría que resolverse en la vía de ejecución”.

La SAP Granada (Sección 3ª), 9 noviembre 2002, EDJ 2002/70017, recuerda: “el artículo 570 de la N.L.E.C., que al señalar el final de la ejecución forzosa proclama “sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante”, lo que significa, al relacionar ese precepto con el artículo 706.2 de la N.L.E.C., que siempre podrá ampliarse la suma antes referida a la precisa, la necesaria, para llevar a cabo los trabajos que el título ejecutivo impone”.

El AAP Huesca 12 abril 2002, JU0001145012, advierte que: “Como se desprende de nuestro auto de 6 Jul. 2000 dictado en este mismo procedimiento de ejecución, la aprobación de la cantidad de 2.064.526 ptas. por providencia del juzgado de 17 Nov. 1999, de acuerdo con el presupuesto de obra presentado por el ejecutante, fue solo provisional y a los efectos de decretar el embargo de bienes de los ejecutados con el fin de asegurar el principal objeto de ejecución y las costas de la misma fase, según el artículo 923, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por consiguiente, los trámites previos no han decidido la controversia que ahora vuelven a plantear

los ejecutados: el precio de la obra realizada a su costa que efectivamente deben satisfacer.(...) lo expuesto no significa que el ejecutado deba asumir el precio de los trabajos desarrollados y de los materiales empleados sin posibilidad de contradecir la reclamación planteada de adverso en fase de ejecución. Por el contrario, creemos que los derechos de defensa y de contradicción obligan a abrir el oportuno incidente cuando, como aquí ocurre, no ha quedado determinado de manera definitiva el valor de las obras a realizar.(...) Como las obras ya han sido realizadas en virtud del presupuesto presentado por el ejecutante e impugnado en su día por los ejecutados, ya no es posible acudir a su valoración previa por un perito tasador siguiendo el trámite previsto en el artículo 706.2 la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución por obligación de hacer no personalísima, cual es la aquí controvertida; pero sí podemos acudir, para resolver la impugnación, al incidente para la liquidación de daños y perjuicios regulado en los artículos 712 y siguientes de la Ley. Lo expuesto tiene un alcance meramente procesal y no prejuzga el ámbito de la oposición que puede plantear el ejecutado frente al valor de la factura aportada por el ejecutante”.

Este tratamiento de las diferencias entre la cantidad presupuestada con arreglo al art. 706.2, párrafo primero y el coste definitivo de la prestación, es rechazado por la **Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia** que, en un acuerdo de unificación de criterios adoptado en Junta de 16 de septiembre de 2008, ha entendido —omitiendo, eso sí, toda justificación— que: “En lo relativo a la conversión de la condena de hacer incumplida en una condena dineraria, a que se refiere el art. 706 de la LEC: (...) 2) La cuantía fijada por el Juez en la providencia a que se refiere el art. 706 LEC es definitiva y no meramente provisional” (en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 56, enero 2009, pág. 45)³. Esta interpretación no me parece ajustada a la ley, si se tienen en cuenta la *ratio* de este precepto que se explica en el texto. Y en cuanto puede conducir a que no se conceda toda la prestación amparada por el título ejecutivo, puede ser lesiva de una de las manifestaciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En mi opinión, son más acertados los criterios del **AAP Santa Cruz de Tenerife 19 diciembre 2005**, del **AAP Granada 14 marzo 2005**, y del **AAP Barcelona 31 octubre 2007**.

Para el **AAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), 19 diciembre 2005, LA LEY 2211182/2005**: “Tercero. (...) si el ejecutante opta por encargar el hacer a un tercero, es claro que el coste de la obra debe recaer sobre el patrimonio del ejecutado,

³ Parece compartir esa opinión el **AAP Valladolid (Sección 3ª), Auto 17 enero 2005, LA LEY JURIS: 1999745/2005**, cuando, al final de un razonamiento destinado a resolver otro problema, indica que el “Juez, que en virtud de las alegaciones que las partes puedan hacer a tal informe (aplicación por analogía del art. 639) *decidirá mediante providencia la valoración definitiva a efectos de la ejecución* y que puede ser incluso favorable al ejecutado.”

por lo que es preciso determinar la cantidad a la que previsiblemente asciende la contraprestación para la obtención del dinero para los consiguientes pagos. La determinación de lo que se ha de evaluar resulta de la sentencia que constituye título ejecutivo, y para su determinación, como se ha dicho, se establece (art. 706.2 LEC) que “se valorará previamente el coste de dicho hacer por un perito tasador designado por el tribunal 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”. (...) esta suma así establecida no tiene el carácter de definitiva, al no tratarse de una liquidación que pone fin a la ejecución, sino que va dirigida a la aportación de las cantidades necesarias para la realización de las obras, y por tanto evitar que el ejecutante tenga que financiar al deudor del ejecutado, por lo que nada obsta a que la cantidad así establecida previamente, con cargo al patrimonio del propio ejecutado, no sea suficiente para atender el coste definitivo, por lo que queda abierta la posibilidad de su ampliación, dado que lo que se persigue es la completa satisfacción del acreedor ejecutante (STS 31/10/1980; 2/7/1991); y, en tal sentido es terminante la Ley de Enjuiciamiento Civil al disponer que: “La ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del ejecutante” (art. 570), es decir, que el final de la ejecución se identifica con la realización de la obra y no con las cantidades que debe aportar el ejecutado hasta su culminación, pues tal realización de la misma es el efectivo cumplimiento.”

Según el **AAP Granada (Sección 3ª) 14 marzo 2005, LA LEY JURIS: 2001014/2005**: “Primero. (...) si la Sentencia proferida, en fecha 14 de Septiembre del año 1999, por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de los de Granada, en autos e Menor Cuantía número 677/1997, por supuesto, ya firme, condenaba a reparar los defectos de construcción reclamados [los existentes en la vivienda de los demandantes; inmueble sito en la CALLE000, número NUM000, de la localidad de Albolote (Granada)], así como a la reparación o sustitución, en su caso, del mobiliario deteriorado; no se ha de dudar, frente a la posición adoptada por la parte ejecutada, que la presente ejecución forzosa, dilatada por aquélla (la ejecutada), no cumple con su finalidad, esto es, llevar a efecto y hacer real lo resuelto en la Sentencia; finalidad de reparar “in integrum” los daños causados, logrando la plena indemnidad.

Partiendo de tal referencia, no tiene sentido el hablar de ampliación de la ejecución, pues, en verdad lo que se pone de relieve es una ejecución no agotada; ante la que no caben los sofismas, las argucias, para detenerla en un punto, o en un extremo, que la enseña incompleta. Ante esto, aquí, la ejecución de las obras relativas al inmueble (inmueble, vivienda, que se hallaba en lamentable estado por su mala construcción), a su reparación, han ascendido a la cantidad de 47.919,16 Euros; superando, entonces, la suma total presupuestada para la restauración y de reparación, cantidad que fue fijada en: 44.215 Euros. Pese a esto, las demandadas-ejecutadas mantienen su oposición en torno al aumento en la ejecución de la obra (en su coste), y con relación a las cantidades que se han invertido en la compra del mobiliario de la vi-

vienda. Señalando que las sumas correspondientes a dichos conceptos (3.704,16 Euros, exceso en la ejecución de obra; 2.701,59 Euros y 1.804,50 Euros, por gastos de mudanza y sustitución del mobiliario deteriorado), se hallaban incluidas en la de 44.215 Euros; cantidad primitivamente calculada para lograr los fines de restauración. El resto de las sumas ahora reclamadas por la ejecutante, por ejemplo; rentas, merced arrendaticia, correspondiente al piso y local tomado en arriendo en tanto se realizaban las referidas obras, no se discuten. Por otra parte la discusión, la oposición a la reclamación comentada, se aferra al dictamen pericial (a la valoración) elaborado por el Señor Don Juan Enrique. Informe realizado al amparo del artículo 706.2 de la L.E.C., en el año dos mil dos (mes de Junio). En el mismo, y de manera genérica se habla del importe de las obras de reparación (44.215 Euros) pero no de forma definitiva. Así, pues, y remitiéndonos a lo expuesto en líneas superiores, recordando, por ello, el carácter, o naturaleza, del meritado informe; orientador, no definitivo, así como la noción de deuda de valor de la suma fijada, o determinada, para llevar a cabo la reparación. Ante ello, y al no haber planteado los demandados-ejecutados una oposición sería, dirigida a mantener sus tesis con una prueba adecuada, procede acoger el recurso de la parte ejecutante, por lo que la ejecución ha de seguir hasta hacer efectiva la suma de 13.193,51 Euros (Cantidad que se justifica, ahí están los documentos y la deposición del testigo-perito). Además, se procederá por el Órgano Jurisdiccional a quo, sin perjuicio de los ajustes de cuentas pertinentes, a la entrega al ejecutante de la cantidad que ha sido consignada por cuenta de la ejecución tratada.”.

En fin, para el **AAP Barcelona (Sección 14ª), 31 octubre 2007, JU0002845244**: “Cinco.- (...) Se estima que dicha interpretación es plenamente aplicable al actual artículo 706 LEC. Los condenados, a pesar de haber indicado que asumirían las obras, posteriormente no lo hicieron. Los actores solicitaron efectuarlas por un tercero a costa de los condenados, y para ello se acudió a la designa de un perito "tasador". Dicho perito aclaró, repetidamente, que su "valoración" no podía equivaler o sustituir a un proyecto de ejecución que, obviamente, debe realizar el técnico correspondiente.

Los condenados podían consignar la cantidad indicada en la providencia, y con su importe hacer frente a los pagos que se acreditaran, y en caso contrario "se procederá de inmediato al embargo de bienes y a su realización forzosa hasta obtener la suma que sea necesaria". El artículo 706 establece de forma expresa que se debe obtener la "suma necesaria", no la aprobada en la providencia.

Se trata de una obligación de hacer, incumplida por los condenados, a pesar que por sus profesiones (arquitecto y aparejador) estarían en las mejores condiciones para cumplirla.

Por su propia voluntad se deberá encargar la obra a un tercero, y para ello es preciso contar con una cantidad no sólo para iniciarlas sino para concluiras. Es por

ello que si una vez efectuado el preceptivo proyecto de ejecución, la cantidad ahora aprobada resulta insuficiente para concluir las obras, acreditados los costes y pagos legítimos, deberá requerirse nuevamente a los condenados para que consignen las "sumas necesarias", y en caso contrario se le embarguen bienes.

Debe, en consecuencia, desestimarse también el recurso de los ejecutantes, pero con la precisión contenida en este fundamento, en el sentido de que el importe actualmente "tasado", puede o no coincidir con el efectivo coste de la obra, y que el Juzgado competente de la ejecución deberá resolver en cada caso, bien exigiendo un importe superior, a medida que avancen las obras, o bien devolviendo a los ejecutados, en su caso, el resto, de resultar un coste inferior.”

4. El “hacer a costa” financiado por el propio ejecutante: ejecución dineraria para el reembolso de los gastos justificados e impugnaciones relacionadas con la fijación objetiva del coste del hacer

He apuntado antes que había una segunda posibilidad de instrumentar el hacer a costa del ejecutado.

El ejecutante no tiene anticipadamente a su disposición la suma necesaria con cargo a la cual deberán ser atendidos los pagos derivados del contrato⁴, sino que, concluida la re-

⁴ Es cierto que la cantidad obtenida de acuerdo con lo previsto por el art. 706.2, párrafo primero, no debe ser entregada inmediatamente al ejecutante; ahora bien, también lo es que la misma debe estar disponible en la cuenta de depósitos y consignaciones para atender los pagos que deban ser realizados de acuerdo con lo previsto en el contrato con el tercero. Con estos matices cabe concordar con el AAP Burgos (Sección 3ª), 1 marzo 2004, La Ley, 2004, JU0001658700: “*Segundo*. Como muy bien plantea la parte apelante son dos las posturas discrepantes. La de la parte ejecutante que sostiene que las cantidades consignadas correspondientes al importe presupuestado de las obras, determinado conforme al artículo 706.2 de la LEC, deben ser entregadas a dicha parte para hacer frente a su ejecución, mientras que la parte ejecutada sostiene que dicha cantidad debe quedar consignada en el Juzgado hasta tanto los actores ejecutantes no justifiquen haber realizado las referidas obras. Argumenta, la parte ejecutante apelante que la postura que mantiene la parte ejecutada y, también, el Auto apelado, implica el incumplimiento de la sentencia dictada en su día dado que los ejecutantes no disponen de la cantidad suficiente para ejecutar las obras de reparación a que fueron condenados los ejecutados y que, ahora pretenden ejecutar por tercero a costa de aquellos, conforme autoriza el artículo 706.1 de la LEC. Y, finalmente insiste en que su criterio se apoya en el mismo artículo 706.2 de la LEC que es claro al respecto, al referirse en todo momento al pago, lo que no se produce sino cuando se hubiese hecho entrega de la cosa o hecho la prestación en que la obligación consista (artículo 1157 del Código Civil).

Tercero. Procede confirmar la resolución apelada ya que con arreglo al artículo 706.2 de la LEC la cantidad en que se valora por el perito tasador el coste de la obligación de hacer (realización de las obras) a costa de la parte ejecutada y que está depositada en el Juzgado no puede ser entregada a la ejecutante como un pago puro e incondicionado del coste de las obras, ya que ese dinero está destinado al pago de las mismas siempre que se ejecuten por el tercero a que se refiere el precepto. Estamos, pues, ante la ejecución de una obligación de hacer, no de dar o entregar, en este caso una cantidad de dinero, cuyo régimen jurídico difiere. Sólo en el supuesto de que se justifique la imposibilidad de llevar a cabo esa obligación de hacer, a costa del ejecutado, podrá instarse la

alización del hacer contratado, con la factura detallada en la que se especifiquen las características de la prestación realizada (al efecto de la comprobación del ajuste a la prestación imputada por el título ejecutivo), y con la especificación de los costes parciales y del coste total, podrá instar el embargo de bienes del ejecutado suficientes para el pago del importe resultante.

Si previamente hubiera obtenido el embargo del art. 700 podrá instar directamente la realización forzosa o, según los bienes embargados (art. 634) o si hubiera habido consignación (art. 585), directamente el pago de la cantidad que le es adeudada.

La procedencia de esos actos no está condicionada por la previa realización de un procedimiento de liquidación de la cantidad de la que responde el ejecutante, porque esta cantidad es líquida en la factura o facturas en las que consta el importe que ha sido abonado por la realización de la prestación.

Este modo de proceder ya encontró, antes de la LEC/2000, acogida en la jurisprudencia de las Audiencias.

AAP Vizcaya. (Sección 4ª), 11 septiembre 1997, Aranzadi Civil, 1997, 1899: “*Primero.* El cauce procesal para una ejecución de hacer a partir del momento en que se obtiene la autorización judicial para acometerla a costa del ejecutado (artículo 924 de la LEC) no se encuentra especificado en la Ley Rituaria. Bien es cierto que lo más acorde al principio de contradicción, sobre todo si se pretendiese acceder

obligación sustitutoria (“*id quod interest*”) mediante la correspondiente indemnización de daños y perjuicios y cuya cuantía económica no tiene porque coincidir con el coste correspondiente a la ejecución de las obras, lo que exigiría una previa determinación. Lo que así parece confirmar los antecedentes del caso, dado que desde que se dictó la sentencia firme en noviembre de 2000, las previsiones técnicas aunque sostienen la viabilidad de ejecutar las “obras de reparación” a que fueron condenados los demandados, sin embargo no ocultan que lo más aconsejable es el derribo total y la nueva construcción, dada la situación de deterioro y ruina de muchos de los elementos constructivos y, por ende, las medidas de seguridad y salud a adoptar durante las obras, como se pone de manifiesto en el apartado “nota” contenido en el presupuesto elaborado por la empresa constructora TECOR S.L. (folio 542), o como muy bien indica el perito tasador (folio 692) estas obras de reparación-reconstrucción de forma parcial que por sus características deben realizarse por una empresa constructora, con el correspondiente proyecto de ejecución y licencia municipal, llevan aparejado un cierto porcentaje de variabilidad derivada de la imposibilidad física de acceder a determinados elementos (en particular la bodega) que impide un examen detallado de estado de conservación previo. Ante tales previsiones, mientras la parte ejecutante no aborde, aunque sea inicialmente, pero de forma seria e indudable la ejecución de las obras de reparación por un tercero, la cantidad depositada no puede tener otro concepto que el que le confiere el artículo 706.2 de la LEC, como es el de mero afianzamiento o garantía del pago del coste presupuestado de las mismas, pues, como sostiene la resolución recurrida, su entrega o pago directo no supone dar cumplimiento a la sentencia firme mediante el cumplimiento de la obligación de hacer por tercero y a costa del ejecutado que, es precisamente, conforme al artículo 706.1 de la LEC por la que ha optado el ejecutante, sino más bien el pago de una cantidad en concepto de daños y perjuicios como obligación sustitutoria de aquélla de hacer, pero sin que previamente hayan sido cuantificados por el procedimiento legalmente establecido (artículo 706.1 en relación a los artículos 712 y siguientes de la LEC).”

a la medida de embargo prevista en el párrafo 2.º del artículo 923 de la LEC, es procurar del Juzgado la previa aprobación respecto al presupuesto inicial y al tercero que podría verificar la actividad correspondiente. Ahora bien, tampoco debe descartarse el empleo de otras fórmulas, siempre que el actor no se prevaliese de su situación para obtener más de lo que le concedió el fallo judicial.

En el supuesto objeto de este recurso no debe olvidarse que ha sido precisamente la resistencia de la entidad ejecutada la generadora de todo el problema, resultando paradójica su negativa a cumplir por sí misma, pues la sentencia condenaba a la realización de diversas obras en una vivienda y aquella era una empresa constructora. Con ello forzó a la contraparte a solicitar la autorización judicial para verificarlas con derecho a repercutirle los gastos. Bien es cierto que a partir de ahí la actora no se ha acomodado a las cautelas antes expuestas (previa aprobación judicial de presupuesto y de empresa contratista). Pero no por ello debe perjudicarse la ejecución verificada, puesto que la ejecutante ha sido *a posteriori* transparente tanto respecto a la extensión y detalles técnicos de la obra efectuada (medición, desglose de partidas, etc.) como a su importe (factura, recibo de licencia de obras, minuta de arquitecto), el cual no supera, por cierto, el apuntado por el perito que informó a la fase probatoria del litigio. Por lo tanto, ya que la parte ejecutada en modo alguno ha evidenciado que se haya producido un exceso respecto al principio de ejecución en los propios términos de la resolución judicial, al que se refiere el artículo 18.2 de la LOPJ, su recurso carece de sustento.”

AAP Cuenca 30 abril 1998, Aranzadi Civil, 1998, 4563: “*Primero.* Con fecha dieciséis de mayo del pasado año esta misma Sala resolvió en período de ejecución de sentencia, que se procediera a ejecutar por la actora, hoy apelante, y a costa de los demandados, en sus propios términos la Sentencia recaída con fecha 2 enero 1995, debiendo procederse a edificar en el plazo de dos meses desde la notificación de aquella resolución el muro medianero con el grosor establecido y en correctas condiciones constructivas, así como procediendo a eliminarse cuantas obras y elementos constructivos pudieran invadir la mitad más próxima del muro a la finca de la actora. Asimismo, en el referido auto se acordaba que por el Juzgado de instancia se procediera al embargo de bienes suficientes de los demandados para cubrir la cantidad de 2.800.000 ptas., provisionalmente calculadas en concepto de principal y costas de la ejecución, esto último en aplicación de lo establecido en el artículo 923 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Realizadas oportunamente las merítadas obras por la parte actora en este procedimiento, sirviéndose para ello, como es obvio, de los correspondientes profesionales, los demandantes presentaron ante el juzgado de instancia la correspondiente factura acreditativa del importe de las mismas (1.977.974 ptas.), así como el presupuesto e informe técnico para la realización de las obras, interesando, en su consecuencia, que se procediera a librar el correspondiente mandamiento de devolución a su favor por la antedicha cantidad.

Por Providencia de fecha 29 septiembre del pasado año se dictó providencia por el Juzgado de instancia en cuya virtud se acordaba tener por opuestos a los demandados a la cantidad “solicitada como liquidación del coste de las obras”, tramitándose tal oposición a través de las normas de los incidentes. (...)”.

La Audiencia estima la apelación. Entiende que “No se trata, en ningún caso, de una condena a la entrega de cantidad ilíquida, sino que se impone al deudor el abono del importe de las obras, cifra que en cuanto tal no puede determinarse anticipadamente hasta tanto las obras se realicen pero que no por indeterminada *ab initio* resulta en absoluto ilíquida. Nos hallamos, por lo tanto, ante una cantidad indeterminada inicialmente pero perfectamente determinable, sin necesidad de ninguna clase de alegaciones o probanzas referidas, como han pretendido los apelados, a si las obras pudieron o no ejecutarse por una cantidad inferior. En definitiva, el ordenamiento autoriza al deudor a cumplir la obligación por sí mismo, le impone incluso tal comportamiento, y sólo su actitud pasiva o inobediente, permite que el acreedor ejecute las obras por sí mismo, o a través de los profesionales por él elegidos, siendo, naturalmente, de cargo del deudor los gastos que aquellas actividades comporten, exactamente esos gastos, y no otros. Por lo mismo, si el deudor entendiera que las cantidades que se presentan como pagadas en la ejecución de la obra resultan inciertas (por no abonadas) o excesivas (por referirse a partidas no comprendidas en la condena), podrá, en su caso, ejercitar las correspondientes acciones de enriquecimiento injusto y aún las acciones penales que pudiera considerar convenientes ante la presunta comisión de un delito de estafa, pero en modo alguno forzar la provocación de un incidente de estricta naturaleza dilatoria, no previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil para casos como el presente, y por otro lado enteramente inútil en tanto pretende liquidar una cantidad que es en sí misma líquida, el importe de las obras efectuadas por el actor a costa del demandado”.

AAP Navarra. (Sección 1ª), 18 septiembre 1998, Aranzadi Civil, 1998, 1676: “*Primero.* La parte apelante fue condenada, por Sentencia firme de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 julio 1996, a realizar las obras imprescindibles para subsanar de acuerdo con el informe pericial las deficiencias observadas en el pavimento de la vivienda y terraza de propiedad del actor, dándose para ello el plazo de un mes. Pasado medio año desde entonces, se instó la ejecución forzosa de esta obligación, dado que no se cumplía voluntariamente, y tras una serie de trámites se ordenó ejecutar a costa del demandado. A tal efecto se dictó Providencia de fecha 29 mayo 1997 por la que se tenían por presentados los presupuestos para realizar esas obras y se requería a la actora para el inicio de las mismas. Esta providencia fue recurrida en reposición, y confirmada en este punto por Auto de 3 julio 1997, que es el ahora recurrido en esta apelación. Alega la parte apelante que del presupuesto presentado por la actora debió dársele traslado, abriendo así un incidente en ejecución de sentencia por el que se decidirá la adecuación de tal presupuesto.

Segundo. El recurso debe decaer por un motivo fundamental. (...) las diferencias de ambos presupuestos (el que presentó el ejecutante y uno que después presentó el ejecutado) no son tanto en las partidas cuanto en el precio unitario se desprende además del escrito presentado por la demandada de fecha 4 de junio de 1997, en el que se expresa que “el que la parte actora pueda llevar a cabo a costa de mi representado el cumplimiento de la sentencia y por tanto las obras necesarias para ello, no puede significar que se realicen aquéllas por cualquier precio, que como se puede comprobar del examen de las respectivas partidas es el doble que el de mercado recogido por nuestro informante técnico”. Lo que se discute fundamentalmente son los precios de unidad de cada partida, mientras que las referencias a la diferencia de algunas partidas de los presupuestos son mínimas.

Pues bien, en esta situación es claro que la pretensión del apelante no puede prosperar. Se podría quizás pedir la apertura de un incidente si existieran discrepancias relevantes sobre el contenido de las obras a realizar según los presupuestos de ambas partes, pues esto sí que constituye precisamente la ejecución de la sentencia. Mas cuando la discrepancia fundamental es sobre el precio que se aplica, existiendo en cambio un acuerdo casi total en las partidas a ejecutar, eso ya no es posible discutirlo. Tiempo tuvo, y sobrado, para realizar la ejecución el Arquitecto contratando a quien estuviera dispuesto a hacerlo por el precio que según él es el de mercado, y no le habría resultado difícil porque su dedicación supone que trata constantemente con profesionales de la construcción. Lo que no puede pretender es que, no habiendo procedido él a la ejecución, ésta se realice por terceros al precio que él quiera. El actor no tiene por qué buscar a constructores más o menos baratos, pues se ve obligado a contratar al constructor precisamente ante el incumplimiento del condenado. El demandado que no ejecuta por sí la condena de hacer saber siempre que la realización por un tercero a su costa le puede resultar más costosa que si él la hubiera llevado a cabo, pero ése es el riesgo que corre por su desidia. Se podrá, pues, discutir que las obras que se pretendan realizar excedan de lo que exige la pura ejecución de la sentencia, pero no el precio de la unidad de obra, que es lo que se cuestiona fundamentalmente en este recurso”.

Sobre la procedencia de este modo de instrumentar el “hacer a costa del ejecutado” bajo la LEC/2000 debo decir:

1º) No queda excluido por la interpretación del art. 706, ni por la literal, ni por la que atiende a los antecedentes de la norma.

2º) Sustancialmente es equivalente a la solución que debe ser aplicada cuando el coste definitivo del hacer excede de la cantidad previamente fijada con arreglo al art. 706.2.

No obstante, el AAP Asturias (Sección 4.ª), 30 septiembre 2003, La Ley, 2003, JU0001553446, parece negar que la ley lo permita, aunque, si se lee atentamente la des-

cripción del caso, la actuación del ejecutante no se ajustó a los requisitos mínimos siempre exigibles, fue previa al despacho de la ejecución y no contó ni siquiera con la genérica autorización judicial.

En efecto, según esta resolución: “*Primero*. En la demanda ejecutiva se solicitaba que se acordara por el Tribunal “proceder a la ejecución ordinaria no dineraria del acto de conciliación que se acompaña”, coligiéndose del tenor de ese escrito que lo pretendido era que la demandada realizara las obras a que se había comprometido en el previo acto de conciliación. La Juzgadora estimó la oposición a la ejecución deducida por la demandada, razonando que la pretensión de la actora estaba cumplida al haberse ejecutado las obras de reparación necesarias para el buen funcionamiento de la caldera de calefacción. Frente a esta resolución se alza la demandante que, tras razonar que esta obra no la había hecho la demandada sino un tercero por encargo de la Comunidad de Propietarios, pretende que la condena se transforme en el equivalente dinerario de la pretensión no dineraria, como posibilita el artículo 706 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo. El recurso no puede estimarse ya que aunque el artículo 706 de la Ley de Enjuiciamiento Civil faculta al ejecutante a pedir que sea él quien encargue la obra a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios, lo cierto es que en la demanda no se optó por esta última posibilidad sino por la de llevar a cabo las obras; razón por la cual no puede ahora modificarse la pretensión en esta segunda instancia, lo que supondría evidente indefensión a la demandada que no formuló alegaciones ni propuso prueba en relación con esta última petición.”

Es cierto que esta segunda posibilidad de instrumentar el hacer a costa del ejecutado, que acabo de exponer, deja abierto el problema de la fijación objetiva del coste.

Para su solución es necesario, en primer lugar, dejar establecido que no debe seguirse un incidente de los del art. 712 y siguientes -en concreto el del art. 717-. La razón es que si la ley no ha considerado precedente ese incidente en los casos de fijación previa de la cantidad en la que puede ser presupuestado el coste de la prestación de hacer, no hay razón para que lo sea si esa cantidad debe fijarse *a posteriori*.

En segundo lugar, es necesario distinguir:

1º) Si la discrepancia del ejecutado versa sobre que los trabajos o los materiales facturados no se corresponden con las características de la prestación impuesta por el título ejecutivo, el ejecutado tiene abiertas las posibilidades de recurso contra la resolución judicial que acuerde el embargo o el mandamiento de pago contra la cantidad depositada en la cuenta de depósitos y consignaciones, incluido el recurso de apelación, si puede argumentar que el tribunal ha resuelto en contradicción con el título ejecutivo (art. 563).

2º) Ahora bien, así como lo que debe ser hecho por el contratista está fijado por el título ejecutivo y las divergencias entre eso y lo efectivamente realizado pueden ser tratadas por el cauce que se acaba de indicar⁵, el precio de las unidades de trabajo y de los materiales no está fijado objetivamente. Esta es la función que cumple la intervención del perito tasador (valorar el coste del hacer, no determinar el hacer -porque esa es función del título-) con posterior aprobación judicial. Pues bien: ese procedimiento -es decir: el del art. 706.2, párrafo primero- se aplicará de modo previo y con eficacia provisional, o con posterioridad a la realización del hacer y con carácter definitivo.

III. ¿MULTAS COERCITIVAS O “INDEMNIZACIONES COERCITIVAS”? PERFECCIONAMIENTO DE LOS MEDIOS DE COERCIÓN INDIRECTA EN LA EJECUCIÓN NO DINERARIA

Hasta la LEC/2000 los medios de coerción indirectos -sea en la forma de multas coercitivas, sea en la de *astreintes*- eran desconocidos en el proceso civil, aunque no en el procedimiento administrativo, ni en procesos judiciales diferentes al civil.

Fue un acierto incorporar estos instrumentos de ejecución a nuestro proceso civil.

⁵ No obstante, el régimen de la recurribilidad objetiva en esta materia es tan inseguro como respecto de otras resoluciones del proceso de ejecución. Véanse, los criterios contradictorios de estas dos siguientes resoluciones. Para el **AAP Huesca 22 noviembre 2002, La Ley, 2002, JU0001313585**: “Primero: Para la resolución de la actual controversia debe tenerse en cuenta que el auto apelado no hace sino valorar la pericial practicada conforme a lo ordenado en la providencia de 5 Dic. dando cumplimiento al artículo 706.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que lo cita expresamente, al igual que lo hizo el mismo recurrente al folio 390. Así las cosas difícilmente puede darse lugar a la apelación, incluso sin necesidad de entrar en el examen del mismo fondo debatido, pues lo cierto es que contra la resolución controvertida no cabe el recurso de apelación. Conforme al régimen del artículo 562, fuera del supuesto previsto en el artículo siguiente, en el curso de una ejecución solo cabe el recurso de apelación en los casos en que expresamente se prevea en la Ley, cláusula que también aparece recogida en la tercera categoría de resoluciones apelables conforme al art. 455 pero que no es de aplicación a este supuesto, pues la Ley en ningún momento señala que pueda interponerse recurso de apelación contra la resolución que aprueba la cantidad necesaria en el trámite del artículo 706, por lo que necesariamente debe ser desestimado el recurso pues la causa de inadmisibilidad indicada debe operar en este trámite como causa de desestimación, sin entrar siquiera en el fondo del problema debatido, que no es revisable en apelación, ni siquiera por la vía del artículo 563 pues el título ejecutivo no concretó ni las obras precisas ni su importe.»

Por el contrario, el **AAP Barcelona (Sección 19ª), 24 enero 2008, JU0002967245**, entiende que: “Si bien es correcto integrar la oposición a la tasación mediante el sistema previsto en el art.639.4 LEC, hay que tener en cuenta que regula un supuesto muy diferente al examinado pues se trata de valorar los bienes embargados, supuesto que es lógico que no pueda ser objeto de recurso. Y las posibles lagunas se han de integrar de acuerdo con lo previsto para supuestos semejantes. Y es el mismo art.706,2 LEC el que da la solución a la cuestión planteada, pues en el último párrafo prevé la manera de proceder cuando se opte no por hacer la obra por un tercero sino por el resarcimiento de daños y perjuicios, y que nos remite al art.712 y siguientes que prevé un juicio verbal cuya resolución sí puede ser objeto de apelación, en el art.716, y que por analogía es aplicable al asunto que analizamos, ya que también se aplica para el caso del art.717 de petición de determinación del equivalente dinerario de una prestación no dineraria, por lo que no hay razón para excluir de la apelación el supuesto del art.706.2 de determinación del coste de hacer por un tercero, por lo que procede estimar el recurso de queja.”

En efecto, era escandaloso el contraste entre el pobre arsenal con el que el juez se enfrentaba a la ejecución no dineraria, y el potente régimen de multas coercitivas que el art. 11 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 ponía a disposición del antiguo (y mal llamado) Tribunal de Defensa de la Competencia.

En principio –sin perjuicio de los ajustes en el momento de la concreción cuantitativa- esos medios resultan cualitativamente proporcionados, porque afectan a derechos de naturaleza patrimonial, como los que, por regla general, constituyen objeto de la litigiosidad civil.

En segundo lugar, me parecen más coherentes con nuestro sistema jurídico que la amenaza de sanción penal, e, incluso, más efectivos que ésta.

Lo primero (la coherencia), porque respetan el principio de intervención penal mínima.

Lo segundo (la mayor efectividad), porque, presupuesto un cierto activo patrimonial y una suficiente transparencia del patrimonio sujeto, es más real e inmediata la potestad coercitiva del mismo juez de la ejecución que el tanto de culpa a la jurisdicción penal. No sólo porque la gravedad de esta última consecuencia induce al juez de la ejecución a demorar esta reacción, sino porque esta reacción tiene, en esencia, un resultado inseguro, dependiente de otro proceso, además el que está rodeado del más elevado estándar de garantías en nuestro ordenamiento. En definitiva, los medios de coerción indirecta de naturaleza penal acaban funcionando, las más de las veces, como “pena de banquillo”, o, si no se llega a juicio oral, al menos como lo que podríamos llamar “pena de pasillo”. Y esto, aunque difícilmente evitable, no deja de ser una perversión del sistema.

Precisamente por ser partidario de los instrumentos ejecutivos que la LEC ha llamado multas o, más específicamente, multas coercitivas, pienso que su régimen debería perfeccionarse mediante, por una parte, la eliminación de algunas imprecisiones, y, por otra, la revisión de su ámbito de aplicación, que hoy resulta (o parece) inadecuado, tanto por exceso, como por defecto. Dos intervenciones legislativas sobre este instrumento ejecutivo, muy próximas a la entrada en vigor de la LEC/2000, justifican también una reconsideración de su régimen jurídico.

1. Las imprecisiones del régimen de las multas coercitivas: el acreedor de las multas y las probables (y peligrosas) consecuencias

En el capítulo de las imprecisiones podrían mencionarse varias, pero me centraré en la principal: la del acreedor de los deberes de pago impuestos en concepto de multa coercitiva y, sobre todo, la indefinición de ciertas consecuencias vinculadas a lo anterior y, en definitiva, a la naturaleza jurídica de las multas.

Pienso, de entrada, que la multa coercitiva constituye un ingreso de Derecho Público, destinado como tal al Tesoro Público, cuya determinación y recaudación ejecutiva, si se trata de multas instrumentales de procesos judiciales, no se realiza por las Administraciones públicas, sino por el tribunal que conoce del proceso.

El legislador no ha optado por un medio ejecutivo cuya función es similar a la multa coercitiva: las denominadas *astreintes*.

Como es sabido, la *astreinte* es, también, un medio adecuado para la ejecución por medios de coerción -produce una presión patrimonial sobre el sujeto pasivo para inducirlo a adoptar la conducta debida-, que, con origen en Derecho francés, y con amplia difusión en otros ordenamientos, tiene una multiforme configuración normativa y muchas veces jurisprudencial, en la que resalta una característica distintiva muy relevante en este momento: las sumas impuestas en concepto de *astreinte* están destinadas al ejecutante⁶.

Es cierto que el régimen de la multa coercitiva peca de imprecisión y que sólo en el caso del art. 239.2 LPL se dispone expresamente que su destino es el Tesoro Público, pero hay razones que apoyan la extensión de este aspecto de su régimen jurídico a los demás supuestos de multas coercitivas aplicadas en un proceso.

En primer lugar, la denominación de multa, que, en Derecho español, suele reservarse para una modalidad de ingreso de Derecho Público de naturaleza sancionatoria.

Así, por ejemplo, el art. 2.1.g Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, determina que uno de los recursos que las constituyen lo son las multas en el ámbito de su competencia; similarmente para las Comunidades Autónomas, el art. 4.1.g, de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de diciembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

En segundo lugar, frente a lo que deriva del significado de la terminología utilizada por la LEC (y a la analogía a partir del art. 239.2 LPL), no hay ningún dato normativo que posibilite entender que el acreedor de las cantidades obtenidas por este concepto sea el ejecutante y que, cuando las leyes procesales establecen multas coercitivas, están estableciendo *astreintes* -por cierto, ¿con qué régimen jurídico?- aunque bajo una distinta denominación.

La doctrina ha sido muy crítica con el legislador por esta falta de claridad en un punto tan básico. Pero eso no ha sido obstáculo para que, de manera casi unánime, haya concluido que las multas son debidas a la Hacienda Pública⁷.

⁶ ARAGONESES MARTÍNEZ, S. , *Las «astreintes» (Su aplicación en el proceso español)*, EDERSA, Madrid, 1985, págs. 60-65 y toda la obra; CATALÁ, *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*, cit., págs. 112-141 y 170-172.

⁷ SABATER MARTÍN, A., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS/RIFÁ/VALLS, *Comentarios a la Nueva Ley*

La opción legislativa por la técnica de la multa coercitiva -de la que es acreedor el erario público- plantea el problema de la respectiva preferencia del crédito por las multas y del crédito que definitivamente -en caso de no haberse conseguido la ejecución en forma específica- se liquide como importe del equivalente dinerario de la prestación incumplida. Ambos créditos han de hacerse efectivos sobre el patrimonio del ejecutado.

Algunos autores se han limitado a señalar el problema, sin proponer una solución clara⁸ o simplemente advirtiendo del riesgo de que la prioridad del crédito a favor de la Hacienda Pública por el importe de las multas coercitivas puede impedir, total o parcialmente, la satisfacción del crédito del ejecutante por el equivalente dinerario de la prestación no cumplida *in natura*⁹. Otros autores rechazan que el ordenamiento ampare la prioridad que se acaba de apuntar¹⁰, aunque no explican las razones de técnica jurídica en las que fundan su conclusión.

La ley no establece ninguna norma expresa y la aplicación del régimen general puede tener consecuencias injustas.

En principio, el orden de pago está determinado por la prioridad de los embargos practicados con base en los respectivos títulos ejecutivos (art. 613 LEC). El título ejecutivo por las multas es diferente al título ejecutivo que ha dado lugar a la ejecución, porque el acreedor es diferente y el supuesto de hecho al que se vincula la eficacia ejecutiva también (en el caso de las multas: la resolución que amenaza con la multa y el transcurso, sin cumplimiento de la prestación, del tiempo señalado). Si, además, se tiene en cuenta que no es seguro que el tribunal pueda proceder de oficio a la ejecución forzosa de lo debido por las

de Enjuiciamiento Civil, III, Iurgium, Barcelona, 2001, página 2848; ILLESCAS RUS, A. V., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS/RIFÁ/VALLS, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, cit., página 3190; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., en LORCA, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, páginas 3740-3743; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium, Barcelona, 2001, páginas 271, 427-428; NADAL GÓMEZ, I., en CORDÓN/ARMENTA/MUERZA/TAPIA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Aranzadi, Pamplona, 2001, páginas 629-630. Por el contrario, no son concluyentes VALLESPÍN PÉREZ, D., en GÓMEZ DE LIAÑO, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Forum, Oviedo, 2000, páginas 816, 817; CACHÓN CADENAS, M., en LORCA, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, cit., página 2922.

⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, en LORCA, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, cit., páginas 3746-2747.

⁹ NADAL GÓMEZ, en CORDÓN/ARMENTA/MUERZA/TAPIA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, cit., páginas 632-633. páginas 629-630.

¹⁰ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., página 428 y nota 50 en la misma. 271, 427-428; CACHÓN CADENAS, en LORCA, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, cit., páginas 2912-2913.

¹¹ BONET NAVARRO, A., "La tercería de mejor derecho", en *Cuadernos de Derecho Judicial* 10/1992,

multas -el artículo 216 LEC lo excluye, en principio- y que sería necesario notificar a la Hacienda Pública la existencia de los correspondientes créditos para que pudiera solicitar la ejecución, es muy probable que el ejecutante “principal” se haya adelantado en la obtención del embargo y haya asegurado, con ello, la prioritaria satisfacción de su crédito.

Esta solución no es adecuada, porque se basa en una situación de hecho -el adelantamiento en el embargo por parte del ejecutante principal- que puede no producirse en todos los casos. Lo que interesa son las posibilidades “de Derecho”.

Sería extremadamente grave que pudiera concluirse que, bajo determinadas circunstancias, el crédito por las multas coercitivas puede llegar a ostentar preferencia jurídico-material frente al crédito del ejecutante.

Pienso que esa hipotética preferencia no podrá fundarse en la naturaleza del crédito derivado de la multa. En efecto, las multas son ingresos de Derecho público, pero no de naturaleza tributaria, como los créditos a los que se refieren los arts. 1923.1 y 1924.1º CC. El art. 10 de la LGP -47/2003, de 26 de noviembre-, elimina las dudas que planteaban los arts. 31 y 32 del antiguo TRLGP, porque se refiere al privilegio que los ingresos de Derecho público puedan tener en virtud de su normativa propia, y no generaliza con imprecisión los privilegios que están establecidos para algunos de estos derechos. En cambio, el proyecto de ley 121/000098 sobre “Concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares” -publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 8 de septiembre de 2006, núm. 98-1, y que decayó por la disolución de las Cortes- restablecía la referencia a “los créditos tributarios y demás de Derecho público”.

Más problemático es excluir la preferencia material fundada en el art. 1924.3º al final CC (crédito reconocido por sentencia judicial firme y con preferencia según las fechas de la firmeza). Existirá una posibilidad de preferencia del crédito por las multas si se entiende que el privilegio del art. 1924.3º CC para el crédito reconocido en sentencia firme depende, en caso de ejecución por el equivalente dinerario de una prestación no dineraria incumplida, no sólo de la prioridad de la sentencia firme que hubiera condenado al pago de esa prestación, sino de la prioridad de la resolución judicial firme de liquidación del equivalente dinerario. Y es lo cierto que, para la preferencia del artículo citado, se requiere por la jurisprudencia la liquidez del crédito del tercerista¹¹.

Si esta última posibilidad comentada estuviera abierta, sería abiertamente contraria

apartado II, 2, E. La STS (Sala de lo Civil), 27 febrero 2004, RJ/2004/857, desestima la tercería en un caso en que el tercerista había fundado la preferencia de su crédito en una sentencia de condena a rendir cuentas de una administración y a entregar el saldo, pero este último no había sido todavía establecido mediante resolución firme.

¹² FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley*

al derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante. Cualquier interpretación en virtud de la cual el crédito por el equivalente dinerario de la prestación no pudiera ser satisfecho en toda su extensión a causa de la satisfacción preferente del crédito por las multas coercitivas, sería abiertamente contradictoria con la función de éstas en la ejecución. Las multas han sido establecidas como medio para la mayor efectividad de la tutela judicial ejecutiva. Por lo tanto, no tiene sentido que, de una parte, las multas no hayan contribuido a que se cumpla la prestación según la impone el título ejecutivo, y que, de otra parte, impidan total o parcialmente la satisfacción del ejecutante mediante la obstaculización de la ejecución dineraria subsidiaria.

Sería una consecuencia menos grave, pero también injustificable, la de arrojar sobre el ejecutante, en alguna circunstancia, la carga de hacer valer, en una tercería de mejor derecho, la prioridad de su crédito respecto del crédito por las multas cuya ejecución hubiera alcanzado a causar un embargo anterior.

Tal vez se me pueda decir que he descrito una situación irreal, porque el régimen de la ejecución de las multas coercitivas es tan oscuro, que resulta muy improbable que esa ejecución pueda anticiparse a la que podemos llamar “ejecución principal”. Si así fuera, tampoco habría motivos para darse por satisfecho, porque significaría reconocer mínima efectividad a este flamante medio ejecutivo incorporado al proceso civil.

2. Los inadecuados supuestos de aplicación de las multas coercitivas

A) Los supuestos legales de aplicación y los límites de una interpretación finalista de los mismos

El capítulo de la inadecuación del ámbito de aplicación de las multas coercitivas previstas en la LEC debe partir de dos reflexiones iniciales:

1^a) Si atendemos a las normas sobre multas coercitivas tanto de LEC, como en LOTC, LPL y LJCA, encontraremos gran heterogeneidad en la regulación de los supuestos de las mismas. Me limito al aspecto objetivo –es decir a los supuestos de hecho en los que el juez está habilitado para imponer multas–.

En unos casos, esos supuestos están constituidos por el incumplimiento de cualesquiera requerimientos que tengan por fin la realización de actuaciones instrumentales para el desarrollo del proceso (art. 95.4 LOTC; art. 239.2 LPL, en cuanto autoriza la aplicación de las multas para obtener el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas en una resolución judicial).

En otros casos, sólo están previstas para el incumplimiento de algunos de estos requerimientos (art. 589.3 LEC -de manifestación de bienes para embargo-, art. 591.2 LEC -de informar de bienes embargables y prestar otras colaboraciones para la ejecución-, art.

676.3 LEC -de no impedir, ni obstaculizar las facultades del titular de la administración forzosa-; art. 48 LJCA -de remisión al tribunal del expediente administrativo-).

En un tercer grupo de casos, es presupuesto objetivo la negativa a cumplir lo dispuesto por el título ejecutivo cualquiera sea la clase de prestación que imponga (art. 95.4 LOTC; art. 112 LJCA), o bien solamente si la prestación es de dar, de hacer o de no hacer (art. 239.2 LPL), o, de modo más restrictivo, si la prestación de hacer es infungible o se han producido determinados incumplimientos de la prestación de no hacer (arts. 709 y 710 LEC).

La LEC llega a distinguir los títulos ejecutivos que imponen el deber de pagar créditos dinerarios derivados de cierta clase de relaciones jurídicas -generadas por la terminación de la relación matrimonial; responsabilidades parentales- para autorizar, en supuestos de reiterado incumplimiento, la imposición de multas que fuercen el cumplimiento por parte del obligado y eviten aplicar la ordinaria ejecución por medios de subrogación -embargo y posterior realización forzosa-.

En el aspecto subjetivo de los presupuestos de las multas coercitivas también cabe reseñar gran variedad. En cuanto puedan imponerse por incumplimiento de requerimientos referidos a actuaciones instrumentales para el desarrollo del proceso, es lógico que puedan ser sujetos pasivos de las mismas no sólo las partes, sino también terceros (art. 95.4 LOTC; art. 239.3 LPL; arts. 591 y 676 LEC), aunque unas y otros en aquellos casos en que el supuesto de hecho contempla su conducta como determinante de la aplicación de estas multas.

2ª) La heterogénea regulación de las multas coercitivas no sólo no impide, sino que justifica entender que la función de las mismas consiste en estimular al cumplimiento, según los casos, de deberes instrumentales para el desarrollo del proceso, o de la propia prestación impuesta en un título ejecutivo. Ahora bien, esto no significa que en todos los supuestos en los que es adecuado o conveniente que, en un proceso civil de ejecución, sea cumplida esa función, debe entenderse autorizada por el ordenamiento la imposición de multas coercitivas. Dicho de otro modo: no es correcto entender que el hecho de que la LEC sólo haya previsto multas coercitivas para una serie de supuestos determinados de incumplimiento de requerimientos, en todo caso menos amplía que los supuestos de aplicación de estas medidas según el art. 95.4 LOTC o el art. 239 LPL o el art. 112 LJCA, signifique una correspondiente laguna en la LEC, que deba integrarse con el contenido normativo de los preceptos últimamente citados. No es que falte norma, sino que la norma es otra, o, al menos, que se llega a esta conclusión con una interpretación que uno estima más correcta de las disposiciones implicadas.

Las AP han corregido algunas desviaciones: **AAP Castellón (Sección 1ª), 29 enero 2003, AC 2003\324** -las multas no son aplicables para forzar el desalojo de la vivienda familiar-; **AAP Valencia (Sección 6ª), 21 septiembre 2002, JUR 2002\264596** -las multas

no son aplicables para forzar el cumplimiento de un hacer no personalísimo, como es el caso de la realización de obras de reparación en un edificio-. En el caso del **AAP Baleares (Sección 3ª)**, **9 mayo 2006, JUR 2006\166012**, me parece incorrecta la calificación jurídica de la prestación de hacer –en efecto, considera hacer personalísimo la realización en el local del ejecutado de las instalaciones de insonorización necesarias para evitar la transmisión del sonido y vibraciones a las viviendas colindantes-, pero a partir de esa calificación es evidente que las multas eran procedentes.

B) Inadecuada regulación, por exceso y por defecto, de las multas coercitivas en la ejecución por prestaciones de omisión

Una cosa es que entendamos que la interpretación de las normas sobre las multas, particularmente por lo que hace a los supuestos de hecho en los que son aplicables, deba tener los límites que acabamos de apuntar, y otra distinta que no merezcan críticas algunos supuestos para los que la LEC ha omitido la previsión de multas coercitivas y otros para los que las ha previsto.

En especial, llama la atención el régimen de esta materia en la ejecución por prestaciones de no hacer.

En primer lugar, nos encontramos con un exceso en cuanto a la previsión de multas, aunque luego veremos que el exceso es sólo aparente.

Si el ejecutado no cumple el requerimiento de deshacer en el plazo señalado, el art. 710.1, párrafo segundo LEC, sólo establece, de entrada, un medio ejecutivo: “se le intimará con imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo”.

Por un lado, sorprende el establecimiento de este medio ejecutivo, dado que la LEC lo acaba de reservar, en el art. 709, para la ejecución de hacer personalísimo. Por otra parte, no es el único teóricamente adecuado, porque también lo es el deshacer a costa del ejecutado. Además, este segundo medio tiene mayor utilidad que las multas coercitivas, porque, siempre que el ejecutado sea solvente, garantiza la obtención a costa de éste del resultado perseguido por el ejecutante.

El art. 1099 CC resuelve cualquier problema que se pudiera plantear respecto de si es un medio ejecutivo que también puede ser aplicado para deshacer lo mal hecho.

Es criticable que el art. 710 LEC olvide mencionarlo, pero también es cierto que si sólo estuviera establecido el deshacer a costa del ejecutado -como hace el art. 1099 CC- el régimen jurídico tampoco hubiera sido correcto, porque hubiera privado al ejecutante de la posibilidad de obtener la satisfacción más específica de su derecho en los casos en que la conducta de deshacer tuviera carácter personalísimo (por ejemplo: instar la resolución de contratos celebrados con infracción del deber de abstención).

Resulta entonces, después de la sorpresa inicial, que la combinación de lo dispuesto por el art. 710.1, párrafo segundo LEC y por el art. 1099 CC da lugar a un régimen muy completo de medios ejecutivos para deshacer lo mal hecho: deshacer a costa del ejecutado y multas coercitivas.

Vamos, ahora, al defecto de previsión. Si la conducta infractora del título es susceptible de repetición, en la demanda o solicitud de ejecución podrá pedirse que en el requerimiento de no reiterar la conducta se haga constar un expreso apercibimiento de iniciación de persecución penal (art. 710.1, párrafo primero LEC).

Se trata de un medio de coerción indirecta (persigue inducir al ejecutado a mantener la conducta omisiva para evitar un perjuicio más grave) y de naturaleza penal, porque ese perjuicio consiste en ser sometido a proceso penal y, eventualmente, condenado en el mismo.

Con la misma finalidad que el apercibimiento de persecución penal, el legislador hubiera podido establecer multas coercitivas para el caso de que el ejecutado incurriera en un nuevo incumplimiento. Sin embargo, el art. 710 (ni el 711, salvo para un caso especial que no existía en la redacción inicial de LEC) no contiene esa previsión. A esto se añade la dificultad de considerar esa falta de previsión como una laguna legal, desde el momento en que esas mismas disposiciones sí que prevén multas coercitivas, aunque, como acabamos de ver, para supuestos de hecho distintos dentro de la ejecución por prestaciones de no hacer.

Por otra parte, la falta de previsión de las mismas no puede suplirse con una simple aplicación analógica del régimen de estas multas establecido por LEC.

En primer lugar, no existe un régimen general de las mismas; el art. 711, en la redacción inicial de LEC, sólo regula la determinación de la cuantía de las multas.

En segundo lugar, la analogía respecto de las multas previstas para la ejecución por prestaciones de hacer (o de deshacer lo indebidamente hecho) debería conducir a la imposición de multas para hacerlas efectivas después de cada periodo de incumplimiento del deber de no hacer. Por el contrario, el uso apropiado de las multas, si con ellas se persigue impedir la reiteración de la conducta prohibida, consiste en amenazar con la concreta imposición de una multa para cuando se produzca una nueva infracción del título, y en imponerla concretamente en caso –y en cada caso– de que esa infracción se lleve a cabo.

En el caso de prestaciones de no hacer continuas o periódicas, cada conducta infractora genera una nueva acción ejecutiva. Partiendo de eso, el legislador hubiera podido establecer que, cuando se cometiera la conducta infractora, se pudiera apercibir con la imposición de una multa si se produjera una nueva infracción. En cualquier caso, esta multa sería un medio ejecutivo aplicado en una ejecución distinta, aunque conexas.

En definitiva, nos hallaríamos ante un instrumento jurídico diferente al de las multas coercitivas periódicas. Estas multas –tal como las ha regulado la LEC/2000- tienen como características la de ser acordadas para ser aplicadas en un mismo proceso de ejecución –no en procesos diferentes- y la de que, en principio, su sucesiva exigibilidad se produce con automatismo temporal, sin necesidad de específica imposición en cada ocasión.

Se ha criticado que la LEC 2000 no contenga una previsión expresa de multas coercitivas como respuesta específica frente a las posibilidades de reiteración de la infracción de la conducta prohibida por el título ejecutivo¹². Comparto esas críticas, pero no comparto que la falta de una disposición expresa pueda ser suplida por la genérica referencia del art. 699, párrafo segundo LEC, al apercibimiento de empleo de multas coercitivas, que el tribunal puede formular en el primer requerimiento de todas las ejecuciones por prestaciones de dar cosa mueble o inmueble, de hacer o de no hacer.

A mi juicio, si el art. 699, párrafo segundo LEC tuviera ese pretendido alcance de norma habilitadora de la imposición de multas coercitivas en todos los supuestos en que las mismas fueran útiles en las ejecuciones mencionadas por el artículo, el legislador hubiera podido ahorrarse las regulaciones específicas de los arts. 709 y 710 LEC. Más correctamente, el art. 699, párrafo segundo LEC ha de ser interpretado, en cuanto a su mención de las multas coercitivas, como una norma de remisión, que ha de integrarse con las normas que establecen los diversos supuestos en que está prevista la aplicación de estas multas.

3. Dos reformas asistemáticas y temporalmente próximas a la LEC/2000 sobre la materia de las multas (o próxima): un cierto desconcierto

El régimen jurídico de las multas coercitivas que ha sido expuesto –incluidas las inseguridades y deficiencias que presenta- ha experimentado, poco tiempo después de su establecimiento por la LEC 2000, dos modificaciones de importancia, aunque con un ámbito de aplicación limitado a específicas materias.

Poco antes de que se cumplieran dos años de la promulgación de la LEC 2000, la nueva Ley de Marcas (17/2001, de 7 de diciembre) estableció, en su art. 44 que “cuando se condene a la cesación de los actos de violación de una marca, el Tribunal fijará una indemnización de cuantía determinada no inferior a 600 euros por día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva de la violación. El importe de esta indemnización y el día a partir del cual surgirá la obligación de indemnizar se fijará en ejecución de sentencia”.

Esta disposición no afecta directamente al régimen de las multas coercitivas. Lo que regula aquélla es diferente a lo que regula éste, incluso en aspectos esenciales.

de Enjuiciamiento Civil, cit., página 435, nota 66.

Por un lado, las sumas de dinero periódicamente debidas están destinadas a indemnizar al ejecutante. Es, en consecuencia, un instrumento jurídico de naturaleza más próxima a la *astreinte*, que a las multas coercitivas, destinadas a la Hacienda Pública.

Por otra parte, el supuesto de hecho determinante de la aplicación de las indemnizaciones coercitivas (infracción reiterable de un deber de abstención, que justifica aplicar un medio destinado a estimular el mantenimiento de la conducta omisiva debida), no está previsto por la LEC para las multas coercitivas, como acabamos de ver.

No obstante, entre las dos regulaciones existen conexiones evidentes.

En primer lugar, en el plano de los criterios de política legislativa, resulta manifiesta la inseguridad del legislador español al regular la ejecución por medios de coacción de naturaleza no penal. En la LEC 2000 estableció las multas coercitivas –ingresos de Derecho Público–, aunque de manera un tanto vergonzante por la falta de norma expresa. En la Ley de Marcas 2001, por el contrario, regula indudablemente *astreintes*.

En segundo lugar, en el plano de la aplicación de las normas, se plantea el problema de la concurrencia de aplicación de las multas coercitivas de la LEC 2000 y de las indemnizaciones coercitivas de la Ley de Marcas 2001. En mi opinión, la aplicación de la Ley de Marcas 2001 desplaza, en caso de concurrencia, la aplicación de las multas coercitivas del art. 710.1 LEC. La primera disposición es norma posterior, y también norma especial, cuyo contenido normativo consume el de la norma que establece las multas coercitivas. En efecto, las indemnizaciones coercitivas, además de la utilidad de las multas para estimular el cumplimiento del deber de no hacer, sirven para la indemnización de los daños causados por el incumplimiento irreversible.

Aun no había pasado un año desde la ley que se acaba de mencionar, cuando la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de consumidores y usuarios, añadió al art. 711 LEC un segundo apartado, según el cual “La sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de consumidores y usuarios impondrá, sin embargo, una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público”.

De una parte, en el tema básico de los criterios de política legislativa sobre la ejecución por medios de coacción de naturaleza no penal, tiene un significado ambivalente. Establece expresamente que la “multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público”, lo que podría considerarse una confirmación de la naturaleza de ingreso de Derecho público de las multas coercitivas en la LEC 2000. Pero también podría argumentarse que, dado el carácter de norma especial de esta nueva disposición, realmente su clara expresión arroja dudas

sobre aquella naturaleza de las multas coercitivas en los supuestos más generales. En cualquier caso, la disposición rectifica nuevamente el rumbo respecto de la Ley de Marcas 2001, marginando la opción por las *astreintes*.

Por otra parte, el precepto da respuesta, aunque sólo en su específico ámbito de aplicación, a la necesidad de utilizar las multas coercitivas con la finalidad de forzar al condenado a respetar la prohibición que le ha impuesto la sentencia, incluso sin tener que esperar a un nuevo incumplimiento posterior al momento en que la sentencia de condena a abstención haya adquirido eficacia ejecutiva.

4. Dos conclusiones para la mejora del régimen de los medios de coerción indirecta en la ejecución no dineraria

La recepción de la técnica de las multas coercitivas en la ejecución forzosa civil constituye una de las novedades más apreciables de la LEC 2000.

No obstante, algunos defectos de la regulación y dos innovaciones legislativas sobre esta materia, realizadas asistemáticamente y aplicables en asuntos litigiosos específicos, aconsejan que, en una reforma legal que atienda al conjunto de problemas de este medio ejecutivo, se tengan presentes las siguientes consideraciones:

1ª) El legislador debe definir con claridad su opción por el modelo de las multas coercitivas o por el modelo de las *astreintes*. Si opta por el primer modelo, ha de establecer las normas adecuadas para que, en ningún caso, la exacción de las multas sobre el patrimonio del ejecutado impida o limite la satisfacción del ejecutante mediante el equivalente dinerario de la prestación que no ha podido ser, a pesar de la imposición de las multas, ejecutada *in natura*.

Puede servir de modelo la disposición del art. 126.2 CP, sobre orden de imputación de pagos a las condenas dinerarias impuestas por una sentencia penal, que sitúa en primer lugar las condenas a reparación e indemnización, y en último lugar la imposición de multas.

2ª) Deben ser modificados los supuestos de aplicación de las multas coercitivas en la ejecución por prestaciones de abstención, estableciendo la posibilidad de imponerlas para evitar el incumplimiento del deber de abstención, amenazando concretamente con la imposición de las mismas cada vez que ese deber sea incumplido o mientras ese deber sea incumplido. Habría que ampliar a todas las ejecuciones por prestaciones de no hacer lo que ya está previsto para algunas de ellas por las disposiciones que hemos comentado al final de esta exposición.