

## Las obligaciones de hacer y la ejecución de la prestación por un tercero

Anabel Colombero[1]

### **I. Introducción** [\[arriba\]](#)

Cuando dos o más sujetos deciden contraer una obligación, están generando un vínculo jurídico que le permitirá al acreedor exigirle, en virtud de un derecho subjetivo, al deudor que cumpla con su deber jurídico, que se materializa en la prestación.

Esto presupone que dicha vinculación ha sido generada por una causa válida conforme al ordenamiento jurídico, y trae aparejado -como consecuencia- que ante la falta de cumplimiento voluntario por parte del deudor, el acreedor podrá recurrir a una serie de facultades que le otorga el ordenamiento jurídico para exigir coactivamente el cumplimiento obligacional.

Para hacer uso de las alternativas que le brinda el régimen jurídico al acreedor, deberá tenerse en cuenta el objeto obligacional, es decir esa prestación que incluye la conducta del deudor, que debe satisfacer el interés del acreedor.

De ahí que la ejecución forzada de la cual dispone el acreedor, cuya la obligación ingresó en la fase de la responsabilidad, tiene diferentes aplicaciones y proyecciones, según sea el plan prestacional acordado al momento de contraer la obligación.

De lo dicho se desprende que, según la obligación sea de dar, hacer o no hacer y se hayan tenido o no en cuenta las condiciones particulares del deudor, será factible recurrir a la ejecución específica de la prestación o procurar satisfacer su interés mediante la intervención de un tercero.

### **II. Ejecución específica de la obligación** [\[arriba\]](#)

Partimos de un deudor de una obligación exigible que no cumple voluntariamente. Frente a esta situación el acreedor podrá hacer uso de esta ejecución específica que se inscribe dentro de la tutela satisfactiva por estar enfocada a dar plenitud a su interés[2].

Para eso tiene dos opciones; recurrir a la ejecución forzada o la ejecución por un tercero.

La ejecución forzada o directa importa la realización compulsiva de la prestación debida, es decir el desarrollo del plan prestacional tal cual fue asumido por las partes, pero al no lograrse voluntariamente se recurre a la intervención judicial.

La posibilidad de que sea llevada a cabo varía según el tipo de obligación de que se trate. Cuando estamos frente a una obligación que tiene por objeto la entrega de una suma de dinero, este medio de intervención judicial es el más apto para lograr la satisfacción del acreedor, mediante el embargo de la suma adeudada.

Cuando el objeto de la obligación consiste en dar una cosa cierta, la coacción se hará efectiva con la intervención de la fuerza pública para lograr el desapoderamiento y traspaso. Para eso será presupuesto indispensable que la cosa, además de existir, se encuentre en el patrimonio del deudor y bajo su posesión, ya que la ejecución forzada no procede contra terceros.

La situación adquiere cierta complejidad cuando estamos frente a una obligación de hacer o no hacer. Si bien el ordenamiento jurídico otorga esta posibilidad, al consistir el objeto en una conducta del deudor el límite estará dado por su resistencia, ya que no puede ejercerse violencia contra su propia persona. Es decir

que frente a la negativa de ejecutar o abstenerse de un acto o hecho, no podrá utilizarse la fuerza pública para vencer esa resistencia sino que deberá el acreedor recurrir a compulsiones patrimoniales (astreintes) o salirse de la ejecución directa para modificar el objeto obligacional por un equivalente en obtener los daños y perjuicios sufridos.

La otra arista de la ejecución específica se encuentra en la posibilidad que tiene el acreedor de hacer cumplir la prestación por un tercero a cargo y costa del deudor. Esa posibilidad será nula cuando la obligación consista en dar cosa cierta que se encuentre en poder del deudor.

En las obligaciones de hacer y no hacer, es donde presentan su máxima operatividad, pero su límite está dado por la infungibilidad de la persona del deudor en la ejecución de la prestación. Este es el punto en el cual nos detendremos para analizar más detenidamente sus implicancias.

### **III. Ejecución por un tercero: obligaciones de hacer [\[arriba\]](#)**

#### **1. Nociones generales**

Las obligaciones de hacer consisten en un despliegue de energía de trabajo físico o moral, que debe prestar el deudor a favor del acreedor.

Como se infiere es una actividad del deudor lo que forma parte del objeto obligacional, lo que se plantea es si -ante su incumplimiento- puede ser sustituido por un tercero que logre satisfacer el interés del acreedor.

Para poder entender el funcionamiento general es importante individualizar las normas en juego, así el régimen jurídico dispone:

a) De manera general en el artículo 730 inc. b) del Código Civil y Comercial que el acreedor tiene facultad para procurar por otro lo que el deudor se ha obligado.

b) De manera específica se dispone la misma solución en las obligaciones de hacer conforme al artículo 776 del Código Civil y Comercial que dispone: “Incorporación de terceros. La prestación puede ser ejecutada por persona distinta del deudor, a no ser que de la convención, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias resulte que este fue elegido por sus cualidades para realizarla personalmente. Esta elección se presume en los contratos que suponen una confianza especial”.

c) El régimen se complementa con el artículo 881 del Código Civil y Comercial relativo al pago: “Ejecución de la prestación por un tercero. La prestación también puede ser ejecutada por un tercero, excepto que se hayan tenido en cuenta las condiciones especiales del deudor, o hubiere oposición conjunta del acreedor y del deudor. Tercero interesado es la persona a quien el incumplimiento del deudor puede causar un menoscabo patrimonial y puede pagar contra la oposición individual o conjunta del acreedor y del deudor”.

De estas normas se establece un principio general, que es la posibilidad de la ejecución de la prestación por un tercero, sea que éste ingrese voluntariamente como lo es en el pago por un tercero (art. 881 del Código Civil y Comercial) o que sea traído al vínculo obligacional en virtud de las partes (arts. 730 y 776 del Código Civil y Comercial).

Ahora bien esta posibilidad se ve condicionada en los supuestos en que la obligación del deudor debe considerarse no fungible, es decir son las llamadas obligaciones *intuitu personae*.

La alusión a la fungibilidad de la obligación hace referencia a la posibilidad de subrogar con igual efecto satisfactorio para el acreedor la actividad del deudor en el cumplimiento de la obligación por un tercero.

Si la prestación es infungible no procede la sustitución del deudor en el cumplimiento de la obligación y ante una inejecución de la misma, por su parte únicamente sería posible la indemnización de daños y perjuicios. De ahí la notoria consecuencia de poder identificar cuando la persona del deudor es insustituible en la ejecución de la prestación.

Para determinar la fungibilidad o no de la prestación hay que tener en miras el interés del acreedor, es decir que las cualidades personales del deudor, calificadas por sus singulares aptitudes, hayan sido determinantes para contraer la obligación. De lo dicho puede inferirse que de manera general no hay *a priori* obligaciones que puedan ser consideradas fungibles o infungibles, sino que requiere su evaluación en el caso concreto vinculado a todas las circunstancias que rodean la obligación.

## 2. Supuestos de prestaciones infungibles

Como lo venimos anticipando, en caso que la obligación sea considerada infungible esta no admitirá el cumplimiento por parte de terceros, ya sea que esta iniciativa provenga del propio tercero o de la iniciativa del deudor, el acreedor se encuentra legitimado a resistirse a ese pago por no respetar el principio de identidad que lo hace válido, de otra manera se lo estaría forzando a recibir una cosa distinta a la debida.

Esto trae como consecuencia que la imposibilidad de cumplimiento que afecte al obligado se convierte en absoluta; dado que no hay posibilidad que un tercero lo sustituya, la prestación se convierte en definitivamente irrealizable para cualquiera. Esto importa que la muerte del deudor cause la extinción de la obligación.

Por lo tanto, ante la falta de cumplimiento voluntario de una obligación de hacer infungible si bien podrá iniciarse la ejecución forzada para que el deudor cumpla, el límite estará dado por la coacción física, "*nemo ad factum cogi potest*" (nadie puede ser obligado a hacer una acción).

El ordenamiento jurídico trae en concreto dos figuras que ayudan a atenuar el impacto negativo que genera el incumplimiento del deudor en este tipo de obligaciones. De esta manera las partes pueden preventivamente establecer una cláusula penal a los fines de compeler al deudor de manera tal que su falta de adecuación le genere consecuencias patrimoniales disvaliosas que pretenda evitar[3]. Por otro lado, iniciada la ejecución forzada, habiendo resolución judicial, puede ser pausable de astreintes, como penas pecuniarias impuestas judicialmente para lograr vencer la resistencia del deudor al mandato judicial[4].

Ahora bien, en última instancia el incumplimiento trae aparejado la modificación del objeto de la obligación en la de pagar daños y perjuicios, dado que el cumplimiento *in natura* resulta inviable.

## IV. La situación en el Derecho Comparado [\[arriba\]](#)

Resulta interesante mencionar cómo han legislado los grandes sistemas del derecho comparado, bajo la premisa del "*nemo ad factum praecise cogi potest*", la situación ante la falta de cumplimiento voluntario por parte de deudores en las obligaciones de hacer infungibles.

### 1. El sistema español

Con la promulgación de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y lo dispuesto por el Código Civil español se debe tener en cuenta que una vez vencido el plazo para la ejecución voluntaria de la prestación, el acreedor podrá optar entre solicitar la ejecución de un equivalente pecuniario (daños y perjuicios) de la obligación incumplida o pedir que se condene al demandado a una multa por cada mes que transcurra sin que el deudor lleve a cabo la prestación a la cual fue condenado.

Según sea una u otra la vía elegida por el acreedor y aceptada por el juez, la imposición de multas procederá de todas formas. Si se insiste en cumplimiento específico de la prestación se le impondrán multas mensuales, cuyo importe podrá ascender a un 20% del precio o valor que en el mercado se atribuya a esas conductas. Acá se repetirán los requerimientos cada tres meses, hasta que finalice un año contado a partir del primero de ellos. Si pasado el año el ejecutado persistiera en su actitud renuente al cumplimiento, la ejecución continuará para proporcionar al acreedor-ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación.

Si la opción del acreedor es modificar el objeto de la obligación por su equivalente pecuniario se le sancionará con una multa única, cuya cuantía podrá elevarse hasta un 50% de dicho precio o valor.

## 2. El sistema italiano

Respecto a las obligaciones infungibles resulta que la ejecución específica está totalmente excluida y para el supuesto de que el deudor incumpla las mismas, solamente podrá el acreedor obtener el resarcimiento de daños.

Lo anterior conlleva a la consideración de que en el ámbito de la ejecución forzada de la prestación de hacer infungible es donde más ha tenido influencia la significación del principio *nemo ad factum praecise cogi potest*, que instaura en el sistema jurídico italiano la correlación entre infungibilidad e incoercibilidad e impide de este modo la ejecución *in natura* de este tipo de obligación.

## 3. El sistema anglosajón

La ejecución específica en el derecho anglosajón implica una ejecución directa de la prestación. Fue introducida en materia de contratos por la Jurisdicción de la Equity, cuyo fundamento supone el reconocimiento de la insuficiencia del resarcimiento de los daños y perjuicios, remedio general aplicable ante el incumplimiento de un contrato en los tribunales del Common Law, para reponer al acreedor en la misma situación en la que se hubiera encontrado si el contrato hubiese sido efectivamente ejecutado. En la actualidad, ha sido eliminada la distinción entre ambas jurisdicciones (Tribunales del Equity y Common Law); con lo cual, se aplica a todos los contratos, aunque persiste la idea de que deben ser concedidos de manera excepcional.

La principal sanción por incumplimiento de estas resoluciones judiciales es la amenaza de arresto por desacato a la autoridad del tribunal. Ello implica la concesión al juez de un poder para proteger su propia jurisdicción frente a la oposición del deudor que, a pesar de su condena, persiste en el incumplimiento y es idónea para facilitar la consecución de la obligación *in natura* de las obligaciones de hacer y no hacer.

Los criterios fundamentales para el otorgamiento de estos mandamientos pueden sintetizarse en:

a) Que el resarcimiento del daño no pueda ser considerado un remedio adecuado.

b) Que no se trate de un contrato cuyo cumplimiento requiera de una supervisión constante por parte del tribunal.

c) Que el contrato no tenga por objeto ejecución de servicios personales (ejemplo contratos laborales).

#### 4. El sistema alemán

El Código de Procedimiento civil -ZPO- contiene la normativa específica respecto a la ejecución directa e indirecta en las obligaciones de hacer. Respecto a las obligaciones de hacer se distingue según se trate de prestaciones fungibles o infungibles. En relación con las infungibles dispone: “si el acto no pudiera ser ejecutado por un tercero y dependiese exclusivamente de la voluntad del obligado el tribunal de primera instancia ordenará a solicitud del acreedor que se constriña a aquél a la ejecución del acto mediante pena pecuniaria o de arresto. En la imposición de la primera el tribunal no estará sujeto a limitaciones. Esta disposición no se aplica en el caso de condena a contraer matrimonio, el restablecimiento de la vida conyugal o la ejecución de una obra en base a un contrato de servicios”.

La prisión tiene un máximo de 6 meses, la pecuniaria no tiene límite respecto a su cuantía y el importe de la misma está destinado a la Hacienda Pública.

Esta disposición supone que únicamente se aplicará cuando el acto en cuestión dependa exclusivamente de la voluntad del deudor (es decir no requiera la cooperación de otras personas).

#### V. Conclusiones [\[arriba\]](#)

Las obligaciones de hacer tienen en la actualidad un amplio espectro de funcionamiento. En muchos casos las prestaciones de servicios se desarrollan de manera impersonal haciendo hincapié solamente en el resultado independientemente de la persona que lo ejecute.

Ahora bien, subsisten ciertos rubros donde las cualidades personales del deudor, por su oficio, arte o profesión, son las tenidas en cuenta por el acreedor al momento de contraer la obligación. Esa confianza especial depositada en su persona, importa que sea insustituible para la ejecución de la prestación.

En estos supuestos, dado el principio general de “*nemo ad factum praecise cogi potest*”, es importante que desde el nacimiento de la obligación el deudor sepa que su falta de ejecución puede generarle un deterioro patrimonial importante, de forma tal que el incumplimiento llegue sólo ante una imposibilidad indeseada y no por su propia resistencia.

Para eso entendemos que es fundamental en este tipo de obligaciones insertar la cláusula penal, que funcione sobre todo de manera conminatoria en relación con la actitud del deudor.

Ante el incumplimiento el acreedor si bien podrá exigir la ejecución forzada de la prestación, el límite vendrá dado por la resistencia en la que prosiga el condenado, siendo un paliativo pedir la imposición de astreintes.

Ahora bien, si persiste en su resistencia finalmente todo se resolverá en el pago de los daños y perjuicios que le genere al acreedor ver frustrado el plan prestacional, sin tener opción alguna a que la obligación pueda desarrollarse como fue concebida.

## Notas [\[arriba\]](#)

[1] Por Anabel Colombero. Abogada Universidad Nacional de Córdoba. L.L.M. en Derecho Universidad Austral. Magister en Derecho Empresarial Universidad Siglo 21. Profesora de la Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho (43553).

[2] Dispone el artículo 730 del CCCN: Efectos en relación al acreedor: La obligación da derecho al acreedor a: a) emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; b) hacérselo procurar por otro a costa del deudor; c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes.

[3] Dispone el artículo 790 que la cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación.

Con lo cual nos encontramos frente a una estipulación convencional de carácter accesorio que tiene dos finalidades claras, una compulsiva: ya que tiende a lograr el cumplimiento de la prestación bajo apercibimiento de sufrir la pena pecuniaria; y otra resarcitoria que tiende a anticipar los daños ante un eventual incumplimiento.

Es sobre todo por su naturaleza compulsiva que se configura como una figura apta para compeler al deudor de una obligación de hacer infungible a que no incurriere en un incumplimiento voluntario.

[4] Las astreintes están legisladas en el artículo 804 del CCCN que dispone que los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquel desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

Tiene una doble función: conminatoria y sancionatoria. Primero busca que el deudor reflexione sobre su falta de acatamiento bajo la pena de una amenaza pecuniaria, que se convierte en sancionatoria si persiste en su actitud.

Es muy útil en estas obligaciones de hacer infungibles donde se necesita que la conducta sea ejecutada por la propia persona del deudor, quien no puede ser compelido físicamente.