

dicas del trabajo científico de los glosadores y los posglosadores. Destaca, sobre todo, el interés del autor por demostrar la conexión entre el concepto hegemónico de la Ciencia dominante en la Edad Media y el método propio de los juristas. El método dogmático de la Teología y el de la Ciencia del Derecho (romanistas y canonistas) unieron así sus esfuerzos en la estructuración de lo que el autor llama el "ideal político". El último capítulo (el V) recoge precisamente esta confluencia en la formación del pensamiento político de la época, haciendo hincapié en la instrumentalización de conceptos tales como el de imperium y el de soberanía.

Gregorio Robles

ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas no pecuniarias (Ejecución de sentencias de dar, hacer y no hacer)*, Serie "Ensayos" n° 3, Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, 1984, 239 págs.

Isabel Tapia Fernández, profesora titular de Derecho procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca aborda un tema como "Las condenas no pecuniarias" y su ejecución forzosa en el Ordenamiento jurídico español, que resulta ser de gran complejidad en orden a dos ideas: por una parte, la legislación española es muy escasa (la ley de enjuiciamiento civil no dedica más que cuatro artículos), arcaica (no conocemos ninguna reforma en profundidad del articulado desde su promulgación en 1881) y fuera completamente del contexto socio-económico del último cuarto del siglo veinte. Por otra parte, la doctrina procesalista no ha dedicado mucha atención (por no decir nula) al tema, no conociéndose más que unas pocas líneas publicadas en torno a la ejecución forzosa de condenas de dar, hacer y no hacer.

El presente libro está dividido en tres capítulos precedidos de un "planteamiento general del tema". En este "planteamiento" la autora dedica unas pocas páginas (35 en total) a llamar la atención al lector sobre algunas cuestiones concretas, tales como el "criterio de la opción del deudor" seguido por el legislador, o bien, concretar, en síntesis, cuando una sanción específica deviene imposible, etc.. Además la autora une a esta sección introductoria del libro una rápida visión del panorama general regulador de la ejecución forzosa en el Derecho positivo español, marcando las pautas en que se desenvuelve la investigación.

El capítulo primero de la obra está dedicado a plantear un problema específico y concreto, que en muchos sectores doctrinales causa polémica constante: la delimitación entre las prestaciones específicas y genéricas en el marco de las distintas obligaciones y su tratamiento doctrinal en el campo del Derecho procesal. Aquí, se resalta por la autora, una primera dificultad que tiene su relevancia

incluso en el título de la obra “las condenas no pecuniarias” y que se configura en la necesidad de introducirse en el campo del Derecho civil para marcar las diferencias entre las obligaciones genéricas y específicas. La utilización de la teoría general de las obligaciones y la aportación doctrinal de muchas clasificaciones que de ellas pueden hacerse (obligaciones a plazo, mancomunadas y solidarias, obligaciones de dar, hacer o no hacer) llevan a la autora a plasmar una plataforma teórica del Derecho civil que le permitirá introducirse en el Derecho procesal de forma más cómoda.

Además, la autora aborda un problema (jamás estudiado hasta ahora) que se traduce en la dificultad de trasladar las afirmaciones realizadas por la doctrina civil (y no rehuye la cita de doctrina tan autorizada como Hernández Gil, Díez Picazo y el ya clásico entre nosotros Castán) al terreno del Derecho procesal. En efecto, el estudio procesal nos obliga a detenernos, con carácter previo, en cuestión tan importante como la distinción entre los conceptos de “prestación” y “sanción” (a ello dedica la autora las págs. 35 y ss.), y posteriormente admitir que la distinción entre obligaciones genéricas y específicas no tiene correspondencia con lo que viene denominándose (por la doctrina italiana, sobre todo, pero también patria) ejecución genérica y ejecución específica. Si analizamos con rigor las deudas dinerarias observamos que se alejan tanto de las obligaciones genéricas como de las específicas, precisamente por el “peculiar objeto que integra la prestación. El dinero, que no es un bien cualquiera, sino un bien de mediación, de naturaleza muy particular, económica y jurídica”.

En consecuencia, es más correcto en el terreno procesal hablar de ejecuciones dinerarias (es decir, aquellas que nuestros históricos denominaban “*sobre dinero*”) y ejecuciones no dinerarias (que, igualmente nuestros históricos denominaban “*juicios sobre raíz o mueble*”).

El capítulo segundo de la obra está destinado a conseguir un solo resultado: definir la naturaleza de la impropriamente llamada —a juicio de la autora— ejecución forzosa en forma específica (entendida como ejecución de condena no dineraria). La autora aborda el tema desde dos aspectos definidores del mismo: por un lado el origen histórico de la institución; por otro, el estudio de las concepciones doctrinales más modernas que existen sobre el instituto procesal. Con respecto al primero, se destaca el fácil manejo que tiene la autora de los textos históricos, en especial del Derecho romano; en el segundo de los aspectos mencionados, se destaca igualmente, el conocimiento de la doctrina de Satta y su clara exposición.

Ahora bien, podría considerarse que en este capítulo la autora hace una labor, en muchos casos necesaria, de carácter expositivo de las diversas teorías expuestas por la doctrina; nada más alejado de la realidad; la autora toma partido, es decir, realiza, estudia y expresa su teoría propia sobre la cuestión. Así, en las págs. 77 y ss. de la obra se resumen las características o notas definidoras de la ejecución forzosa, que califica la propia autora como “crítica a la teoría de Satta”.

Estamos, pues, ante un capítulo que el lector podrá enjuiciar como excesivamente teórico, pero creo que era una necesidad ya que la comprensión de este capítulo permite entender la obra en sus justos términos.

Con el capítulo tercero se inicia lo que podríamos denominar la segunda parte del libro, y que se dedica al estudio del Ordenamiento jurídico español. Se recogen hasta tres apartados o secciones dedicadas a: a) la ejecución forzosa no dineraria regulada en la Ley de enjuiciamiento civil; b) la ejecución forzosa no dineraria recogida por la jurisprudencia, o bien, regulada en leyes especiales; y c) la entrega de dinero cuando deviene imposible la restitución "*in natura*".

Por lo que respecta a la primera de las secciones, el estudio se centra en los cuatro tipos de ejecuciones de carácter no dinerario: condenas de hacer; condenas de no hacer; condenas a entregar cosa cierta; y condenas a entregar cosa determinada por el género, precedidos de un apartado inicial dedicado al estudio de dos aspectos fundamentales para la comprensión de esta sección: el desarrollo legislativo y su evolución histórica; y el especial estudio del art. 923 LEC. El primero de los aspectos es tratado con sumo cuidado, haciendo referencia a todos los cuerpos legislativos reguladores del tema desde "Las Partidas" hasta la "Ley de enjuiciamiento civil de 1881". El segundo, es decir, el estudio del art. 923 LEC es sumamente interesante, y yo diría fundamental, para comprender la actividad ejecutiva de los Tribunales de justicia. En efecto, el art. 923 LEC no hace más que limitar las medidas ejecutivas a las señaladas en los artículos que le son posteriores (es decir, 924 a 927 LEC), con el peligro que ello supone al ser artículos que regulan escasamente los medios con que cuenta el juez ejecutor.

Además, resalta la autora, existe un problema importante que se encuentra cada día en la práctica ante los Tribunales de justicia: "a igualdad de situaciones fácticas, no se corresponden iguales interpretaciones, ni similares resoluciones..." (cfr. pág. 102). Ciertamente, dice la autora y lo avala la jurisprudencia que allí se cita, que diversas resoluciones del Tribunal Supremo declaran que tras la resolución en sentencia firme de carácter declarativo es obvio que deben realizarse las oportunas actividades ejecutivas que sean "lógica consecuencia", y por el contrario, nos encontramos con otras resoluciones "fácticamente" iguales, en que se niega la actividad del ejecutor solicitada por el ejecutante para llevar a cabo lo que debe ser la "lógica consecuencia".

Ya pasando a comentar los cuatro tipos de ejecución derivada de condena no pecuniaria, observamos que se detectan dos importantes problemas que pasaremos a resumir:

a) En primer lugar, y con referencia a las condenas que determinan la obligación de "un hacer" en el deudor, la polémica surge ante la determinación del carácter "personal" o "no personal" de la obligación. En efecto, si el hacer es personalísimo, según el criterio de la "opción del deudor" ya comentado, el ejecutado no puede ser obligado (a diferencia de los países de nuestro entorno) ni

constreñido de ningún modo al cumplimiento, con lo que, ante un deudor insolvente, que lógicamente optará por no cumplir lo especificado en la ejecutoria, nada puede hacer el ejecutante, ya que el Ordenamiento jurídico tan solo prevé el expediente de reparación del daño por equivalente económico (*"id quod interest"*).

b) Un segundo problema que se detecta hace referencia a las condenas "a entregar cosa cierta". Tanto en el caso que se trate de bienes muebles o bienes inmuebles, el legislador, a la menor dificultad, acude al expediente reparador consagrado en los arts. 928 y ss. de la Ley de enjuiciamiento civil. Ahora bien, los problemas que se suscitan son diferentes en uno u otro tipo de sanción. Si de ejecución de cosa mueble se trata es obvio que ante la desaparición física de la cosa deba acudir al resarcimiento del daño; pero no resulta tan lógico (aunque el legislador acuda igualmente a dicho expediente) ante la pérdida de la cosa mueble por ocultación del deudor (por otra parte bastante usual en la práctica); el legislador español, al igual que decíamos anteriormente, no regula ningún mecanismo destinado a constreñir la voluntad del ejecutado ante ocultaciones calificadas de fraudulentas. Por otra parte, si de entregar cosa inmueble se trata, el problema se agudiza al considerar el Tribunal Supremo que deviene imposible la ejecución de la condena cuando el bien se encuentra en posesión de un tercero; siendo tercero aquél que no ha sido ni oído ni vencido en juicio. Así, ante un título de propiedad en manos de tercero, o simplemente ante un contrato de arrendamiento donde el arrendatario obró de buena fe, es suficiente para que el legislador, sin plantearse otra alternativa, acuda al expediente reparador de determinación del *"id quod interest"*. Obviamente, si se trata de terceros que no traen causa del ejecutado (cfr. art. 1.252 Cc.).

La segunda de las secciones la dedica la autora a estudiar las ejecuciones forzosas no dinerarias, reguladas en leyes especiales o bien por la propia jurisprudencia. En ella se trata de dos supuestos de hecho: condenas a la emisión de una determinada declaración de voluntad y la ejecución forzosa al amparo del art. 41 de la Ley hipotecaria.

En el primero de los supuestos la autora realiza un estudio jurisprudencial y doctrina (con aportaciones del derecho extranjero) sobre las obligaciones de las partes a emitir en un momento determinado una (determinada) declaración de voluntad. Se suscitan, según la autora, tres supuestos concretos. El pre-contrato que ha sido calificado por la jurisprudencia (aunque recientemente se observa alguna línea jurisprudencial distinta) como un hacer personalísimo, y en consecuencia ante la negativa del deudor, reparación del daño. Distinta posición adopta la *Ley de arbitraje de 22 de diciembre de 1953* que configura la posibilidad de realizar el contrato de compromiso por el propio juez ante la negativa de una de las partes (cfr. art. 9 LA). Por último, destaca la autora el supuesto de la "acción de jactancia" por medio de la cual "un actor podrá entablar juicio para obligar a otro que se alaba de tener derechos contra el demandante, a que los ejercite en el juicio correspondiente". Destaca la incorrecta configuración de la acción de jactancia como mero-declarativa, siendo más bien encuadrable en las

acciones de condena (el demandado debe o bien obligarse a guardar silencio —en definitiva, emitir “un no hacer”—; o bien actuar en juicio, interponiendo la correspondiente demanda).

El segundo supuesto planteado por la autora hace referencia a las ejecuciones específicas con base en el art. 41 LH. Se reduce este tipo de ejecuciones al ejercicio de acciones de carácter real procedentes de derechos inscritos. Así, cuando el titular registral, es perturbado en su derecho, el Ordenamiento jurídico le faculta para iniciar directamente un proceso de ejecución sumario, en el cual existe, como es lógico, su mecanismo de defensa del ejecutado. En definitiva, el ejercicio de un derecho real con base en una calificación registral.

Por último la autora trata en la sección tercera de este capítulo un problema real que se produce en la práctica: no se debe confundir el expediente reparador del daño derivado de la imposibilidad “*in natura*” de cumplir una obligación específica con el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual conforme al art. 1.902 Cc. Si exigiéramos —como en ocasiones ha hecho el Tribunal Supremo— al ejecutante que pruebe la existencia del hecho, el perjuicio y el nexo causal, ante una condena no dineraria de imposible cumplimiento, en la mayoría de los casos le dejaríamos insatisfecho en la tutela solicitada ante los tribunales y ganada en sentencia firme de condena.

En definitiva, y como corolario a la presente recensión del libro de la profesora Tapia Fernández, debemos decir que nos encontramos ante una gran obra, inédita en cuanto al tema, que constituirá, sin duda, un pilar básico en el cual debe apoyarse las futuras investigaciones que sobre el tema se realicen. Esto es, una obra que, aunque moderna en su concepción, debe ser considerada clásica para los estudiosos del Derecho procesal.

Carlos Gutiérrez González

ANTONIO MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1985, 606 págs.

Ciertamente, pocas cuestiones jurídico-administrativas pueden calificarse con tanta justicia de eternas e inacabables como los problemas que plantean los llamados poderes discrecionales de la Administración, aspecto fundamental de la vinculación de los poderes públicos a la norma jurídica; con parecidas palabras comienza el propio autor de este magnífico libro, originariamente tesis doctoral, justificando la elección de su tema. Por lo demás, las conclusiones que se obtie-