

ASPECTOS HISTÓRICOS DE LA EJECUCIÓN DE CONDENAS NO DINERARIAS (2ª PARTE): DEL PERIODO VISIGODO A NUESTROS DÍAS

Laura Carballo Piñeiro*

Universidade de Vigo

SUMARIO:

3.- Pervivencia del Derecho romano en el periodo visigodo. 4.- Pluralismo jurídico altomedieval. 5.- Recepción del Derecho común. 6.- Codificación. 7.- Constitución de 1978.

3. Pervivencia del Derecho romano en el periodo visigodo

La decadencia romana abrió el camino de la Península al pueblo visigodo. Y, aunque en la actualidad es clara la pervivencia del Derecho romano en la Península, se trata de un derecho vulgarizado con respecto al Derecho romano clásico y, en consecuencia, adaptado a la vida práctica de la sociedad peninsular¹. Aunque no ha sido posible hallar en los textos jurídicos provenientes de esta época un sistema de ejecución procesal, sí se puede deducir que se basaba en garantías reales. La fianza era una institución de escaso implante², y, por contra, la prenda extrajudicial alcanzó una especial incidencia.

* Doctora en Derecho. Profesora Asociada de Derecho Constitucional.

¹ TOMAS Y VALIENTE, F.; *Manual de historia del Derecho español*. 4ªed., Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pp. 94-95; SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, J.; *Historia del Derecho. I. Instituciones políticas y administrativas*. Ed. Dykinson, Madrid, 1995, pp. 140-145.

² Ello no quiere decir que fuese desconocida. Estudia esta institución PETIT quien, a través del análisis del *Breviario de Alarico*, señala la pervivencia de la exigencia de fianzas a los litigantes que actuaban representados en orden al cumplimiento del *iudicium*, y a la devolución doblada de los frutos de la cosa litigiosa, o cuando se trataba de garantizar la entrega de la herencia en litigio a su legítimo titular, o la recta utilización del bien objeto del usufructo. También de esta época se aprecian textos que muestran la utilización de fianzas de comparecencia (*Fiadores y fianzas en derecho romanovisigodo*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1983, pp. 67-68; 76-81).

En el ámbito jurídico, la convivencia entre visigodos e hispano-romanos cristalizó en el *Liber Iudiciorum*³. Este era un compendio de las leyes dictadas durante la vida de la monarquía visigoda y, a través de ella, como fuente eminente del derecho de esta época, llegan indicios de cómo se regulaba la ejecución en este periodo histórico, que conocía la distinción entre “el fallo de los derechos y la ejecución de los fallos”⁴.

La estructura de la ejecución no se halla sistematizada en los textos legales. Esta debe deducirse de las aisladas disposiciones que tratan de la prenda extrajudicial y de la prisión, verdaderos medios coactivos de ejecución. Su regulación en el *Liber Iudiciorum* buscaba un control sobre las mismas, para que su utilización quedase siempre en manos de la autoridad, evitando los abusos de los acreedores⁵. Suprimir las formas de autotutela que se daban

³ La primera edición *Liber iudiciorum* data del reinado de Recesvinto, en el año 654. Su condición de recopilación permite la confluencia de las grandes obras jurídicas redactadas en el Reino Visigodo: el *Código de Eurico* y el *Código de Leovigildo* (refundición del primero). La influencia de la tradición jurídica romana es esencial en el mismo, y continúa completándose y modificándose con las nuevas leyes visigodas (así, la nueva edición realizada en el año 681 por Ervigio). Alcanzó gran difusión en la Edad Media. De hecho, el *Fuero Juzgo* es la versión romanceada del *Liber iudiciorum* y para citar las leyes del *Liber* recurre a su traducción. Este fue traducido para que pudiera ser entendido y cumplido en la ciudad de Córdoba conquistada por Fernando III, quien por orden de 4 de abril de 1241, lo dió como fuero particular de la misma. Sobre el origen, tanto de la versión latina como de la versión romance, sus divergencias y su vigencia *vid.* TOMAS Y VALIENTE, F.; *Manual...cit.*; pp. 101-109.

⁴ *Fuero Juzgo*, Lib. II, Tit. I, ley 14: “*Quales pleytos deven iudgar: é á quales personnas los deven dar á iudgar: “Porque algunos iuezes pueden iudgar de los pleytos, et de las mal fetrias, non deven iudgar de cabo los pleytos, que ya son iudgados mas dévenlos facer complir. E si non fueren en la tierra, deven otros meter en su logar, que connoscan daquel pleyto, é que lo determinen, segund el derecho.*” PACHECO; *Los Códigos españoles...cit.*; p. L.

⁵ La pervivencia de instituciones como la prenda extrajudicial motivó una dura polémica, hoy superada, entre aquéllos historiadores que defendían la existencia de un fuerte núcleo de derecho germánico en el germen de nuestras leyes, y los que eran conscientes de la romanización de la Península y la integración de los visigodos en las estructuras políticas, sociales y culturales. Una de las principales consecuencias de esta polémica fue la diversa forma de entender la vigencia del *Liber Iudiciorum*. Este contenía numerosos vestigios de derecho romano y, por esto, los defensores del predominio del derecho germánico opinaban que, cuando se dictó el *Liber* se produjo una divergencia entre el derecho por el que realmente se regía la población, que tendría base esencialmente germánica, y el legislado. Muestra de ello sería que, después de la llegada de los musulmanes, la prenda extrajudicial volviera a reaparecer; es decir, contando a la prenda entre las instituciones germánicas, su reaparición significa el poco calado de las leyes “romanas” recogidas en el *Liber*. En cualquier caso, la cuestión es si, a pesar de la enorme difusión alcanzada entre los pueblos germánicos por la prenda extrajudicial, ésta es propiamente una institución germánica o, como señala

en la comunidad era una forma de perfeccionar el mecanismo del proceso para satisfacer el sentimiento colectivo de justicia y seguridad⁶.

Las leyes contenidas en el *Liber Iudiciorum* fueron dictadas por diferentes reyes godos. Esto motiva que se pueda apreciar en alguna medida la evolución que culminó en la supresión de la prenda extrajudicial por una ley de Recesvinto⁷. Se comenzó por exigir una previa autorización judicial antes de proceder a la prenda privada⁸ y se limitó la responsabilidad del deudor para que no obligara todos sus bienes e, incluso, su persona por una sola deuda. En esta misma disposición se aprecia el germen de la ejecución patrimonial por cuanto se limita la responsabilidad del deudor al pago del duplo de la cosa que se negó a entregar⁹. En cambio, si el deudor tenía varios acreedores en concurrencia, tenía que cumplir con todos sus bienes y, en

ORLANDIS ROVIRA, "una institución más propia de un estadio cultural que de una determinada familia de derechos" (*La prenda como procedimiento coactivo en nuestro derecho medieval*. En *A.H.D.E.*, nº 14, 1942-1943, p. 85). No hay más que tener en cuenta que es una de las más utilizadas formas de autotutela, presente ya en el periodo arcaico romano. Vid. HINOJOSA, E.; *El elemento germánico en el Derecho español*. Madrid, 1915, 106 pp., esp. pp. 79-81; ORLANDIS, J.; *La prenda...cit.*; pp. 84-87. En la actualidad, se acepta la pervivencia del derecho romano vulgar y la inexistencia de un derecho germánico configurado como tal; TOMAS y VALIENTE, F.; *Manual...cit.*; pp. 97- 109 y 126-139; SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, J.; *Historia del Derecho*. Cit.; pp. 155-157.

⁶ Parece ser que la hegemonía del juez sobre el proceso no era discutida. La citación se hacía de forma oficial, y la ausencia de comparecencia conllevaba la imposición de multas, o azotes en su defecto. La fianza de comparecencia se aplicaba en contadas ocasiones y, en alguna, con finalidad protectora. PETIT, C.; *Fianzas...cit.*; pp. 125-147.

⁷ Leg. I, Tit. VI., ley 5: "El Fuero Juzgo: *"Ley antigua. De non prender. Defendemos a tod omne que non prende por sí. E si el omne que es libre prenda por sí mismo por fuerza á otri, pague el duplo del penno. Esi el que prenda es siervo, peche el penno, é demas resciba C. azotes"*. Vid. HINOJOSA, E.; op. cit., p. 80; ORLANDIS, J.; *La prenda...cit.*; p. 91.

⁸ Fragmentos Gaudenzianos, c.13. Una evolución similar se produce en los demás pueblos bárbaros y se encuentra regulada en la Lex Baiuvariorum de Derecho ostrogodo, en las Leyes de Ina, y en la Lex Burgundiorum. Cit. ORLANDIS, J.; *La prenda...cit.*; p. 90-91.

⁹ Fuero Juzgo (Lib. II, tit. V, ley 8): *"Que por ni pleyto ni por una cosa nengun omne non deve empennar su persona, ni toda su buena: "Nos devemos acontrastar por nuestra iusticia á la maldad de los malos. E porque son muchos los omnes que por pleyto de una cosa fazen á otro empennar sus personas é toda su buena; este enganno non queremos que vala, ni que se faga en nenguna manera. Mas si algunos omnes ovieren pleyto de alguna cosa, non aya y mayor pena, si non que peche en duplo la cosa el que la non entregare, é si el pleyto fuere de dineros, la pena sea fasta tres duplos. mas non mandamos que en nenguna manera nengun omne empenne su persona, ni toda su buena por el pleyto de una cosa. Ca non tenemos por derecho que nengun omne pierda su persona, ni toda su buena por una debda. E todo escripto é todo pleyto que fué fecho contra esta ley non vala."*

defecto de éstos, se procedía al pago mediante su trabajo en régimen de prisión-servidumbre¹⁰.

En general, la idea que se extrae de estas disposiciones sobre la ejecución es demasiado vaga para que se pueda exponer los pasos que se daban hasta alcanzar la satisfacción del acreedor. En todo caso, se puede concluir afirmando que no distinguían entre las diversas formas de ejecución por razón del objeto de la obligación, y los medios ejecutivos eran análogos a los medios empleados para evitar la contumacia del rebelde. Los esfuerzos del legislador se centraban en controlar la autotutela para imponer la paz jurídica; el empleo de dichas medidas ayudaban a imponer la autoridad del poder público en su función judicial.

4. Pluralismo jurídico altomedieval

Después del año 711, la unidad política visigoda desapareció y la Península se fragmentó en múltiples núcleos políticos. El *Liber iudiciorum* mantuvo su condición de derecho común, aunque ya no como norma territorial. Además, el aislamiento de las poblaciones y la necesidad de repoblar el territorio condicionan la aparición de un derecho propio: materializado en textos legales dictados para cada comunidad, fundamentalmente fueros¹¹; y mediante las *fazañas* o sentencias de libre albedrío dictadas por los varones justos para la cobertura de aquellos casos que escapaban a la norma¹². Esto

¹⁰ Lib. V, Tit. VI, ley 5: "*Si algun omne es tenuto de muchas debdas ó de muchas culpas. Si algun omne es culpado de muchas debdas ó de muchas culpas, aquel omne que primeramente ge lo demandare, ó mostrare por iuyzio, ó por prueba, ó por su confesion, á aquel deve primeramente fazer paga. E si vinieren muchos demandadores de so uno, deve facer paga á cada uno segund quel deve; é si non, sea siervo de todos, hy el iuez deve saber á quien devie mas, ó á quien ménos; é segund aquello faga pagar á los otros cuemo viere. É si non oviere onde pague á los otros debdores, deve seer siervo daquellos por la debda.*" Vid. TOMAS y VALIENTE, F.; *La prisión por deudas*. En AHDE, n.º 30, 1960, pp. 256-259, esp. nota 6.

¹¹ Es un fenómeno de "localismo jurídico". Se atendían a las nuevas necesidades sociales a través de costumbres, decisiones judiciales, cartas agrarias y fueros que, a su vez, se dividían en breves o extensos dependiendo (aparte su extensión) de su fecha de redacción. TOMAS y VALIENTE, F.; *Manual...cit.*; pp. 129-132 y 144-153.

¹² " Se denominan "fazañas" a las sentencias que por tratar de asuntos no resueltos hasta entonces por el fuero del lugar o por la costumbre no escrita, contienen decisiones emanadas del libre albedrío del juez; (...) adquiere valor de norma jurídica obligatoria en adelante para resolver con ella otros casos futuros semejantes." TOMAS y VALIENTE; *Manual ...cit.*; pp. 148-149.

supone una enorme variedad de ordenamientos jurídicos. Del conjunto se puede descubrir, en materia de ejecución, ciertas instituciones comunes a todos ellos. Estas fueron la fianza, la prenda y la prisión. Su misión consistía, por una parte, en tener atado al demandado a una cierta jurisdicción y, por otra, en ejercer una presión sobre él en orden al pronto cumplimiento. Su regulación, como es lógico dado el aislamiento que sufrían muchos núcleos de población, no era idéntica en todos los fueros¹³.

De todas las formas de condicionar a un deudor al cumplimiento, la prenda extrajudicial volvió en estos siglos a ser la más recurrida. El desorden político indujo a su resurgimiento, a pesar de la prohibición contenida en el *Liber iudiciorum* y fue el medio común de compeler al cumplimiento de las obligaciones. Un caso más de autotutela ejecutiva en un tiempo en que no existía una autoridad lo suficientemente fuerte para suprimir estas manifestaciones de poder particular¹⁴.

La prenda extrajudicial, basada en un previo pacto, daba al acreedor la posibilidad de prender por sí mismo, mas, si bien se encuentran ejemplos de prenda llevada a cabo sin ninguna formalidad¹⁵, pronto se exigieron

¹³ ALCALA-ZAMORA hace un estudio de las instituciones procesales contenidas en el Fuero de Cuenca (cabeza de una importante familia de fueros). Vid. *Instituciones judiciales y procesales del Fuero de Cuenca*, en A.E.M., 12-1982, pp. 59-181.

¹⁴ "Ha de considerarse extrajudicial la prenda tomada por el demandante por iniciativa propia, basándose en un derecho que se le reconoce en determinadas circunstancias, no en un juicio previo o en una autorización del juez, aunque en el acto de realizar el embargo se haya de sujetar a las formalidades legales." La prenda judicial se caracteriza por la licencia judicial que permite que se realice. ORLANDIS, J.; *La prenda...cit.*; p. 97 y pp. 92-100. También hace la distinción GARCIA de DIEGO, V.; *Historia judicial de Aragón en los siglos VIII al XII*. En A.H.D.E., nº 11, 1934, pp. 192-202. Además, la coexistencia de ambos tipos de prenda y la lucha por la definitiva desaparición de la prenda extrajudicial se refleja en abundancia en los fueros donde existen numerosas disposiciones contrarias a ésta, castigando al pago del duplo de lo prendado a quien prenda indebidamente. Disposiciones como ésta se encuentran todavía en el Fuero Real (lib. IV, Tit. V, l. 8) y en las Partidas (Part. V, tit. XIII, l. 11; y Part. VII, tit. *De las fuerzas*, l. 15), muestra del arraigo de la prenda extrajudicial. Vid. SINUES RUIZ, A.; *El Merino*. Zaragoza, 1954, pp. 131-132, esp. notas 389 y 393. Por otro lado es profundamente criticada la construcción de MAYER quien rechaza la existencia de un tipo de prenda extrajudicial en la Península, defendiendo que en todas ellas se procedía merced a un *sigillum regis*. La crítica señala que el mandato real era muy limitado. Vid. MAYER, E.; *El antiguo derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales*; Barcelona, 1926, pp. 113-118.

¹⁵ Sobre los casos de prenda no sujeta a ninguna formalidad dice LOPEZ ORTIZ "hay que reconocerles sencillamente el valor de las manifestaciones indudables, pero de carácter excepcional, guardándose muy bien de generalizar sobre ellas y darles la consideración de

requisitos de orden público, como era el de que se debía realizar la prenda previo requerimiento de pago y ante testigos o ante el sayón. Si el deudor no se conformaba, siempre existía la posibilidad de que se dirigiera *a posteriori* ante un juez, de un modo incidental. La autoridad pública fue ganando legitimidad para imponer otros controles a la prenda privada, como la necesidad de una previa comparecencia ante el juez. Así, convertida la prenda en judicial, sólo podían practicarla el sayón por mandato de la autoridad judicial. Al mismo tiempo que se hacía pública la prenda, también se limitaban las posibilidades de intervención en el patrimonio del deudor. Gran parte de las disposiciones forales referidas a la figura del sayón determinaban cuál había de ser su comportamiento, y, entre ellas, se hallaba la que no le permitía forzar la entrada del domicilio del deudor¹⁶.

La prenda, y también la fianza y la prisión, adquirieron un peculiar relieve en el juicio medieval¹⁷. Juntas configuran los mecanismos puestos a disposición del juez para proporcionar aquéllo que se debe al demandante. La citación a juicio, en estos tiempos de inseguridad jurídica, se tornó la clave del proceso: el demandado debía "acudir a fuero" pero, si no acudía voluntariamente, podía procederse a compelerle por prenda e, incluso, prisión¹⁸.

un procedimiento ordinario." LOPEZ ORTIZ, J.; *El proceso en los reinos cristianos de nuestra Reconquista antes de la recepción romano-canónica*. En AHDE, n.º 14, 1942-1943, p. 200. Vid. también GARCIA de DIEGO, V.; *Historia judicial de Aragón*, Cit., pp. 193-194; ORLANDIS, J.; *La prenda...cit.*; pp. 100-103.

¹⁶ El sayón era un oficial con tareas ejecutivas. En los fueros se le relaciona fundamentalmente con la prenda. Primero era testigo de la prenda extrajudicial, pero pasó a ocupar el papel activo en el acto prender y en los fueros se encuentran numerosas disposiciones regulando su misión. No podía forzar la entrada en el domicilio del prendado y su trabajo se remuneraba con un diezmo de lo prendado. Su autoridad se extendía a sólo determinado municipio. Vid. SINUES, A.; *El Merino*. Cit.; pp. 127-143; PEREZ- BUSTAMANTE, R.; *El Gobierno y la administración de los reinos de la Corona de Castilla (1230-1474)*. Ed. Universidad Autónoma, Madrid, 1976, pp. 164-167; ORLANDIS, J.; *La prenda...cit.*; pp. 121-158; GARCIA de DIEGO, V.; *Historia judicial...cit.*; pp. 112-113 y 196-202; SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, J.; *Historia del Derecho*. Cit.; p. 335.

¹⁷ En territorio cristiano se desarrollan dos tipos de proceso, uno el de los *placita*, presididos por el Rey, conde o señores de inmunidades; y otro ante los tribunales municipales. LOPEZ ORTIZ, J.; *El proceso de los reinos...cit.*; p. 190. Para Aragón (que no difiere esencialmente del sistema castellano) vid. GARCIA de DIEGO, V.; *Historia judicial...cit.*; pp. 114-120.

¹⁸ Existían dos formas de citación, una hecha por el demandante y la otra por funcionario judicial. Se castigaba con una multa al demandado que no comparecía ante el juez, mayor si la citación había sido hecha por el sayón. La rebeldía se consideraba desobediencia a la obligación de comparecer y se buscaba el castigo. La utilización de la prenda desembocará

Una vez ante el juez, el demandado debía garantizar su acatamiento del proceso ofreciendo fianza, prenda o su propia persona como prenda¹⁹. Estas garantías tenían el carácter de medidas cautelares respecto de una posible sentencia. Era obligatoria su prestación para el demandado²⁰. Con el tiempo una de estas medidas, el dar “fianza de estar a derecho”, supuso una garantía también para el demandado porque ya no se podía ejercer ninguna coacción más sobre él; esto es, ni prenderle ni prenderle²¹.

Como se puede comprobar, el proceso ejercía una fuerte presión intimidatoria y, sobre todo, económica, sobre el demandado en orden a qué cumpliese “voluntariamente”, y de ahí que la mayoría de los procesos terminaban por allanamiento recogido en unos documentos llamados *agnitio* o por el acuerdo de las partes²². Respecto a las sentencias, se empleaban la prenda y la prisión como medios coactivos sobre la voluntad del deudor, ya que era necesaria su intervención para dar satisfacción al acreedor. En realidad, los medios ejecutivos coincidían con aquéllos empleados como reacción a la contumacia en la medida en que, en ambos casos, se trataba de responder a la desobediencia al órgano judicial.

en las Partidas en la regulación del asentamiento que consiste en el apoderamiento de los bienes del demandado rebelde, bienes que variaban dependiendo de si la acción era real o personal. ORLANDIS ROVIRA, J.; *La prenda de iniciación del juicio en los fueros de la familia Cuenca-Teruel*. En *A.H.D.E.*, 1953, pp. 83-93; LOPEZ ORTIZ, J.; *El proceso en los reinos...cit.*; pp. 201-202; MAYER, E.; *El antiguo derecho de obligaciones...cit.*; pp. 61-69. La importancia de la citación está íntimamente relacionada con la rebeldía y con la *litis contestatio*. Vid. VERGE GRAU, J.; *La rebeldía...cit.*; pp. 58-59; MONTERO AROCA, J.; *La ley de Enjuiciamiento civil española de 1855. La consolidación del proceso común*. En *Ensayos de Derecho procesal*. Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 186-187. En este período histórico, esta compulsión se utilizaba con el fin de obligar al demandado a la prestación de una promesa procesal. LOPEZ ORTIZ, J.; *El proceso en los reinos...cit.*; p. 195; MAYER, E.; *El antiguo derecho de obligaciones...cit.*; p. 90.

¹⁹ El fin primordial de la prenda y la prisión era la coacción sobre la voluntad del deudor para que cumpliese su obligación. La prenda no implicaba el poder de disposición para el prendante, sino simplemente un poder de retención; y la prisión del deudor no implicaba que éste trabajase para pagar con su trabajo. TOMAS y VALIENTE, F.; *La prisión por deudas*. Cit.; p. 345; MAYER, E.; *El antiguo derecho de obligaciones...cit.*; p. 127; LOPEZ ORTIZ, J.; *El proceso en los reinos...cit.*; pp. 220-221; ORLANDIS, J.; *La prenda...cit.*; p. 84.

²⁰ LOPEZ ORTIZ, J.; *El proceso en los reinos...cit.*; p. 195.

²¹ LOPEZ ORTIZ, J.; *El proceso en los reinos...cit.*; pp. 208-209.

²² LOPEZ ORTIZ, J.; *El proceso en los reinos...cit.*; pp. 217-219.

5. La recepción del Derecho común

En el siglo XIII se inició la recepción del Derecho común en la Península, con la consiguiente incorporación del llamado proceso romano-canónico²³. En el campo de la ejecución de las obligaciones incide en particular la polémica surgida entre los glosadores a propósito del modo de ejecución de la obligación del vendedor de entregar la cosa: ¿podía ejecutarse *in natura*?. La mayoría de los doctores de Bolonia negaba esta posibilidad conforme a los textos clásicos, en los que se aplicaba el principio de la condena pecuniaria. En cambio, MARTINO, apoyándose en un texto de ULPIANO, concluía que la obligación podía ser ejecutada *manu militari*, postura que acaba triunfando. Aquel texto había sido interpolado en la época de JUSTINIANO, para adaptarlo al sistema vigente en aquel periodo histórico. Sin embargo, los glosadores, ajenos a la interpolación, pusieron de manifiesto la distinción entre la obligación de entregar, que tenía un tratamiento *in natura*, y las obligaciones de hacer y no hacer que habían de ser transformadas en un equivalente pecuniario conforme al esquema clásico. Así, de acuerdo con esta doctrina, el proceso tendía hacia una ejecución dineraria, salvo en las obligaciones de dar. Las sucesivas discusiones culminaron en el brocardo *nemo praecise ad factum cogi potest*²⁴, que, recogido por POTHIER, incide a su vez en el rechazo

²³ La recuperación del Derecho romano se produce a partir del siglo X con la aparición sucesiva de ejemplares del llamado *Corpus iuris civilis*. Con ellos surgen escuelas de Derecho, provocando la expansión de dicho Derecho a través de sus glosas y comentarios. En esta línea, se enmarca *Lo Codi*, una *summa* del Codex. El Lib. III, 25 trata de *qual derecho es si aquel que es vencido en pleyto de la cosa (e) non la quiere dar*, fiel a los principios romano-justinianeos. La contribución de los glosadores y los comentaristas a la formación del *ius commune*, integrado finalmente por una mayoría de legislaciones, es esencial. También incide en el Derecho canónico. En las Decretales de Gregorio IX, se recoge una Decretal de Alejandro III (Lib. II, Tit. XXVII, Cap. VI) que dice así: *Cum aliis. Dize aquí que si alguna possession fuere dada a alguno per sententia (s), debe ser puesto est(e) en corporal possession*.

²⁴ Las obras de MARTINO son recogidas por KANTOROWITZ, H.; *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938, pp. 86-91. Por su parte, BALDO señalaba que una persona no puede ser compelida a construir una casa (*non cogitur praecisa ad factum*) porque sería un tipo de servidumbre (Comentario a C.IV.49). BARTOLO, en cambio, tenía más dudas y se preguntaba porque se llegaba a un resultado en las obligaciones de dar y a otro en las de hacer (Comentario a D.XLV.1.72. n.º 13: *Sed iuxta praedicta potes quarerede ratione, quare aliud in obligatione dandi, quam in obligatione faciendi?*), reconociendo que no podía dar razones concluyentes para tal distinción, aunque sugiere cuatro: en primer lugar, porque obligar a cumplir una obligación de hacer podría comportar un modo de servidumbre, aunque el mismo BARTOLO señala que esto no siempre es cierto, que podría compelerse a actuar sin que ello supusiese servidumbre. Como segunda razón, señala que las obligaciones de hacer dependen del plazo y de la forma hasta el punto de que el

de las medidas coercitivas precisas para conseguir el cumplimiento *in natura* de las condenas de hacer y no hacer y, en general, en la asimilación de la ejecución por sustitución o transformación en los Códigos europeos.

De esta época procede la alteración de la regla romana de sentenciar sobre los frutos, intereses o rentas, aún los no pedidos, cuando la naturaleza del objeto litigioso así lo reclamase²⁵, regla que incidía en gran manera en el objeto de la ejecución de condenas de dar. Sin embargo, dentro de las Leyes de Estilo se produjo la alteración, exigiendo la petición de los frutos, intereses o rentas, ya que, en otro caso, no se puede incluir un pronunciamiento sobre los mismos en la sentencia, sin incurrir en incongruencia²⁶. Esta postura acabará triunfando, tanto entre la doctrina, como en la jurisprudencia del

incumplimiento haría que el único remedio válido fuese el resarcimiento, aunque reconoce que este argumento tampoco es válido para todas las situaciones. En tercer lugar, recoge otro argumento que también rechaza y es que el demandante no tiene interés por sí mismo en el hacer. Por último, apunta que en las obligaciones de dar los daños causados por el incumplimiento serían fácilmente mensurables, mientras que en el hacer son difíciles de determinar. En otro comentario, BARTOLO reconoce que la distinción es artificial y señala que el dar participa de la naturaleza del hacer (Comentario a D.XIX.1.1, n° 12). Vid. DAWSON, J.P.; *Specific Performance in France and Germany*. En *Michigan Law Review*, 1959, Vol. 57, pp. 502-506. VINNIUS da un paso más y retiene coercibles las obligaciones de hacer, aunque sólo aquellas que *in rei alicuius praestatione et iuris possessione translatione consistunt, quale est eius qui tenetur ex causa venditoris rem tradere* (Inst. III:24.7); esto es, obligaciones de hacer que posteriormente se retendrán obligaciones de dar, por lo que tampoco se consigue limitar el principio *nemo praecise*. Vid. ARE, G.; *L'obbligazione e la sua esecuzione coattiva*. Ed. Ausonia, Roma 1928, pp. 94-97; RESTAINO, N.; *L'esecuzione coattiva in forma specifica*. Ed. Il nuovo diritto, Roma, 1948, pp. 5-6. En el s. XVI se ha consolidado el brocardo que Antonius FABER, en Saboya, cita tal y como lo conocemos: ***Nemo praecise potest cogi ad factum*** *quia sine vi et impressione id fieri non potest, ideoque in obligationibus faciendi succedit praestatio eius quod interest*. Señala MAZZAMUTO (en *L'attuazione degli obblighi di fare*; Ed. Iovene, Nápoles, 1978, pp. 17-34) que la admisión de la coerción directa, *manu militari*, sobre el vendedor suponía una excepción a la regla ya formulada en el Derecho romano (D.XLII.1.13.1, aunque sin el alcance que adquirió en el Derecho intermedio), esto es, aun partiendo de la incoercibilidad del *facere*, se admitía que la *traditio* era coercible.

²⁵ Codex VII, 51, 2: *Litigator victus, qui post conventionem rei incombis alienae, non in sola rei redhibitione teneatur, nec tantum fructuum praestationem eorum, quos ipse percepit, agnoscat, sed eos, quos percipi potuisse, non quos eum redegisce constabit, ex solvat ex eo, ex quo re in iudicium deducta scientiam malae possessionis accepit.*

²⁶ Ley CCLI.- *Quando el Alcalde libra lo principal, debe librar los frutos, y costas, si fueren pedidos, si no pecharlos ha. Si el Alcalde del día que juzga sobre la principal demanda, si no condena a la Parte en los frutos, y esquilmos, de la cosa sobre que juzga, si puede despues juzgar en los esquilmos; es á saber, que no, y si la Parte los demandó, y el Alcalde no los juzgó pecharlo ha el Alcalde; y si no los demanda, perderse los ha la Parte y eso mismo es en las costas.*

Tribunal Supremo, y se recoge en los textos legales modernos²⁷, aunque todavía en el siglo XIX se hallan testimonios en favor de la primera postura²⁸.

Los principios romano-canónicos accedieron a la Península a través de las Partidas²⁹. Este código, de influencia romano-canónica, fue, hasta la LEC

²⁷ Vid. STS 12 abril 1866; BENITO FRAILE, E.J.; *La sentencia en el proceso civil ordinario en el Derecho castellano: siglos XIII al XIX*. Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 146-151.

²⁸ "En los pleitos sobre acción real en que se manda al reo que entregue la cosa la debe entregar con los frutos percibidos y podidos percibir desde la contestación; porque el demandador debe tener la cosa con sus provechos que hubiere conseguido, si se la hubiere entregado cuando la pidió (L. 17, § 1, l. 20 de rei vind.), y ésta es la práctica de los Tribunales. SALA, J.; *Ilustración del Derecho real de España*. T. II, 3ª ed.; Madrid, 1832, p. 228.

²⁹ Aunque los Fueros no fueron inmunes a esta influencia, llegando a desarrollarse la ejecución patrimonial forzosa. Vid. Fuero Real (Lib. III, tit. XX, ley 1) cit. VALLEJO, J.; *La regulación del proceso en el Fuero Real: desarrollo, precedente y problemas*. En A.H.D.E., 1985, pp. 553-555; Fuero de Soria, cit. TOMAS Y VALIENTE, F.; *La prisión por deudas*. Cit.; p. 326; Fuero Viejo de Castilla (Lib. III, Tit. IV, ley 6 (también ley 1)), cit. En *Los Códigos españoles...cit.*; T. I, p. 285). Después de la sentencia, si el deudor no cumplía inmediatamente se le concedía un plazo para el pago que variaba dependiendo de si se trataba de entrega de muebles, bienes raíces, o de dinero (Fuero Real (Lib. II, Tit. XV, ley 7): "Si el Juicio afinado fuere dado sobre demanda de raíz, o de mueble, que el mueble no sea de dineros, è no fuere de Juicio fecha alzada fasta tercero dia; o si fuere fecha, y el Juicio fuere confirmado, asi como fue fiado no haya alzada: y el Alcalde que diera el Juicio, fagalo cumplir fasta tercer dia: è si el Juicio fuere sobre dineros dado, el Alcalde faga cumplir su derecho fasta diez días". Estos plazos sustituyen a los dos meses que el Derecho romano prescribía como *tempus iudicati*. Así lo hace notar Gregorio López en su glosa a la Part. III, Tit. XXVII, ley 5 (después en Nueva Recopilación, Lib. IV, Tit. XVII, ley 6; y Novísima Recopilación, Lib. XI, Tit. XVII, ley 1). Si bien no se diferenciaban tipos distintos de ejecución, sí se hallaban diversificados los tipos de condena; prueba de ello son los documentos que recogen pleitos donde se ejercita la acción reivindicatoria de propiedad (Vid. GARCIA de DIEGO, V.; *Historia judicial...cit.*; pp. 144-145 y 184-185). Pasado el plazo sin que se hubiese producido el cumplimiento se procedía al embargo de bienes, y se retenían durante cierto tiempo, que variaba dependiendo de si esos bienes eran muebles o inmuebles, dando la oportunidad al deudor de que cumplierse y así recuperarlos (Vid. HINOJOSA, E.; *El elemento germánico...cit.*; pp. 93-96). Llegado el momento se ponían en las manos del corredor con el fin de que los vendiese y satisfacer con lo obtenido al acreedor. En el caso de que no se encontrase comprador, se adjudicaban al acreedor en pago. En el caso de que la reclamación fuese de cosa, es natural que, ante el fallo judicial a favor del demandante, se dirigiese la fuerza pública a tomar la misma y entregarla a aquél.

La prisión por deudas, como elemento coactivo del deudor, fue desapareciendo a medida que se desarrollaba la ejecución patrimonial forzosa, auspiciada por la recepción de los principios romano-canónicos basados en el libre albedrío. La mentalidad de la época era reacia a admitir la intervención en el patrimonio del deudor sin su consentimiento y parecía más caritativa, dadas las condiciones económicas, la prisión, que permitía un pago dilatado en el tiempo, antes que la enajenación forzosa de los bienes (TOMAS Y VALIENTE, F.; *La prisión por deudas*. Cit.; pp.346-355. Vid. nota 40). En todo caso, la prisión se siguió utilizando con dos finalidades; una porque se prefería forzar la "voluntad" del deudor para

de 1855, el núcleo legal de la ejecución, puesto que ni la Nueva Recopilación ni la Novísima alcanzaron a derogarlo³⁰. En la Partida Tercera (en el Título XXVII: *Como los juycios que son valederos deven ser cumplidos, e quien los deve cumplir*) se produjo una innovación en el tratamiento de la ejecución, que se presentaba sistematizada, aunque en forma rudimentaria. La exposición del contenido del título dedicado a la ejecución se hace en función del criterio seguido en la Partida Tercera, que distingue los tipos de ejecución atendiendo a la prestación contenida en la sentencia. En concreto, la ley 5 del Título XXVII de la Partida Tercera, bajo la rúbrica *Fasta quanto tiempo deve ser cumplido el Juyzio que fuere dado contra alguno*, distinguía entre:

a) condenas a entregar una cantidad pecuniaria; supuesto en que la ley preveía un plazo de diez días para que el deudor pagara. Si no lo hacía voluntariamente se pasaba al procedimiento que hoy llamamos de apremio, con embargo previo³¹.

b) condenas a dar cosa determinada: *E si por aventura fuesse dado sobre alguna cosa cierta que ome demandasse por suya; estonce deve se*

que ofreciera un “fiador de saneamiento” de los bienes inmuebles vendidos por el corredor; otra, para usarla como medio de pago del deudor insolvente, tanto si lo era respecto de un solo acreedor (Fuero Real (Lib. III, Tit. VIII, ley 2)), como si lo era frente a varios (vid. TOMAS y VALIENTE, F.; *La prisión por deudas*. Cit.; pp. 371-400). Se admitía, en consecuencia, la prisión-servidumbre.

³⁰ El Ordenamiento de Alcalá de 1348 estableció un orden de fuentes que fue válido hasta el siglo XIX y que incluía a las Partidas como leyes “nuestras”, del propio rey (Ordenamiento de Alcalá, tit. XXVIII, ley I. Vid. *Los Códigos Españoles*. Cit. T. I; pp. 465-466. Este orden de fuentes se repitió en Ley 1ª de Toro de 1805 para mantenerse vigente hasta el s. XIX a través de la Nueva Recopilación (Lib. II, tit. I, ley 3) y la Novísima (Lib. III, tit. II, ley 3). Vid. MONTERO AROCA, J.; *La ley de Enjuiciamiento civil española de 1855*. En *Estudios...cit.*; pp. 178-182). El Código de las Siete Partidas es una obra merecedora de muchos elogios y capital en nuestro proceso de codificación del que fue fuente inspiradora. Palabras elocuentes son las que le dedica GOMEZ de la SERNA, principal redactor de la LEC de 1855: “Si España tiene alguna obra que sobresalga a todas, sin género alguno de duda, es el Código de las Partidas. (...) ¡Qué orgullo sentía yo cuando veía en el siglo XII a España ser el primer pueblo del mundo y dar el primer Código que se ha escrito!”. Cit. por FAIREN GUILLEN, V.; *Estudio histórico externo de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855*. En *Temas del Ordenamiento procesal*. T.I, Tecnos, Madrid, 1969, p. 107. Pero quizá se produjo una magnificación de la misma que impidió a los teóricos y prácticos del momento ser objetivos y ver, sino denunciar, sus numerosos defectos: “En verdad, si las Partidas se hubieran de considerar solo como una obra literaria, apenas se encontrará otra de igual mérito en la época en que se escribió, aunque sí se examina a las luces de la buena crítica, no dejan de encontrarse también en ella defectos muy notables.” SEMPERE, J.; *Historia del Derecho español*. T. I, 2ª ed., Madrid, 1844, p. 276 y pp. 275-279. Sobre las Partidas, vid. TOMAS Y VALIENTE, F.; *Manual...cit.*; pp. 237-242.

³¹ Vid. Part. III, Tit. XXVII, leyes 3, 5 y 6.

*cumplir luego en aquella cosa sobre que fue dado el juyzio: e si el condenado dicesse, que non podria fazer luego entrega della, porque es en otra parte; si esto non dicesse maliciosamente, deve dar buenos fiadores, que aquel plazo que el Judgador tuviere por guisado, que de aquella cosa, o aquello en que fuere apreciada, si non la pudiesse aver*³². Estos fiadores respondían de la indemnización que debía pagar el ejecutado en el caso de que no entregase la cosa en el plazo concedido³³.

c) condenas de hacer, respecto de las que las Partidas ordenaban *E si la sentencia fuesse dada contra el demandado, en razon de alguna cosa que deviesse fazer, develo apremiar que la faga assi como fue puesto, o lo prometio*³⁴; donde “apremiar” quería indicar que se dejaba a la discreción del juez el señalamiento del plazo oportuno para que el ejecutado hiciera, bajo apercebimiento de realización forzosa de sus bienes.

La ejecución, en la Partida Tercera, se ceñía a la realización forzosa de los bienes si el ejecutado no cumplía en el plazo marcado. Ahora bien, si la sentencia se refería a cosa cierta, mueble o inmueble, la actividad ejecutiva sólo la afectaba a ella, de forma que se debía entregar la cosa misma al ejecutante³⁵. Por otra parte, la resistencia a la ejecución, en especial en

³² Sintomáticas de la influencia de las Partidas en siglos posteriores son las palabras de SALA, quien apuntaba en el siglo XIX en su *Ilustración del Derecho real de España* (T. II, cit., p. 225) que “Sobre acción real en que se pide una cosa cierta, la debe entregar el condenado desde luego, esto es, hasta tercero día y si dijere a buena fe, sin malicia, que no lo puede hacer entonces por estar la cosa en otra parte, debe dar buenos fiadores, que en el plazo que señale el juez la entregará, o aquello en que fuese apreciada sino la pudiese haber”.

³³ En Part. III, Tit. IX, ley 1 (*Quando deven meter la cosa sobre que contienden en mano del fiel*) se regulaba el secuestro judicial (*Seys razones señaladas son, e non mas, por que la cosa sobre que nasce contienda entre el demandador, e el demandado, debe ser puesta en fieldad, a que dizen en latin sequestratio*).

Es preciso señalar que, por influencia canónica, la incomparecencia del demandado conducía a la puesta en posesión de la cosa reclamada al actor, en las demandas de tipo real. Este precepto recogido en una decretal de Inocencio III (Decretoales, II, VI, 5) pasa a Part. III, Tit. II, ley 29, aunque ya se podía encontrar en el Fuero Real, Lib. II, Tit. III, ley 5. Vid. MALDONADO Y FERNANDEZ DEL TORO, J.; *Líneas de influencia canónica en la historia del Derecho español*. En A.H.D.E.; 1953 (XXIII), p. 486; VALLEJO, J.; *La regulación del proceso en el Fuero Real*. Cit.; pp. 615-618.

³⁴ Vid. Part. III, Tit. XXVII, ley 5.

³⁵ La realización forzosa de los bienes del ejecutado se dividía en dos fases. La primera equivalía al actual embargo; la ley 3, Tit. XXVII, Part. III señalaba el orden que debía seguirse en la afección de bienes (muebles, inmuebles, *deudas manifestas que deben al vencido*), con previsión de bienes excluidos y tercería de dominio. Dentro de la misma ley se procedía a

la modalidad de la entrega de la cosa, legitimaba el empleo de la fuerza pública contra el rebelde³⁶.

En las Partidas, el empleo de la prisión, como medida ejecutiva, se hallaba limitado al caso de un deudor con varios acreedores que se negase a efectuar la cesión de sus bienes, para que con ellos se cobrasen³⁷. La prisión se utilizaba como medio de coacción para que pagase o desamparase sus bienes, de forma que, realizada una u otra acción, quedaba liberado, sin que se recurriese a la servidumbre como medio de obtener el cumplimiento³⁸. En definitiva, salvo este supuesto, en la regulación de Partidas, la responsabilidad se limitaba al patrimonio, presente o futuro, del ejecutado³⁹; es decir, la ejecución, en primer lugar, se dirigía a la obtención exacta de la prestación; y, en segundo lugar, a falta de ejecución *in natura*, se debía entregar el equi-

diferenciar, según el criterio romano, en acciones personales y reales. *E todas estas cosas que diximos fasta aqui en esta ley, han lugar en los juyzios que fuessen dados por razon de debda que deviesse el vencido, o por otra cosa que fuesse tenido de fazer. Mas quando el juyzio fuesse dado sobre cosa cierta, quier fuesse mueble, o rayz, que ome demandasse por suya; estonce deven cumplir el juyzio en aquella cosa misma, de qual natura quier que sea.*

³⁶ Part. III, Tít. XXVII, ley 2.- *Como los Juyzios valederos deven ser cumplidos: Cumplidos deven ser los juyzios valederos en esta manera. Ca deven primero catar los que los mandan cumplir, si aquel que es vencido, otorgo la debda por si; o si le fue provado, de guisa que non los pueda contraddezir: e deve fazer esto llanamente sin agraviamiento, e con buenas palabras, entregando al vencedor contra el demandado, o a sus herederos, en tanta quantía, o en aquellas cosas que señaladamente son puestas en el juyzio. E si por aventura aquellos conra quien fuesse dado el juyzio, fuessen rebeldes, de manera que refertassen la entrega, queriendose amparar por fuerça; estonce deven los Judgadores ayuntar omes armados, e venir al lugar con ellos, e cumplir su juyzio poderosamente, de manera qe la justicia vença.* Gregorio LOPEZ, en su comentario, puso de relieve la relación de esta ley con la L. 68 de rei vindic. 6.1. La misma referencia se repite en Part. V, Tít. XIII, ley 19.

³⁷ Part. V, Tít. XV, leyes 1 y 4. TOMAS y VALIENTE explica esta excepción, en razón de que la ejecución suponía la afección de todo el patrimonio del deudor, a quien se dejaba reducido a la pobreza total. La ley, en este caso extremo, concedía al deudor la posibilidad de elegir entre la cesión voluntaria de todos sus bienes o la prisión indefinida en manos del juez (En *La prisión...cit.*; p. 373). Añado yo que la prisión, coactiva de la cesión, era una forma indirecta de compeler a pagar. Por lo mismo, la cesión de bienes cumplía la labor de declaración del alcance del patrimonio del ejecutado, de forma que ahorra la actividad de búsqueda de bienes (con la lógica atención al posible fraude).

³⁸ El ámbito de actuación de la prisión se limitó considerablemente en las Partidas. Así, quedó eliminada la prisión que aseguraba la presencia del demandado, sustituida por el *assentamiento* de los bienes (Part. III, Tít. VIII) o fianza de estar a derecho, si carecía de bienes. En defecto de ambos, bastaba el juramento del demandado de estar a derecho, *fasta que el pleyto sea acabado por juyzio*. Part. III, Tít. II, ley 41.

³⁹ TOMAS y VALIENTE, F.; *La prisión...cit.*; p. 370.

valente pecuniario de la prestación originaria.⁴⁰ El Maestro JACOBO de las LEYES, sobre cuya autoría de la Partida Tercera se hacen cábalas⁴¹, señalaba que, en la sustitución de la entrega devenida imposible por el equivalente monetario, el ejecutante tenía la facultad de estimar a cuánto ascendía el montante⁴². La estimación por el ejecutante se remonta a la institución del

⁴⁰ Part. V, Tit. XIV, ley 3: *Como deven fazer la paga, o el quitamiento, e a quien, e de que cosas: Pagamiento de las debdas deve ser fecho a aquellos que las han de recibir, e deve se fazer de tales cosas, como fueron puestas, e prometidas en el pleyto, quando lo fizieron, e non de otras, si non quisiere aquel a quien fazen la paga. Pero si acaesciesse, que el debdor non pudiesse pagar aquellas cosas que prometiera, bien puede darle entrega de otras a bien vista del Judgador.* Ottrosi dezimos, que si el que oviesse fecho pleyto de fazer alguna cosa, e non lo pudiesse fazer en la manera que avia prometido, que deve cumplir de otra guisa el pleyto, segun su alvedrio del Judgador del lugar. E deve pecharle el daño, e el menoscabo que le vino por razon que non fizo aquella cosa, assi como prometio. E non tan solamente es quitto ome de lo que deve, faziendo paga dello por si mismo, mas faziendola aun otro qualquier por el en su nome. E maguer aquel que deve aquel debdo, no supiesse que otro fazia la paga por el, con todo esso sería quitto. E aunque lo supiesse, elo contradixesse.

⁴¹ De hecho, la obra, el *Doctrinal que compuso... para Bonajunta su fijo*, escrito con posterioridad a las Partidas, ha sido considerado un autoplagio. Vid. UREÑA y SMENJAUD, R.-BONILLA y SAN MARTIN, A.; *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes*. Madrid, 1924, pp. XIV-XV y 185-376. Sobre ejecución vid. pp. 371-376. PEREZ MARTIN opina que el *Doctrinal* pudo ser “una primera redacción de lo que después sería la Tercera Partida”. *El ordo iudiciarius “Ad summariam notitiam” y sus derivados*. En *H.I.D.*; n.º 8, Sevilla, 1981, pp. 234-235. Sobre la autoría de las Partidas, vid. MARTINEZ MARINA, F.; *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla*. 3ª ed., Madrid, 1845, p.289; UREÑA, R.; *Obras del Maestro...cit.*; p. XII.

A las obras del Maestro JACOBO de las LEYES, pues, es preciso acudir para conocer bajo qué criterios se elaboraron las Partidas. Su composición más interesante se encuentra en las *Flores del Derecho*, cuya fecha de redacción es anterior a la de las Partidas (Reinaba el rey Fernando III. Vid. UREÑA, R.; *Obras del Maestro...cit.*; p. XII). En esta obra se planteó la ejecución en el Título III: *De como se deven conplir las sentencias delas quales non es appellado, nen se puede appellar nen enbargar*. JACOBO de las LEYES sistematizó las formas de ejecución atendiendo al tipo de acción, si era real o personal, siguiendo el criterio romano. Las soluciones ejecutivas ofrecidas en este título se trasladaron a las Partidas, como se puede comprobar, pero sin guardar la sistemática que utilizó en las *Flores del Derecho*, aunque se puede observar que la idea subyacente en la ordenación legal era la distinción entre acciones reales y personales. En este sentido, el texto legal presumía la ejecución *in natura* de las acciones reales, frente a las deudas, que se debían cumplir como se prometieron, pero, de no ser posible, se acudía a la indemnización pecuniaria.

⁴² UREÑA, R.; *Las obras del Maestro...cit.*; pp. 179-182. Part. V, Tit. XIII; ley 19: *Seyendo un ome tenedor de una cosa, diziendo otro alguno, que aquella cosa que gelo empeñara aquel cuya era; si despues que gelo oviesse provado, aquel que fuesse tenedor della engañosamente la traspusiesse, diziendo que la non podía aver; estonce el judgador deve mandar al que la demanda que jure quanto daño, o menoscabo le viene, porque non le entregue aquella cosa. E por quanto jurare, deve mandar al otro, que gelo peche con ela debda que le devia. Pero el Alcalde deve primeramente tassar la estimacion del tal daño, o menoscabo, ante que otorgue la jura a la otra parte. Mas si acaesciesse que la cosa empeñada se perdiessse, por culpa de aquel que era tenedor della, e non por engaño que el fiziesse, entonce non le*

iusiurandum in litem romano que, aparte sus posibles tintes coercitivos para el deudor reticente, se utilizaba para determinar el valor de una cosa con la que el *arbiter* no tuvo contacto y, por tanto, estaba imposibilitado para valorar⁴³. En cualquier caso, el ejecutado se hacfa cargo, adem4s, de la indemnizaci3n por los daos y menoscabos consecuencia de su incumplimiento⁴⁴.

A pesar de que, en las Partidas, el recurso a la prisi3n se hallaba limitado, este medio ejecutivo perduraba, en la medida en que lo hacfan algunas disposiciones de Derecho local, y se dictaban, posteriormente, nuevas leyes sobre la misma. Se trataba de un medio subsidiario a la ejecuci3n patrimonial forzosa, que operaba como prisi3n-servidumbre, en caso de insolvencia del ejecutado⁴⁵, o de que los bienes cedidos hubieren resultado insuficientes para cubrir sus deudas⁴⁶. Era tambi3n un medio de coacci3n de la voluntad del ejecutado, a fin de que cediese sus bienes para ejecuci3n, y de que entregase fiador de saneamiento de los bienes inmuebles sujetos a la ejecuci3n⁴⁷. La disposici3n de este mecanismo buscaba la propia ejecuci3n

deve mandar pechar, mas de aquello que avia sobre ella. E si por aventura non fuesse la cosa traspuesta engañosamente, nin perdida por culpa del que la tenia, mas seyendo tenedor non la quisiesse entregar; estonce en su es cogencia es, del que la demanda, de jurar por ella, segun que es sobredicho, e pechargela ha con los daos, e los menoscabos; o de pedir al Judgador, que gela tuelga por fuerça, e que le entregue della. Mas si la cosa fuesse en tal lugar, que aviendo voluntad de la dar, non lo pudiesse fazer; entonce non lo deve condenar en ninguna de las maneras sobredichas, pues que por su engaño non fue traspuesta. Mas deve tomar tal recabdo del, que la aduzga a algun dia señalado, e la entregue a aquel que la tenia en peños, o que pague la debda, que el otro avia sobre ella. Esso mismo dezimos que deve ser guardado en todas las cosas sobredichas en esta ley, si alguna dellas fiziesse aquel mismo, que oviesse empeñado la cosa.

⁴³ Vid. *supra* pp. 44-45.

⁴⁴ Part. V, Tít. XIV, ley 3. Vid. nota 156.

⁴⁵ La posibilidad de acudir a la servidumbre del deudor se asentaba en la ley 2, Tít. VIII, Lib. III del Fuero Real.

⁴⁶ La cesi3n de bienes, en Partidas, suponfa la liberaci3n del deudor, pero el fraude que generaba fue la causa de la ley de Enrique IV, en 1458, y de las pragmáticas de los Reyes Cat3licos, que ligaban a la cesi3n infructuosa de los bienes la servidumbre sucesiva del deudor, hasta pagar a todos sus acreedores. Las mismas pragmáticas denunciaban la situaci3n de ineficacia de la prisi3n y la cesi3n de bienes, una vez que el deudor hall3 la forma de burlar a sus acreedores, simulando un acreedor preferente que no ejercfa el vnculo de servidumbre. Para contrarrestar el problema de deudor insolvente que continuaba contratando en el tr4fico jurfdico, en perjuicio de otros acreedores, se dispuso, como medida de publicidad de su situaci3n de insolvencia, que el deudor portase una argolla de hierro por encima de la ropa y plenamente visible. Vid. TOMAS y VALIENTE, F.; *La prisi3n...cit.*; pp. 379-400.

⁴⁷ Pragmática de Felipe II, de 1566. Vid. ALONSO ROMERO, M.P.; *Theoria y praxis en la enseanza del derecho: Tratados y prácticas procesales en la Universidad de Salamanca a*

in natura: las consecuencias gravosas, que acarreaba la inejecución para el ejecutado, favorecían el cumplimiento espontáneo. La desaparición de la institución derivó de la progresiva ampliación de las exenciones legales, hasta que, prácticamente, en el siglo XVII, su utilización era testimonial, dada su extraordinaria limitación⁴⁸.

En aras de la economía y la claridad, se intentó dar regulaciones generales, pero no llegaron a derogar las Partidas. Primero fue la Nueva Recopilación (1567) y, ya en el siglo XIX, la Novísima Recopilación (1805). Interesa destacar una disposición de la Nueva Recopilación que, luego, pasa a la Novísima. Esta ley se dictó con la intención de reforzar la fuerza ejecutiva de las resoluciones judiciales, penando cualquier tipo de resistencia a la ejecución judicial⁴⁹. Además, se produjo la importantísima aparición del juicio ejecutivo en el panorama jurídico, que motivó una reorganización sistemática que ha afectado a la actual estructura procesal ejecutiva⁵⁰.

mediados del siglo XVI. En A.H.D.E., Madrid, 1991 (LX), donde la autora transcribe el *Orden de proceder en las causas civiles y de apelación y ejecución de sentencia y de la cession de bienes. Yten del modo que se guarda en las causas criminales a petición o de officio y del tormento*; obra jurídica compuesta por el Doctor PERALTA, Catedrático de Prima de Salamanca en la segunda mitad del s. XVI, y que combina la teoría con la práctica judicial. En dicho *Orden* encuentra cabida la ejecución y en tal contexto señala que el juez "manda que nombre bienes con fiança de saneamiento, [f. 74 v.] juxta l. 2, ttº 15, lib. 2 Fori, l 13, ttº 14, lib. 6 Ordin. y si no paga ni nombra bienes, el juez manda que lo echen preso hasta que pague, l. 1, ttº 20, lib. 3 Fori, l3, ttº 20 vel 23, lib. 8 Ord., dd. in l. tutor § gre tutori de suspéctis tutor glo. in l. 3 eod. ttº. (...). Y quando nombra bienes y los afiança, no le deve prender el juez, l. nemo carcerem C. de exactio. tribut. lib. 10, Ferrara in praxi in forma exequendae sententie diffinitive vers. amplius queritur" (pp. 489-491).

⁴⁸ En el siglo XVII, desapareció de la práctica la prisión-servidumbre, aunque la prisión coactiva aún perduró durante el siglo XVIII y, quizás, principios del XIX (Recordemos que su labor era compeler al ejecutado a que hiciese cesión de bienes u otorgase fiador de saneamiento). La total desaparición vino de la mano de las numerosas exenciones legales, y, formalmente, la servidumbre ya no se contemplaba en la Novísima Recopilación. Este cuerpo normativo, sin embargo, no derogó las leyes referidas a la prisión coactiva que sí fueron eliminadas por la LEC de 1855. Vid. TOMAS y VALIENTE, F.; *La prisión..cit.*; pp. 409-421, y 431-435.

⁴⁹ Nueva Recopilación (Lib. IV, tit. XVII, ley 8). Se reprodujo en Novísima Recopilación (Lib. XI, tit. XVII, ley 2): "*Pena del que impida la execucion de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada: Ninguno ni alguno sea osado de impedir con osadía loca, por fuerza y con armas, contradecir, ó defender ó impedir la execucion de las sentencias que son pasadas en cosa juzgada; y si alguno lo tal hiciere, mandamos, que allende de las otras penas en Derecho establecidas, que pierda la mitad de sus bienes, y sean aplicados á la nuestra Cámara.*"

⁵⁰ El juicio ejecutivo nació íntimamente ligado al tráfico jurídico-mercantil y a la rapidez de exigen las relaciones comerciales. No es extraño, entonces, que se desarrollara especialmente en Italia. Su punto de partida fue el principio romano *confessus pro iudicato habetur*. Finalmente se desarrolló la teoría de los títulos ejecutivos. En España, aunque la primera

Por 3ltimo, es posible conocer la situaci3n en que se hallaba la ejecuci3n inmediatamente despu3s de la promulgaci3n de la Nueva Recopilaci3n a trav3s de la HEVIA DE BOLAÑOS⁵¹. En la *Curia Philipica* aparece una mayor atenci3n al caso particular y una comprensi3n de la adaptabilidad de la ejecuci3n a la obligaci3n contenida en el t3tulo. Bajo el ep3grafe *Mandamiento de execucion* se explicitaban las diversas condenas que pod3an requerir el empleo de la *potestas* del juez para su satisfacci3n. El mandamiento era distinto seg3n el tipo de condena.

En fase de ejecuci3n, el autor diferencia entre obligaciones de dar, hacer y de dinero o "gen3ricas"⁵². En especial, HEVIA fue sumamente expl3cito en la ejecuci3n de dar. Se ocup3, por una parte, de la ejecuci3n por entrega de bienes muebles y ra3ces⁵³; y, de otra, su previsi3n alcanz3 a la entrega de

disposici3n sobre el mismo est3 contenida en el Ordenamiento sobre Administraci3n de Justicia dada por Pedro I a Sevilla en 1360 y en la ley dada a Sevilla por Enrique III el 20 de mayo de 1396, esta 3ltima con vigencia general para toda Castilla despu3s de ser recogida en 1480 por la *lex Toletana*, se ha tratado de localizar antecedentes en nuestra propia tradici3n. Vid. FAIREN GUILLEN, V.; *Un nuevo descubrimiento sobre la Historia del Juicio Ejecutivo en Espa3a. El Ordenamiento Procesal sevillano de 1360*. En R.D.P., n3 2, 1950, pp. 313-348; GREGORIO-ROCASOLANO y TURMO, C.; *El juicio sumario ejecutivo en los fueros y observancias del Reino de Arag3n*. En A.D.A., n3 3, 1946, pp. 157-221. Refleja el desarrollo de un juicio ejecutivo en Arag3n, MOTIS DOLADER, M.A.; *Procesos de ejecuci3n de deudas sustanciados ante los Justicias locales en Arag3n (siglo XV)*. En A.J.E.E., 1993, pp. 315-369. LUMBRERAS VALIENTE, P.; *Aportaci3n a la historia del juicio ejecutivo en el Derecho patrio*. En R.D.P., 1960, pp. 243-252; PEREZ GORDO, A.; *Contribuci3n al estudio de la historia del t3tulo ejecutivo*. En R.D.P., 1972, pp. 165-185; MONTERO AROCA, J.; *La herencia procesal espa3ola*. Ed. Universidad Aut3noma de M3xico, 1994, pp. 81-89; CASTILLEJO MANZANARES, R.; *El juicio ejecutivo basado en p3lizas bancarias*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 19-26;.

⁵¹ HEVIA de BOLAÑOS; *Curia Philipica*. T. I, Madrid, 1797. La primera impresi3n fue hecha en 1603. Otros autores se ocuparon menos de la ejecuci3n, por ejemplo, VILLADIEGO VASCUÑANA y MONTOYA en su obra *Instrucci3n pol3tica y pr3ctica judicial* 3nicamente trat3 de los t3tulos ejecutivos y los tr3mites consiguientes. En general, la doctrina se ocup3 poco de la ejecuci3n. As3, cuando se abord3 la disecci3n del proceso en partes, en *tiempos*, no se cont3 con la ejecuci3n. 3nicamente el *Ordo iudiciarius quoniam plerique* de MART3N DE FANO y *De como se parten los pleytos en diez tiempos* del doctor INFANTE, inclu3an la *executio* en su estudio sobre los tiempos en que el juicio se divid3a (*cit.* PEREZ MART3N, A.; *El ordo iudiciarius...cit.*; pp. 244-245).

⁵² "Quando se pide execucion por deuda quantiosa, o gen3rica, que se debe de alguna cantidad, o g3nero, se procede en la execucion por prisi3n del deudor, y sequestro de sus bienes, venta y remate solemne de ellos". El "g3nero" implicaba en este apartado ejecuci3n de obligaci3n de dar cosa gen3rica por medio de los tr3mites del procedimiento de apremio. HEVIA; *Curia Philipica*. *Cit.*; p. 132. En seguimiento de la concepci3n romana del *dare*, la ejecuci3n de prestaciones de entrega de cosa gen3rica se hac3a, por un lado, como una prestaci3n pecuniaria, y de otro lado, como una prestaci3n de hacer.

⁵³ "Quando se pide execucion, o posesi3n de cosa cierta en especie, que se ha de entregar, el Juez manda al executado que la entregue, y le compele, y apremia a ello, y se entrega, y

derechos incorporeales: *Tratandose de execucion de derechos incorporeales, como de presentar, o elegir, no es necesario real posesion, ni execucion, sino que la Parte a quien competen puede de su autoridad usar de su derecho, segun Innocencio, y Baldo*⁵⁴. Los medios ejecutivos empleados por los tribunales eran los contenidos en Partidas y Nueva Recopilación.

La ejecución de condenas de hacer se contemplaban de la siguiente forma: *Quando se trata de algun hecho personal, que hay obligacion precisa de hacer la persona, o depósito que se debe entregar, ó restituir, ha de ser compeldida á ello por prision, seqüestro y toma de bienes, y siendo necesario, venta, y remate de ellos, hasta que lo cumpla, segun, Montalvo, y Avendaño*⁵⁵.

La prisión, a que se refería HEVIA, era la prisión coactiva de la voluntad del ejecutado a que pagase o prestase fianza *de saneamiento de que los bienes executados serán ciertos y seguros, y valdrán la quantía al tiempo del remate*⁵⁶. Se puede concluir que, en estas fechas, se ha consumado la desaparición de la servidumbre del ejecutado, aunque se mantenía la prisión coactiva; esto es, dirigida a compeler al ejecutado que no pagaba, a hacer cesión de sus bienes, y a dar fiador de saneamiento de los inmuebles, que pasaban a subasta.

6. La Codificación

En el siglo XIX, después del fracaso compilatorio y sistemático que supuso en su momento la Novísima Recopilación, se sintió la necesidad de elaborar un nuevo procedimiento, vista la incerteza que reinaba en el foro a causa de la dispersión legal y siguiendo la línea codificadora que se expandía

da posesion de ella al executante, sin ser necesario mas diligencia: lo qual puede hacer (siendo necesario) aunque sea con gente armada, segun unas leyes de Partida, y otra de la Recopilacion. HEVIA; *Curia Philipica. Cit.*; p. 132.

⁵⁴ HEVIA; *Curia Philipica. Cit.*; p. 132.

⁵⁵ HEVIA; *Curia Philipica. Cit.*; p. 132. La expresión "hasta que lo cumpla" hace pensar que no se trataba simplemente de la sustitución por el equivalente pecuniario, sino de medios de coacción parecidos a las *contrainte* y *astreinte* del Derecho francés.

⁵⁶ El apartado que HEVIA dedicó a la prisión se llenó prácticamente con las exenciones de prisión. Proliferaron tanto estas exenciones que la regla se hizo excepción y, aunque se conservara su mención en los textos legales, a finales del siglo XVIII ya no se usaba la prisión por deudas. HEVIA de BOLAÑOS; *Curia Philipica. Cit.*; pp. 142-147. TOMAS y VALIENTE; *La prisión por deudas...cit.*; pp.431-435.

por toda Europa. En España se inauguró este afán con la ley de Enjuiciamiento de las Causas y Negocios de comercio de 1830. Esta regulaba un juicio sumario ejecutivo y entre los títulos por los cuales éste se podía iniciar se especificaba “la sentencia judicial ejecutoriada que condena a la entrega de algunos efectos de comercio, o al pago de cantidad determinada”⁵⁷, manteniendo la unidad de procedimiento entre títulos jurisdiccionales y extra-jurisdiccionales que se observaba ya en la *lex Toletana* de 1480. Poco después se dictó la ley de 10 de enero de 1838, antecedente del juicio de menor cuantía contenido en la LEC de 1855. Esta ley preveía una ejecución sumamente expeditiva de las sentencias, puesto que prescindía de las excepciones del juicio ejecutivo⁵⁸.

El caos legislativo exigía una inmediata reorganización de los procedimientos. A esa exigencia trató de dar respuesta la Instrucción de procedimiento civil de 30 de noviembre de 1853, conocida como “Instrucción del Marqués de Girona” por su redactor, Don José de CASTRO y OROZCO. Esta Instrucción, hecha con las mejores intenciones, no cuajó debido a las enemistades políticas de su redactor y al escaso tacto que éste tuvo atacando las irregularidades del foro, donde fue muy mal acogida⁵⁹. Con este antecedente tan próximo surgió la ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855, que entró en vigor el 1 de enero de 1856⁶⁰.

⁵⁷ Art. 306.1 Ley de Enjuiciamiento para los Negocios y causas de comercio. Vid. FAIREN GUILLEN, V.; *La ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*. En *Temas del ordenamiento procesal*. T. I; Tecnos, Madrid, 1969, pp.67-71.

⁵⁸ Art. 24 de ley 1838: “En la ejecución de la sentencia y en la exacción de las costas procederá el juez de plano, sin permitir gastos ni dilaciones que puedan escusarse. Para ello, si requerido el deudor no pagase dentro de dos días, se embargarán y venderán en almoneda pública bienes suficientes, los muebles a los tres días y los raíces a los nueve, pregonándolos de tres en tres” FERNANDEZ de la HOZ; *Código de procedimientos civiles*. Madrid, 1843, p. 76; FAIREN GUILLEN da cuenta de la discusión entre la doctrina de la época sobre cual procedimiento se debía seguir, si el general del juicio ejecutivo o éste. El da su voto de favor a los autores que se pronunciaban por la ejecución a través de la ley de 1838 en aras de la economía procesal. *La ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*. Cit.; pp. 79-87.

⁵⁹ PRIETO CASTRO, L.; *La Instrucción del Marqués de Girona “para arreglar el procedimiento de los negocios civiles con respecto a la Real Jurisdicción Ordinaria*. En R.G.L.J.; T. 193, 1953, pp. 114-133; FAIREN GUILLEN, V.; *La ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*. Cit.; pp. 90-97.

⁶⁰ Sobre la tramitación parlamentaria de la LEC de 1855 Vid. GUASP, J.; *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*. T. I, Aguilar editor, Madrid, 1943, pp. 50-53; FAIREN GUILLEN, V.; *La ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*. Cit.; pp. 97-102. El orgullo por la tradición histórica y el deseo expreso de que ésta se perpetuase imperaba entre quienes redactaron la ley. Vid. MONTERO AROCA, J.; *La ley de Enjuiciamiento civil española de 1855*. En *Estudios...cit.*; pp. 243-248.

En esta ley se creó la estructura ejecutiva que después había de pasar a la LEC de 1881, separando en dos títulos diferentes: la ejecución de sentencias y el juicio ejecutivo⁶¹. Se había hecho patente la diferencia entre una sentencia firme y un título extrajudicial que requería unas posibilidades de contradicción que excedían a las precisas en fase de ejecución de sentencia. Aquella había sido precedida de una fase declarativa en la que el derecho de defensa de las partes se hallaba plenamente respetado, por lo que no tenía sentido reabrir en ejecución una discusión ya cerrada⁶². El peso histórico de la regulación conjunta y la importancia práctica del juicio ejecutivo motivó un importante descuido legislativo en materia de ejecución de sentencias, donde no se previó de forma sistemática los cauces de oposición del ejecutado y se reguló el procedimiento de apremio a continuación del juicio ejecutivo, cuando su lógica posición estaba entre las disposiciones generales de la ejecución.

Las condenas no pecuniarias se contemplaban en el art. 895 LEC de 1855 que, a la vista de la imposibilidad de recoger toda la variedad de casos que la práctica puede generar, decía: "Si la sentencia contuviera condena de hacer o de no hacer, o de entregar alguna cosa, se procederá a darle cumplimiento empleando los medios necesarios al efecto", sin limitación alguna en cuanto a los que podían ser usados por los jueces de ejecución. Los dos artículos siguientes especificaban, para la ejecución de condenas de hacer y de no hacer, las medidas que se podían adoptar, pero sin limitar la adopción de otras que mejor pudieran convenir al caso concreto.

En cambio, a la ejecución de condenas de dar, no se le dedicaba ningún artículo específico, de forma que cabe entender que la ley se remitía al criterio del juez. De todas formas, éste contaba con la tradición legal que se había seguido en España y que los comentaristas de la LEC de 1855 se preocuparon

⁶¹ "Mas como la suposición y la presunción de la ley por importancia que se les dé, nunca pueden llegar a tener la fuerza de la verdad legal, no deben someterse a las mismas condiciones en su ejecución que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada los documentos y actos a que las leyes asimilan hasta cierto punto a la sentencia". GOMEZ de la SERNA, P.; *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Revista de Legislación, Madrid, 1857, p. 176.

⁶² Ello no es óbice para que el ejecutado precise defenderse, cuando el motivo de su oposición nace posteriormente al proceso de cognición, o afecta a la realización procesal y procedimental de la propia ejecución en marcha.

de recordar. La forma que, seguramente, se debía utilizar en la práctica consistía en requerimiento al deudor para que entregara en el plazo que se le fijara o, en otro caso, se procediera a poner en posesión de la cosa al ejecutante por el alguacil del juzgado, en presencia del escribano, empleando la fuerza si fuera preciso para encontrarla y quitársela al deudor. Si no pudiera ser habida, se acudía al resarcimiento de daños y perjuicios⁶³.

⁶³ La doctrina recoge la tradición anterior: "la misma parte a quien favorece solicitará que se lleve a efecto el juicio, y el juez accediendo a ello mandará, si la cosa litigiosa es mueble, que la entregue en el acto del requerimiento que al efecto se le haga, y cuando así no lo verifique, un alguacil o ministro del juzgado, y de su orden, asistido de escribano público, aprehenderá la cosa mueble de poder del vencido, usando en su caso de la fuerza publica, y será entregada al acreedor, haciéndose todo constar por diligencia en el proceso. Si la cosa disputada fuese raíz, como casa ó tierra, el juez dentro de los mismos tres días pondrá en posesion de ella a la parte, haciendo que se le entregue las llaves del edificio, y metiendo al interesado dentro de la tierra, en la que hará escavacion o algun otro acto inductivo de posesion". VERLANGA HUERTA, F.; *Tratado que continuando la jurisprudencia popular sobre pleitos de menor cuantía comprende el procedimiento correspondiente a los demás negocios civiles de la Jurisdicción ordinaria*. T. II, Madrid, 1841, pp. 11-12. MANRESA indica "que no se dan en la Ley reglas especiales para llevar á efecto las sentencias que condenen á la entrega de una cosa determinada, sin duda por haber creído suficiente la general del art. 895: el Juez por lo tanto procederá á darles cumplimiento empleando los medios necesarios al efecto, y hasta podrá hacer uso de fuerza armada, cuando sea de absoluta necesidad para que venza la justicia". Así, una vez que la parte interesada pida que se lleve a efecto la sentencia, el Juez debe hacer un requerimiento al deudor para que, en el plazo que al efecto le señale, entregue la cosa, "bajo apercibimiento de lo que haya lugar; y si no cumple, entonces el Juez lo hará ejecutar, empleando los medios necesarios al efecto. Si la cosa es mueble, mandará que se embargue, saque ó aprehenda por un alguacil con escribano y se entregue al dueño de ella: si fuere raíz, se dará á este judicialmente la posesión: si una cosa indeterminada de cierto género o especie, como cien fanegas de trigo, un caballo, etc..., se procederá al embargo y venta de bienes para entregar su valor al acreedor al precio corriente, ó según la estimación que regularmente se habrá fijado en la sentencia. Cuando por ocultación de la cosa, porque haya perecido, ó por otra causa, no sea posible la entrega material, esta obligación se convertirá con arreglo al derecho civil en la de resarcimiento de perjuicios, y se procederá como previene el art. 896 para el caso de inexecución de un hecho personalísimo". MANRESA y NAVARRO; *Ley de Enjuiciamiento civil ...cit.*; pp. 179-181; VICENTE y CARAVANTES equipara la ejecución de condena de dar a la ejecución de condena de hacer y prevé para ambas requerimiento y ejecución a costa del ejecutado si no quiere cumplir por sí mismo. En el caso de la entrega, el Juez debe enviar al alguacil a recoger la cosa para ponerla en manos del vencedor. *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*. T. IV, Madrid, 1858, p. 297. Sin embargo, GOMEZ de la SERNA no le dedica apenas espacio en su obra, limitándose a señalar dos tipos de procedimiento de ejecución: el seguido para ejecución de condenas al pago de cantidad líquida, y las restantes condenas que, en su caso, requerirán previa liquidación. *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales* (con J.M. MONTALBAN); T. 2, 2ª ed., Madrid, 1856, pp.363-371.

Entre la doctrina de la época alguna voz sugirió la posibilidad de utilizar medios penales para castigar al deudor por su desobediencia al mandamiento de ejecución de la autoridad judicial. Desaparecida la prisión por deudas⁶⁴, la compulsión personal del ejecutado no podía fundamentarse en el incumplimiento de una deuda civil. La necesidad de medidas coercitivas permanecía,

⁶⁴ La prisión por deudas, en el siglo XIX, ya había completado su proceso de desaparición. Aún así, el Proyecto de Código civil de 1851 contempló en el Título XXII del Libro III, el *Apremio personal* (arts. 1906-1919). GARCIA GOYENA, aunque consciente del desuso de la institución, apoyaba su utilización, después de un breve recorrido histórico, en la experiencia de Derecho comparado (Cerdeña, Francia e Inglaterra). El autor calificaba al apremio personal de "modo de la ejecución" (p. 973). En los arts. 1908-1910, se fijaban los casos en que procedía la adopción del apremio personal, entre los cuales "Para la ejecución de la sentencia en que se hubiere ordenado la entrega de cualesquiera bienes muebles, si el condenado a entregarlos no lo hiciere en el término que se señala en el Código de procedimientos civiles" (art. 1910. 1 del Proyecto). La limitación a los bienes muebles se hacía de forma consciente, en la medida en que "la entrega de bienes muebles ha de hacerse casi siempre por el condenado a ella, pues ordinariamente estarán en su poder, y le será fácil ocultarlos o trasponerlos. En los inmuebles sucede precisamente todo lo contrario, y la sola acción de la justicia basta para su entrega" (p. 976). En general, los casos se centraban en situaciones en que podía presumirse la mala fe del ejecutado. Además, se regulaban exenciones al apremio personal (arts. 1912-1914), se limitaba la duración temporal (máximo dos años, según el art. 1915), y se establecía una cuantía mínima para su adopción (art. 1917). Su forma dependía de la regulación del Código de procedimientos (art. 1919), pero siempre era necesario acordar su procedencia por providencia judicial, con audiencia del obligado (art. 1907). Vid. GARCIA GOYENA, F.; *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. s. e.; Zaragoza, 1974 (reimpresión de la edición de Madrid, 1852); pp. 972-981. GOMEZ de la SERNA se cuestionaba la reintroducción del apremio personal por deudas, entendiendo por tal "una coacción empleada para que pague la persona que se presenta como insolvente"; por tanto, no es una pena (En *¿Sería conveniente restablecer el apremio personal por deudas civiles?*. En R.G.L.J., T. XIX, 1861, pp. 102-114, en esp. 107). Tanto GARCIA GOYENA como GOMEZ de la SERNA se fundamentaban en la necesidad de hallar un mecanismo compulsorio que redujese la posibilidad de actuaciones fraudulentas en ejecución. Ambos autores tenían presente la experiencia francesa que, en esa época, mantenía la *contrainte pars corps* (arts. 2059-2070 *Code Napoléon*, derogados por ley de 22 julio 1867 que abolió la figura en materia civil y mercantil). La eliminación de la *contrainte* en Derecho francés fue consecuencia de la consolidación del principio *nemo praecise ad factum cogi potest*. En el s. XVI Antonius FABER, en Saboya, citó: **Nemo praecise potest cogi ad factum** quia sine vi et impressione id fieri non potest, ideoque in obligationibus facienda succedit praestatio eius quod interest. Recogido por POTHIER y, en consecuencia, plasmado en el *Code francés* (a través del cual su influencia también llega hasta nuestro derecho), esta máxima se comprendía como un límite importantísimo a la constricción personal al deudor en orden al cumplimiento. Así, el art. 1142 *Code Napoléon* declaraba: "Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur". Ahora bien, la admisión de la máxima no implicó la adopción de su interpretación más extrema: expresaba la incoercibilidad de las conductas de hacer personalísimas, pero se podía obtener la ejecución si el hacer no era personalísimo, a través de la realización de la prestación por otro (arts. 1143 y 1144 *Code Napoléon*); esto es, por subrogación.

bien por la existencia de conductas que precisan siempre la participación del ejecutado⁶⁵, bien para evitar la defraudación del ejecutante. Su empleo se apoyaba en la existencia de un interés general del ordenamiento. VICENTE y CARAVANTES reclamaba medidas coercitivas en el epígrafe referente a la "ejecución de sentencia sobre condena de hacer o no hacer o de entregar alguna cosa": "Conviene advertir aquí, que según el art. 174 del Código penal reformado se castiga como reo de sedición al que impide a cualquiera autoridad el libre ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de las providencias administrativas o judiciales"⁶⁶. No eran ajenos a esta idea quienes en la Nueva

La discusión en torno a dicha máxima comenzó, ya entre los glosadores, con la pregunta de cómo se ha de ejecutar la obligación del vendedor de entregar la cosa. Dependía de la naturaleza que se le atribuyese, si como obligación de dar o como obligación de hacer con tratamiento ejecutivo distinto, para considerar a aquella como coercible *manu militari*, como otro dar. Por otro lado, las obligaciones de hacer, incluidas las obligaciones de dar cosa determinada por el género, se suponían incoercibles como expresa la máxima. Como apunta BORRE, existía una carencia de originalidad en las soluciones dadas al incumplimiento, puesto que tampoco se preveían medidas subrogatorias. BORRE, G.; *Esecuzione forzata...cit.*; pp. 10-25; CATALA, Ch.; *La ejecución de las condenas de hacer y de no hacer*. Tesis inédita, Barcelona, 1996, pp. 25-31. Señala MAZZAMUTO (En *L'attuazione degli obblighi di fare*. Jovene, Nápoles, 1978, pp. 17-34) que la admisión de la coerción directa, *manu militari*, sobre el vendedor suponía una excepción a la regla ya formulada en el Derecho romano (D.XLII,1,13,1; aunque sin el alcance que adquirió durante el Derecho intermedio); esto es, aún partiendo de la incoercibilidad del *facere*, se admitía que la *traditio* era coercible. Se ha montado una teoría en torno a la distinta evolución de la cuestión de la incoercibilidad entre el ordenamiento francés y el ordenamiento alemán. En este último, el principio *nemo ad factum praecise cogi potest* no ha impedido el empleo de medidas coercitivas, frente al sistema francés. El autor, que liga estas medidas a la coacción a hacer o no hacer, considera que la distinta evolución se debe a que en Alemania el régimen feudal tuvo una pervivencia mayor que en Francia: las relaciones feudales no podían permitir la desobediencia a una condena de hacer o no hacer. CHIARLONI, S.; *Misure coercitive...cit.*; pp. 54-108.

Por otro lado, con acierto a mi entender, se ha apuntado que la razón de la persistencia de medidas coercitivas en Alemania frente a Francia se debe a la diversa concepción de la contumacia, aplicándose la regla *crescente contumacia crescere debet poena* en el primer país, mientras que en el segundo se la da una solución interna al proceso: *absens, in bona causa, vincet. Son sempre le fonti a riguardare in guisa di contumace tanto chi non compare in giudizio, quanto "qui ius dicent non obtemperaverit"*. COLESANTI, V.; *Misure coercitive e tutela dei diritti*. En R.D.P.; pp. 607-626, esp. 614-619.

⁶⁵ En 1915, ORTIZ ARCE hacía la siguiente observación: "Las reglas más importantes que da la ley son las que se refieren a las condenas de indemnización de daños y perjuicios; en ellas vienen a refundirse, según hemos visto, otras condenas; resultando, en definitiva, la verdadera garantía de la mayor parte de los deberes jurídicos que, por no ser coercibles directamente, reciben el calificativo de imperfectos". ORTIZ ARCE, D.-RIVES y MARTI, F.; *Contestación a las preguntas relativas a organización de tribunales y leyes de procedimiento*. Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1915, pp. 238-243; ORTIZ ARCE, D.; *Procedimientos judiciales*. Ed. Reus, Madrid, 1926, pp. 72-77.

⁶⁶ VICENTE y CARAVANTES; *Tratado histórico, crítico y filosófico...cit.*; T. IV, p. 297.

Recopilación establecían una pena para quien se resistiese a la ejecución⁶⁷. A partir de aquí la polémica estaba servida. NOUGUES SECALL se manifestó en contra, centrandó su rechazo en el carácter civil del pleito en el que se produce la desobediencia. Pero apuntaba que el juez podría imponer multas por la desobediencia a sus resoluciones⁶⁸.

Así las cosas, las opiniones doctrinales vertidas en España sobre el recurso a medidas penales para compeler al deudor, se pronunciaban en el marco de una sociedad en la que el cumplimiento exacto de las prestaciones a que se obligan las personas empezaba a ser importante para los ciudadanos; se ponía de relieve la existencia de un falta evidente de tutela. Contemporáneamente, y en respuesta a este problema, en Francia, donde el principio había sido plenamente acogido, la jurisprudencia desarrollaba el mecanismo de las *astreintes*, medida coercitiva de carácter patrimonial; en Alemania, la ZPO recogía medidas coercitivas como la multa y el arresto, para lograr la ejecución *in natura*, sin plantearse el límite a que aboca el principio *nemo praecise ad factum cogi potest*; en Inglaterra, frente a la insuficiencia de los medios ejecutivos empleados por el *common law*, se recurría a una figura propia de la *equity*, el *Contempt of court*, para lograr la tutela efectiva de todos los derechos que lo requieran. No es extraño, por consiguiente, que en España también surgieran partidarios de hallar una solución mejor que el automático resarcimiento de daños y perjuicios.

La LEC de 1855 fue elaborada bajo un prisma distinto del de la ley de 1838 y del la Instrucción del Marqués de Gerona. Estas últimas quisieron ser una ruptura con el pasado, habida cuenta la imprescindible necesidad de agilizar los procedimientos que se demoraban indefinidamente en los foros.

⁶⁷ Vid. nota 138.

⁶⁸ "Y si se observase una tenaz insistencia en quebrantar la ejecutoria y una rebeldía constante en desobedecer lo prescrito en el fallo, ¿podría formarse causa? ¿Podría a lo menos aplicarse al refractario la disposición contenida en el núm. 3º del ar. 494 del Código penal? Nosotros no creemos ni que pueda formarse causa, ni que pueda aplicarse este artículo del Código que se refiere a otro género de desobediencia. La de que tratamos es meramente civil: no es atentado ni desacato: claro es que por interpretación podría elevarse a aquella categoría, pero debe tenerse presente el artículo 19 del Código penal que determina que no serán castigados otros actos u omisiones, que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos o faltas. El juez, por lo tanto, se limitará en nuestro concepto **a imponer multas cuantas veces se quebrantase por el condenado la sentencia** haciendo este lo que se le prohibió que hiciera" NOUGUES SECALL, M.; *Tratado de práctica forense novísima*. Ed. El Faro nacional, Madrid, 1856, pp.365-366.

La LEC de 1855 no llevó sus aspiraciones más allá de la tradición. "No deben buscar en este proyecto los aficionados al estudio comparado de los códigos, grandes afinidades con los extranjeros; la comisión tuvo por punto de partida lo tradicional, lo español, lo consignado en nuestro foro, y procuró purificarlo en el crisol de la ciencia y perfeccionarlo dentro de sus mismas condiciones"⁶⁹. En estos términos se expresaba GOMEZ de la SERNA y, desde luego, son palabras plenamente aplicables a las normas de ejecución hechas mirando exclusivamente el derecho interno que se había magnificado.

No está de más resaltar las directrices confesadas a que se atuvieron los redactores de la LEC de 1855, ya que no muchas más ideas nuevas se introdujeron en la LEC de 1881. Y, por lo que respecta a la ejecución, es curioso constatar como ya se planteaban dilemas modernos inmediatamente después de la entrada en vigor de la "novísima" ley, dejando constancia de la ineficacia que arrastraba históricamente el proceso de ejecución y a la que no supo poner coto esta ley, en la medida en que no articuló, con amplitud y coherencia, un sistema ejecutivo que partiese de la ejecución *in natura* como regla general⁷⁰. Tampoco la jurisprudencia estuvo a la altura. La Ley procesal de 1855 acertaba con la previsión de una cláusula general, el art. 895, que dejaba un amplio margen de maniobra al ejecutor. Pero la jurisprudencia no supo, o no quiso, seguir la estela de la jurisprudencia francesa. Luego, esta posibilidad fue truncada por la LEC de 1881, cuyo art. 923. I, trasunto del art. 895, limitaba la adopción de las diligencias conducentes a las previstas en la ley, sin ofrecer un elenco adecuado⁷¹. Así, se puede constatar, de un lado, lo absurdo de una regulación exhaustiva en un ámbito de una amplitud que escapa a todo intento de sistematizar los diferentes supuestos⁷²; y, de otro, la ausencia de mecanismos generales y de múltiple funcionalidad, de

⁶⁹ GOMEZ de la SERNA; *Motivos de las variaciones principales...cit.*; p.VIII.

⁷⁰ Vid. los testimonios que GARRETA SOLE recoge (en *El arresto del quebrado*. Librería Bosch, Barcelona, 1979, pp. 57-66) a favor del restablecimiento de la prisión por deudas como medio de coacción al cumplimiento y para evitar el fraude a los acreedores. Incluye editoriales de *El Faro Nacional* y el texto del Proyecto de Ley sobre prisión por deudas de 10 de agosto de 1854.

⁷¹ "La penuria legislativa de las normas reguladoras de la ejecución de sentencias de contenido no dinerario ha ocasionado (digámoslo en el tono más tajante) desconcierto y contradicciones insalvables a la hora de llevar a efecto las ejecutorias". TAPIA FERNANDEZ, I.; *Las condenas no pecuniarias*. Universidad de Palma de Mallorca, 1984, p. 102.

⁷² MORENO CATENA, V.; *Derecho procesal civil*. Cólax, Madrid, 1996, p. 416.

los que pudiera echar mano el ejecutor, según las peculiaridades del caso concreto⁷³.

Por lo demás, era una ley que tampoco supo mirar al Derecho comparado para perfeccionarse, en materia de ejecución, por lo que debe complementarse con las disposiciones del Código civil de 1889, que asume los postulados franceses, y ampliaba sus posibilidades de alcanzar el cumplimiento *in natura*⁷⁴. Se ha dicho que el Código civil supone un salto cualitativo en la tutela del derecho frente al estancamiento de la Ley procesal de 1881. En realidad, el salto cualitativo se habría producido si el Código hubiera superado el principio *nemo ad factum praecise cogi factum*, pero su regulación sólo conduce a un perfeccionamiento de la ejecución por subrogación, en la misma línea de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Después de la promulgación de la LEC de 1855 se hicieron algunas modificaciones y reformas debido a los defectos que ésta contenía⁷⁵, pero fue especialmente determinante de la redacción de la LEC de 1881 el Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868 que derogó la Ley de enjuiciamiento de las Causas y Negocios de comercio de 1830 y remitió toda clase de juicios a las normas de la LEC de 1855. De esta forma se prescindió de una parte de nuestra tradición que recogía los mejores principios procesales que atendían a la rapidez que requiere el tráfico mercantil y cuya presencia en el proceso civil hubiera supuesto, no sólo ponerse a la altura de las restantes legislaciones europeas, sino también un importante avance en materia de justicia y la evitación de los múltiples procesos especiales, que trataban de sustraerse a la lentitud del proceso ordinario.

Se mantuvieron en vigor ciertas partes de la ley de 1830 y se pensó en introducir esas normas *extra vagantes* en la LEC de 1855, pero sin alterar nada sustancial respecto a esta última. A través de la ley de 30 de diciembre

⁷³ Y estoy pensando en las *astreintes*.

⁷⁴ Se prevé la posibilidad de deshacer lo mal hecho (arts. 1098 y 1099 CC).

⁷⁵ En materia ejecutiva se dictó, en concreto, el Decreto-ley de 5 de febrero 1869 y la ley de 2 de diciembre 1872 sobre procedimiento ejecutivo a favor de las sociedades de crédito territorial; y la ley de 9 de julio 1877 sobre ejecución de sentencias. Esta última fue introducida en la LEC 1855 (Base 2ª, número 5º). Otro de sus objetivos fue la admisión de la acción ejecutiva por deudas en especie liquidables (Base 11ª) que hoy se incluye en el art. 1435 LEC 1881. Además, el art. 6 de la ley de 22 de abril de 1878 introdujo entre las resoluciones susceptibles de casación los autos de ejecución en ciertas condiciones que hoy se detallan en el art. 1687. 2º LEC 1881.

de 1878, se autorizó al Ministerio de Gracia y Justicia a editar una nueva LEC, suprimiendo lo derogado y haciendo las alteraciones pertinentes para incluir esas normas vigentes pero externas a la misma. Fue el punto de partida para reformar ciertas partes de la LEC, en lugar de hacer una re-edición. El 2 de febrero de 1880 se presentó el proyecto de Ley de Bases “para la reforma de la ley de Enjuiciamiento civil” y el 21 de junio se dictaba la Ley de Bases⁷⁶.

La LEC de 3 de febrero de 1881 se convirtió en el núcleo fundamental sobre el que se asentaba la ejecución procesal⁷⁷. Con esta ley no se pretendía en absoluto cambiar las directrices de la anterior. Al contrario, sólo reformas puntuales. El último artículo de la LEC exceptuó de la derogación general “las reglas de procedimiento civil establecidas por Ley Hipotecaria y demás Leyes especiales”. Entre éstas últimas, en el momento de la promulgación de la ley, se encontraba la ley de 12 de noviembre de 1869 que regulaba el procedimiento en las ejecuciones y quiebras de las Compañías de Ferrocarriles, canales y otras obras públicas análogas. Con la publicación del Código de Comercio, se hizo extensivo ese procedimiento a las demás obras de servicio público, general, provincial y municipal⁷⁸. El núcleo de la ejecución pasó a residir en la LEC, a la que se le fueron añadiendo posteriormente otras disposiciones que la completaban⁷⁹.

Las disquisiciones doctrinales en torno al proceso de ejecución comenzaron a tener entidad y profundidad cuando ya se había consolidado el Derecho procesal como un sector independiente del ordenamiento jurídico. Los libros de “Procedimientos judiciales”, que cubrían el programa de la correspondiente disciplina en el ámbito universitario, situaban a la ejecución como una fase más del juicio, pero el análisis de esta fase se reducía a la

⁷⁶ Vid. MONTERO AROCA, J.; *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*. Civitas, Madrid, 1982, pp.53-58.

⁷⁷ “En materia de ejecución, la vigente Ley de Enjuiciamiento civil se inspiró fundamentalmente en la ley de Enjuiciamiento de Causas y Negocios de Comercio de 1830 y poco más hizo que refundir (con muy escasa fortuna), los preceptos de ésta con los de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855. Tanto la Instrucción del Marqués de Gerona (1853) como la Ley de Bases de 1880 son muy parcas en materia de ejecución”. FERNANDEZ, M.A.; *El proceso de ejecución*. p. 17.

⁷⁸ FABREGA Y CORTES, M.; *Apuntes de procedimientos judiciales*. Barcelona, 1907, p. 16.

⁷⁹ Diversas leyes dedicaban preceptos tanto a la ejecución como al juicio ejecutivo. Por ejemplo, el Código civil, la Ley de Arbitraje, la Ley de Sociedades Anónimas, la Ley Cambiaria y del Cheque, etc...

exégesis de las normas que la regulaban⁸⁰. Es posteriormente, con la autonomía científica que alcanza la materia y con la asimilación de conceptos e investigaciones desarrolladas en el extranjero, cuando la ejecución abandona paulatinamente su situación de “cenicienta del derecho”.

7. La Constitución de 1978

La promulgación de la Constitución de 1978 trae consigo la exigencia de reinterpretación de la Ley procesal de 1881, la cual tiene como piedra de toque el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE. Su influencia es decisiva en la medida en que, siendo la ley decimonónica proclive a la transformación de las condenas no dinerarias en su equivalente pecuniario, la interpretación que el Tribunal Constitucional hace del art. 24 CE concluye que el derecho a la ejecución forma parte de su contenido esencial, y lo que es más relevante, que esa ejecución ha de practicarse en los propios términos de la condena (art. 18.2 LOPJ), ha de cumplirse *in natura*⁸¹.

⁸⁰ LASTRES únicamente señala que “si la sentencia contuviere condena de hacer, ó de no hacer, ó de entregar alguna cosa o de cantidad ilíquida, se procederá a cumplimentarla dentro del plazo que el juez señale”. LASTRES, F.; *Procedimientos civiles y criminales*. 9ª ed., Madrid, 1887, pp. 289-290 y p. 367; FABREGA distinguía las siguientes fases del juicio: demanda, defensa, instrucción, sentencia, impugnación de la sentencia y ejecución. “Una sola regla basta para caracterizar esta fase del juicio (la ejecución), y es que deben causarse al vencido las menores molestias posibles, sin perjuicio del derecho del vencedor. (...) debe el vencedor percibir el fruto de su victoria, pero debe hacerse con los menores gastos y vejámenes posibles para el vencido (...)”. FABREGA Y CORTES, M.; *Apuntes de procedimientos...cit.*; pp. 315-327. SALA Y ROVIRA, J.M.-VERGES Y MOREU, P.; *El procurador de los Tribunales*. 2ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1924, p. 125. Otros autores excluyen a la ejecución de las partes del juicio porque no siempre es necesaria. Son complemento de los juicios, que no intrínsecos, el período preparatorio y el de ejecución de los juicios. GUTIERREZ-CAÑAS GUTIERREZ, D.; *Ensayo sobre la filosofía del procedimiento judicial, la técnica y la moral en el foro*. T. I, Valladolid, 1900, pp. 162-169 y 186-190; PALACIOS Y HERRAZ, Q.-MIGUEL Y ROMERO, M.; *Tratado de procedimientos judiciales*. 2ª ed.; Valladolid, 1925, p. 461. Estos autores, PALACIOS y MIGUEL, trataron con más amplitud la ejecución, apuntando que “comprende el procedimiento de ejecución de sentencia, la serie de actuaciones judiciales que se practican a instancia del vencedor o del vencido, para llevar a efecto los derechos declarados en aquélla”. De este modo, toman partido en la polémica en la interpretación del art. 919, “a instancia de parte”, entre autores que entendían “parte interesada” y quienes, como ellos, siguen el criterio jurisprudencial (sentencia 19 de mayo de 1884), que permite al ejecutado tomar la iniciativa (pp. 731-739).

⁸¹ Vid. entre otras, SSTC 32/1982, de 7 junio (BOE 26/6/82); 125/1987, de 25 julio (BOE 29/7/87); 167/1987, de 28 octubre (BOE 21/11/87); 219/1994, de 18 julio (BOE 18/8/949, 18/1997, de 10 febrero (BOE 14/3/97).

La primera consecuencia es que se entiende superada la restricción que el art. 923,I LEC 1881 imponía al juez de la ejecución en cuanto a los medios ejecutivos⁸². En todo caso, es preciso destacar que el tenor legal del art. 926 LEC 1881 era tan amplio que para la modalidad ejecutiva que allí se contemplaba dicha restricción nunca ha regido: “Cuando en virtud de la sentencia deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble, se procederá inmediatamente a ponerlo en posesión de la misma, *practicando a este fin las diligencias conducentes que solicite el interesado*”.

La determinación constitucional también sirvió para apoyar la introducción de medidas coercitivas en el ámbito civil, de carácter patrimonial y, también, personal. En este sentido, la doctrina sugería la utilización con fines coercitivos del delito de desobediencia a la autoridad judicial, previsto en el art. 556 Código penal⁸³. Se trataba de requerir tal comportamiento del ejecutado bajo la amenaza de que su reticencia podría conducir al juez a denunciar su actitud en un proceso penal. De este modo se articula una medida coercitiva que se justifica porque contribuye al buen funcionamiento de los Poderes públicos, de la Justicia en cuanto que ayuda a la eficacia del proceso al proporcionar al juez un mecanismo que induzca al ejecutado a cumplir con sus obligaciones procesales. En lo que atañe a la ejecución de condenas de dar, esta posibilidad se revela útil cuando se precisa localizar el bien mueble que se ha de poner en posesión del ejecutante, aunque también cuando la

⁸² Vid. TAPIA FERNÁNDEZ, I.; *Las condenas no pecuniarias*, Universidad de Palma de Mallorca, 1981, pp. 99-101, ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; *Las astreintes*, EDESA, Madrid, 1985, pp. 135-142; CATALÀ COMAS, Ch.; *Ejecución de condenas de hacer y de no hacer*, J. M^a. Bosch Ed., Barcelona, 1998, pp. 72-74.

⁸³ Vid. PRIETO-CASTRO, L.-DE LA OLIVA, A.; *Sistema de recursos. Perfeccionamiento del derecho de ejecución singular* (p. 53); MONTERO AROCA, J.; *Perfeccionamiento del sistema de ejecución singular* (p. 72); PÉREZ GORDO, A.; *Sistema de recursos y el proceso de ejecución singular ante la corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (p. 82); TOMÉ PAULE, J.; *Entresijos y defectos del proceso de ejecución* (p. 122). Todos ellos en X Reunión de Profesores de Derecho procesal de Universidades españolas. *El sistema de recursos. Perfeccionamiento del Derecho de ejecución singular*, Universidad de Santiago de Compostela, 1977. Más recientemente, MUÑOZ SABATÉ, Ll.; *Sobre la desobediencia a las resoluciones judiciales*. En *Estudios de práctica procesal*, librería Bosch, Barcelona, 1987, pp. 580-581; FAIRÉN GUILLÉN, V.; *Observaciones sobre la sistemática del proyectado Código procesal civil modelo para Iberoamérica*. En R.D.P., 1989, n^o 3, p. 668; BONILLA PARICIO, N. I.; *Perfeccionamiento de la ejecución en el proceso civil*. En *Jornadas sobre la Reforma del Proceso civil*, Ministerio de Justicia, 1990, p. 411; RAMOS MÉNDEZ, F.; *Derecho procesal civil*. II. Cit.; pp. 1025-1028 y 1033-1034; CATALÀ COMAS, Ch.; *Ejecución...cit.*; pp. 78-82.

información deseada se halla en poder de terceros. En cualquier caso, la obligación procesal que se hace valer se halla apoyada por la propia Constitución, cuyo art. 118 es contundente.

Por otra parte, no quedan dudas sobre la necesidad de articular el derecho de defensa del ejecutado, o de terceros afectados, en la ejecución, pues no en vano se trata de un proceso, al cual siempre ha de ir ínsita la audiencia y la contradicción si quiere ser jurisdiccional. De hecho, si bien la división sistemática operada en la LEC 1881 entre ejecución de sentencias y juicio ejecutivo pudiera indicar otra cosa, también cabía incidente de oposición en la primera, además de la posibilidad de acudir a los pertinentes recursos.

En el año 2000 nace una nueva Ley de Enjuiciamiento civil, que incorpora a su texto todas aquellas necesidades no reguladas en la anterior Ley y que se fueron perfilando durante su vigencia, en particular, al calor de la Constitución⁸⁴. En este sentido, esta Ley sólo viene a sancionar aquello sobre lo que ya existía acuerdo. Por ello, su gran problema es que no se adelanta a su tiempo y no nos ofrece el proceso del siglo XXI, sino que se queda en el proceso del siglo XX, obviando que el nuevo proceso lo que exige es la modernización de la oficina judicial.

⁸⁴ Vid. por todos, CARBALLO PIÑEIRO, L.; *Ejecución de condenas de dar*, J. M^a. Bosch Ed., Barcelona, 2001, *passim*.