

ASTREINTES

Agustín Roberto Cáceres

Sumario: I. Introducción. II. Noción y concepto. III. Antecedentes Históricos y Derecho Comparado. IV. Régimen Legal. V. Caracteres. VI. Finalidad y funciones. VII. Requisitos de Procedencia. VIII. Graduación de las Astreintes. IX. El problema de la Subsidiariedad. X. El problema del destino de las astreintes. XI. Acumulabilidad de las astreintes con la indemnización de daños y perjuicios. XII. Tiempo de las astreintes. XIII. Factor de Atribución. XIV. Campo de Aplicación. XV. Proyecto de 1998. XVI. Conclusión.

I. Introducción

El derecho se ha preocupado desde siempre por encontrar formas de influir sobre la conducta de las personas de modo tal que haga posible y beneficiosa la convivencia. El hombre es un ser social por naturaleza, y como tal tiende a relacionarse con otros para lograr así satisfacer sus necesidades inmediatas y, al mismo tiempo, alcanzar los fines últimos de su existencia. Es en estas relaciones, donde el derecho aparece regulando y buscando dar soluciones a los posibles conflictos que suelen presentarse.

Viviendo en sociedad, es común que el hombre se obligue con otros y lo normal es que las partes cumplan con sus obligaciones naturalmente. Pero en ciertos casos, aquellos que se han obligado, se presentan reacios a cumplir con lo prometido. Incluso en ciertas ocasiones nos encontramos con que deudores de deberes ema-

nados de resoluciones judiciales se resisten a cumplir con éstos. Surgen así diversas formas para lograr el cumplimiento de estos deberes, siendo las *astreintes* una de ellas.

Este trabajo se orienta a conocer cuál fue el origen y evolución de esta figura, hasta su recepción en el derecho de nuestro país. Asimismo, busca reconocer cómo se encuentra regulada en nuestro derecho, cuáles son sus caracteres, su campo de aplicación, los requisitos de su procedencia y en qué se diferencia con ciertas figuras que se presentan afines a ella. Finalmente, procura identificar cómo se encuentra regulada en el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial.

II. Noción y Concepto

Lo normal es que un deudor cumpla a término sus obligaciones y deberes, incluso aquellos que derivan de resoluciones judiciales. Pero algunas veces nos encontramos que se presentan remisos a hacerlo. Es en estos últimos casos en los que debemos buscar formas adecuadas que nos permitan forzar al deudor a cumplir sus obligaciones.

En un principio existían medidas de constreñimiento corporal que tenían un alto grado de eficacia, como por ejemplo la prisión por deudas. Pero con el paso del tiempo este tipo de medidas fue desapareciendo hasta llegar a nuestros días, donde están casi extintas (excepto en algunos países como Inglaterra).

Debemos reconocer que son distintas las soluciones que los sistemas jurídicos han propuesto para este tipo de situaciones. El problema, que radica en cómo presionar al deudor para que cumpla, se agrava más aún para aquellos casos en que los deberes sólo pueden ser cumplidos personalmente, desde que no podemos ejercer violencia sobre su persona. En algunos casos como en Alemania se da la posibilidad de aplicar una pena pecuniaria o incluso prisión. Para el caso de los tribunales anglosajones, se dan sanciones disciplinarias. Finalmente en Francia y otros países que como nosotros seguimos su ejemplo, se aplican coerciones de tipo económico conocidas como *astreintes*.

Concepto:

*Las astreintes son condenaciones conminatorias de carácter pecuniario, que los jueces pueden imponer a quien no cumple con un deber jurídico impuesto en una resolución judicial.*¹

Astreintes deriva de latín *astringere* que significa compelere. Se ha intentado traducir "astreintes" (denominación proveniente del francés) al idioma castellano, y en este intento se las ha llamado "sanciones conminatorias", "condenas conminatorias", "constricciones", "conminaciones", etc. Pero en virtud de la influencia francesa en nuestra doctrina y el hábito judicial, se ha hecho habitual y corriente llamarlas "astreintes".

En algunos casos en que el magistrado dicta una resolución judicial de la que se desprenden ciertas obligaciones para el deudor, nos encontramos con que este último se niega a cumplir. Frente a esta posición podríamos recurrir a distintas medidas como forzar al deudor a cumplir con estos deberes, o condenarlo a realizar una obligación sustituta. Pero hay ciertas situaciones en que estas soluciones se presenta como ineficaces. Si tomamos como ejemplo, un caso en que mediante una resolución judicial se obliga al deudor a hacer algo. Por ejemplo: si contratamos un pintor para pintar un cuadro y se niega a hacerlo, desconociendo estar obligado, podemos recurrir a la justicia para que el juez nos reconozca nuestro derecho y le impone al deudor el deber de realizar el cuadro. Podría suceder que, a pesar de existir una resolución judicial que lo obligue, el pintor se mantenga en su resistencia, negándose a pintar el cuadro. Desde que ésta es una obligación *in tuitu personae* donde se ha elegido al pintor por sus cualidades personales, nos encontramos con un serio problema. El forzar al artista a pintar el cuadro sería ilógico porque éste lo haría de mala gana y no quedaríamos satisfechos. Nosotros lo contratamos para que ponga toda su energía creativa y si ésta es forzada, el sentido común nos indica que no vamos a obtener buenos resultados. Tampoco podemos sustituir la obligación por la indemnización de los daños y perjuicios porque lo que nosotros queremos era un cuadro de ese pintor y no una suma de dinero, por lo que de este modo no veríamos

¹ Alterini, A. - Ameal, O. - Lopez Cabana, R., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, pág. 136.

satisfechos nuestros intereses. Es en estos casos donde pueden aplicarse las astreintes.

Estamos frente a lo que Moisset de Espanés reconoce como un "medio de constreñimiento psicológico"², que actúa sobre el ánimo del deudor para que realice aquello que le corresponde. Lo efectivo de la medida está no sólo en el hecho de que sean sanciones pecuniarias sino también en que sean progresivas lo que implica que su monto se va acrecentando a medida que se tardan más y más en cumplir.

El hecho de que las astreintes puedan ir aumentando a través del tiempo, mientras dure el incumplimiento del deudor, trae aparejado que al deudor le sea cada vez más gravoso mantenerse en esa posición reacia y termine por ceder y cumplir la prestación debida. La importancia de las astreintes radica justamente en eso, presiona al deudor para que éste cumpla específicamente lo debido (sobre todo en aquellos casos en que no es posible la ejecución forzada de la obligación).

Es una medida que al ser una facultad discrecional del juez tiende a reforzar el poder de "imperium" del magistrado, evitando la resistencia contumaz de un litigante que se rehúsa a cumplir sus mandatos (los deberes emergentes de una resolución judicial). Al mismo tiempo, son un instrumento para que el deudor cumpla sus obligaciones, pero no cualquier obligación sino aquellas emergentes de una resolución judicial.

En conclusión: las sanciones conminatorias o astreintes, son una condena pecuniaria, que a razón de tanto por día o cualquier otra unidad de tiempo, se impone al obligado a cumplir deberes jurídicos emergentes de una resolución judicial que se presenta remiso a hacerlo, a favor del beneficiario de esa resolución y al margen de los daños y perjuicios; para vencer la resistencia evidenciada, mediante el temor del aumento constante de la condena.

Algunas definiciones

- Marty y Raynaud: "La astreinte es una condena complementaria y condicional a una suma de dinero fijada en forma glo-

² Moisset de Espanés, Luis, *Curso de obligaciones*, t. I, *Advocatus*, Córdoba, 1998, pág. 391.

bal, o sea tanto por día de retardo impuesta al deudor cuando éste no ejecute voluntariamente su obligación"³.

- Mazeaud: "Una condena pecuniaria pronunciada por un juez que tiene por objeto vencer la resistencia de un deudor recalcitrante y poder ejecutar una orden judicial"⁴.

- Llambias: "Una imposición judicial de una condena pecuniaria que afecta al deudor mientras no cumpla lo debido, y que por ello es susceptible de aumentar indefinidamente"⁵.

- Belluscio: "Las astreintes son condenaciones conminatorias de carácter pecuniario, que los jueces aplican a quien no cumple con un deber jurídico impuesto por una resolución judicial, cuya vigencia perdura mientras no cese la inejecución, pudiendo aumentar indefinidamente"⁶.

III. Antecedentes Históricos y Derecho Comparado

Habíamos dicho que si bien lo normal es que un deudor cumpla a término sus obligaciones y deberes, incluso aquellos que derivan de resoluciones judiciales, algunas veces nos encontramos que se presentan remisos a hacerlo. En virtud de esto el derecho se ha ocupado por buscar formas adecuadas que nos permitan forzar al deudor a cumplir sus obligaciones.

En un principio existían medidas de constreñimiento corporal que tenían un alto grado de eficacia, como por ejemplo, la prisión por deuda. Éste era un medio indirecto de obtener el cumplimiento de las obligaciones. En su origen fue una prisión privada que daba facultad al acreedor para encadenar a su deudor y tenerlo privado de su libertad. Después se fue convirtiendo en un apoyo prestado por el Estado al mismo acreedor para obtener por medio de ese recurso extremo el cumplimiento de la prestación.

Entre nosotros la prisión por deudas fue suprimida en el año 1872, lo mismo sucedió en casi todos los países. A partir de su

³ LL, 1992-D-571.

⁴ LL, 1992-D-571.

⁵ LL, 1992-D-571.

⁶ Belluscio (dir.), Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Bs. As., 1981, pág. 242.

supresión se ha buscado recursos más prácticos, siendo uno de ellos las astreintes.

Las astreintes tuvieron su origen en Francia a principios del s. XIX, comenzando a ser aplicadas a partir de 1811. Si bien podemos encontrar antecedentes en el derecho romano es en los tribunales franceses donde, mediante una labor pretoriana, comenzaron a aplicarse. Al no contar con normas que autorizasen su aplicación, reconocemos en la jurisprudencia francesa su fuente inmediata. Fueron aplicadas en dos conocidos fallos en 1809 y en 1811. A partir de ese momento fue impuesta de manera constante por los tribunales franceses, como medio para vencer la resistencia del deudor en el cumplimiento de los deberes emanados de una resolución judicial. En 1811, encontramos un caso en que se condenó a una persona pagar 3 francos por días hasta que esta persona condenada a retractarse, lo hiciera. Otro ejemplo se dio en un tribunal de Gray en 1824, cuando se condenó a un litigante a devolver una documentación a su cliente; como éste se negó se le aplicaron 10 francos por día, hasta que modificara su actitud y entregara la documentación⁷.

En Francia, a pesar de que gran parte de la doctrina se encontraba en oposición, los tribunales no se mostraban reacios a aplicar la medida. Esta oposición de los grandes juristas (tanto franceses, como italianos) radicaba en el hecho de que no había una norma legal expresa que autorizase y regulase su aplicación. Así autores como Aubry, Rau, Barde, Demolombe, veían con malos ojos la falta de textos legales que sirvieran de base para su imposición. Algunos encontraban fundamento a su oposición en el principio *nulla poenae sine lege*. Pero esto es un gran error, si tenemos en cuenta, no sólo que este principio le corresponde al derecho penal (donde en resguardo de los derechos fundamentales de la persona, se aplica este principio) sino en el hecho de que las astreintes no son una pena.

En relación a las razones que dieron lugar a que en Francia aparecieran las astreintes podemos expresar que: "Suprimida la prisión por deudas, vemos que a mediados del siglo pasado a los jueces franceses se les planteaba el problema de que la parte condenada se resistía al cumplimiento de los deberes impuestos en

⁷ Cazeaux, P. - Trigo Represas, F., *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Platense, La Plata, 1992, pág 77.

una resolución judicial o sentencia; como la persona humana es merecedora de especial respeto y sobre ella no deben ejercerse ciertos medios de coerción física que atentan contra su libertad, el magistrado carecía de armas específicas dentro de la normativa jurídica para vencer esa actitud contumaz del deudor, que se negaba a obedecer el mandato y no podía conseguir que ejecutase de manera efectiva el deber que surgía de esa resolución judicial⁸.

A comienzos del s. XX (1903), se sistematiza el trabajo de la jurisprudencia y así encontramos el trabajo de Esmein, publicado en la *Révue Trimestrielle de Droit Civil*. En este trabajo se establecen las bases modernas de la figura, analizándose los caracteres, la naturaleza jurídica y el campo de aplicación de esta institución. Esmein consideraba que las astreintes eran un medio de compulsión cuyo fundamento estaba en el poder de imperio de los magistrados, que como una de las notas propias a la jurisdicción que ostentaban, les permitía tomar este tipo de medidas para hacer cumplir sus pronunciamientos.

La consolidación de la figura se da el 5 de julio de 1972 cuando por la ley 72.626 recibe expresa regulación normativa. Posteriormente fue modificada por la ley 91.650 (con vigencia a partir del 1 de enero de 1993), que en conjunto con un decreto del 31 de julio de 1992, (decreto N° 92.755, arts. 51 a 53) conforma el marco normativo de las astreintes.

En Francia también fueron incorporadas al Código de Procedimiento Civil en el art. 1036, que autoriza a que los magistrados dicten mandamientos con el fin de que sean acatadas sus resoluciones.

Ha partir de ahí se ha ido extendiendo a distinto países, y en algunos es incluido en una norma expresa que lo reconoce. Este reconocimiento se puede dar en el derecho de fondo (código civil) o en los códigos de procedimientos. Aunque también existen ciertos países, como Italia y Bélgica, en los cuales son rechazadas.

En Alemania está receptada en los arts. 888 y 890 de la Ordenanza Procesal Civil. Pero existe una diferencia fundamental con la institución del derecho francés, ya que mientras en Francia el monto de las astreintes va a parar al acreedor, en el derecho alemán (y también en Suiza), el beneficiario es el Estado. Además, los

⁸ Pizarro, R. - Vallespinos, C., *Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones*, t. II, Hammurabi, Bs. As., 1999, pág. 206.

jueces alemanes pueden imponer la pena de prisión ante la inobservancia manifiesta del mandato judicial.

En la legislación austríaca, como en el Código Civil Egipcio o en Uruguay (a través de la ley 14.978 del 11 de diciembre de 1979) se reconoce la figura, concediéndole la facultad de aplicarlas a los magistrados.

La figura en el Derecho Francés

En Francia, donde tuvo origen esta institución presenta los siguientes caracteres:

- Pueden ser aplicadas de oficio, sin necesidad que sea fundada la resolución.
- Los deberes jurídicos impuestos por la resolución judicial que está siendo desobedecida puede consistir en obligaciones de hacer, no hacer o dar y también en deberes de carácter extrapatrimonial.
- Su dictado, determinación, cuantía y duración quedan ligados a la decisión del juez.
- El monto de las astreintes es impuesto a favor del acreedor.
- Pueden ser provisionales o definitivas (en este caso necesitan para aplicarse de una astreinte provisionaria previa o anterior).

La figura en el Derecho Anglosajón

En el derecho anglosajón existe una figura similar que sanciona el desacato frente a la justicia que es la *contempt of court* (*rebel-día, contumacia*) que se puede definir como "un acto u omisión tendiente a obstruir o interferir en la administración de justicia, o a menoscabar la dignidad de los tribunales o el respeto por su autoridad"⁹. Hay dos tipos: directa y constructiva. La figura del *contempt of court* es un desacato frente a la justicia, que tiene diversas modalidades: *directa* o *constructiva*.

La *directa* se da cuando abiertamente y en la corte, se resiste al poder de los tribunales (o del magistrado). La *constructiva*, en

⁹ Gifis, Steven H., *Law Dictionary*, Barron's educational series, Nueva York, Estados Unidos, 1996, pág. 102.

cambio, resulta de asuntos fuera de la corte, tales como la falta u omisión de cumplimiento de las órdenes.

Otra clasificación distingue entre *civil contempt* y *criminal contempt*. La primera consiste en la omisión de hacer algo que es ordenado por la corte, en beneficio de la otra parte del proceso. La penalidad aplicable para el caso consiste generalmente en el pago de una multa, o prisión por tiempo indefinido hasta que la parte contumaz acceda a cumplir con su obligación legal; salvo que la encarcelación falle de modo evidente en ser un modo de coerción y el acto no sea merecedor de un castigo. Es decir, sanciona la desobediencia a decretos, ordenes judiciales y la sanción se aplica en beneficio de la contraparte. La *criminal contempt* son actos de desacato o falta de respeto a la corte o sus procesos, que obstruye la administración de justicia. Estos están penados con una multa o prisión por un período determinado de tiempo, como castigo (que en ciertos casos debe ser juzgado por un jurado)¹⁰.

En el "common law" no se habla de inejecución de la obligación, porque cuando el promitente rompe su promesa, el beneficiario pierde los derechos que surgen de ella, adquiriendo un derecho nuevo (una acción de daños). También debemos hacer mención a la figura de la *injunction*, que es un remedio judicial de carácter excepcional otorgada para el propósito de requerir a una de las partes que se abstenga de hacer o de continuar haciendo un acto o actividad en particular. Inicialmente, fueron aplicadas en las *Courts of equity* (un tribunal que tiene jurisdicción en casos en que remedio ordinario, completo y adecuado no puede ser tenido como derecho) para vedar a las partes de realizar conductas contrarias a la equidad y a una sana conciencia. Hoy en día, con la fusión del derecho y la equidad, las *injunctions* son usadas también en las cortes en general. Es una medida preventiva que busca resguardar de futuras lesiones antes que tener que remediar lesiones ya sufridas. En la mayoría de los casos consiste en un no hacer (*restrictive injunction*) aunque también puede tener un contenido positivo (*mandatory injunction*)¹¹.

¹⁰ Gifis, Steven H., *Law Dictionary*, Barron's educational series, Nueva York, Estados Unidos, 1996, pág. 102.

¹¹ Gifis, Steven H., *Law Dictionary*, Barron's educational series, Nueva York, Estados Unidos, 1996, pág. 251.

La figura en el Derecho Uruguayo

En Uruguay se incorporó mediante la ley 14.978 del 11 de diciembre de 1979, con dos características:

- un acento procesalista
- un tinte francés

En el art. 1° se establece que el juez, de oficio o a petición de parte podrá imponer estas sanciones pecuniarias conminatorias, con el fin de que las partes cumplan sus sentencias. Se establece asimismo el criterio con que se va a graduar el monto de la sanción, estableciéndose que se tendrá en cuenta:

- a) su finalidad esencial de estímulo para el cumplimiento;
- b) la demora en el cumplimiento;
- c) el caudal económico de la parte que tenga que satisfacerla.

También se reconoce la facultad del juez de moderar o suprimir la sanción según las circunstancias, pudiendo hacerlo de oficio o a pedido de parte.

La ley 14.978 en su art. 2° establece dos características importantes: por un lado, reconoce la independencia de la figura respecto del derecho a obtener el resarcimiento del daño; por el otro, establece (siguiendo el modelo francés) que la sanción es impuesta en beneficio de la otra parte (el acreedor de los deberes emanados de la resolución que se está viendo afectado con el incumplimiento).

Antecedentes Nacionales

Esta figura no la encontramos en el Código Civil de Vélez Sársfield; desde que no había allí ninguna norma expresa que la reconociese y autorizase su imposición (a pesar de que en Francia se venían aplicando desde 1811). Podemos reconocer en nuestro derecho distintas etapas que conducen a su reconocimiento expreso tanto en la ley de fondo como en el Código de Procedimientos.

En una primera etapa, que va desde la sanción del Código hasta 1961, sólo encontramos algunos fallos aislados donde se aplican las mismas. Esto se da como consecuencia de la carencia de reconocimiento en la ley, lo que hacía dudar a los jueces al momento de su aplicación. Pero a pesar de esto, la mayor parte de la doctrina (Colmo, Lafaille, Galli, Spota, Rezzónico) se encontraba a favor de su

aplicación, considerando que la figura era compatible con el derecho nacional (legislación de fondo y forma).

Como ejemplos de fallos en los que se impusieron, tenemos uno de la Cámara Civil 2ª de 1921, aunque parte de la doctrina considera que se trata más que de la aplicación de astreintes, de una indemnización por daño futuro. En este caso se condenó al propietario de una fábrica a pagar \$ 100 m/n. mensuales al vecino por causar ruidos molestos, hasta que se efectuaran aquellos trabajos necesarios para que éstos cesaran (hasta que aislara y reformara el molino que provocaba los ruidos y vibraciones que disminuían el valor locativo de la propiedad lindera)¹².

En otra ocasión¹³ se aplicaron en relación a un régimen de visitas de hijos (estando los padres en vías de divorciarse). En este fallo de Anzoategui, nos encontramos con la siguiente situación: en el incidente de tenencia provisoria planteado en un juicio de divorcio, se resolvió que el hijo del matrimonio debía ser entregado alternativamente durante dos semanas a cada uno de los cónyuges. El marido que lo tenía en su poder, no lo entregó cuando correspondía y todas las medidas que adoptó el juez para que lo hiciera no dieron resultado (a pesar que entre ellos figuraban oficios a la policía a fin de que procediera al secuestro del menor y lo entregara a la madre). Después de cuatro años de tentativas infructuosas el juez impuso al marido una multa de \$300 diarios mientras no cumplierse con la resolución, a favor del Ministerio de Educación. Pero la Cámara Nacional Civil, sala A, la dejó sin efecto, revocando en 1956 la sentencia. Entre las razones que daba estaban:

1) Que en nuestro ordenamiento jurídico, el cumplimiento de las resoluciones judiciales no puede buscarse mediante la aplicación de astreintes; sino a través de las adecuadas medidas policiales, que respaldadas por la orden judicial pueden ser compulsivas. El incumplimiento de estas órdenes, o la obstrucción de estas diligencias, pueden ser sancionadas con arreglo a la pena prevista en el Código Penal por resistencia a la autoridad.

2) Que por ser una multa destinada al fisco, importaría una sanción represiva no fundada en la ley, violatoria de principios constitucionales.

¹² JA, 6-314.

¹³ JA, 1952-IV-9.

3) Que se trata de una medida exótica, ajena a nuestras costumbres, y que no está fundada en ley.

Pero a fines de la década del cincuenta, nos encontramos con que ha aumentado el número de casos en que son aplicadas, sobre todo en lo relativo al derecho de familia.

La segunda etapa va desde 1961 hasta 1968 (momento en que se da su incorporación expresa al sistema legal argentino). En 1961, en Córdoba, el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, propugnó unánimemente su incorporación al Código Civil mediante la Recomendación N° 8. La fórmula proyectada no hacía ninguna referencia acerca de quién debía ser su beneficiario; a pesar de que el dictamen preliminar de la Comisión que trató el tema, estableció que el monto debía ser percibido por el Estado (siguiendo el modelo alemán). A partir de esta recomendación aumentó el número de casos en que se aplicaban las astreintes. Uno de los principales puntos donde se centró la discusión en este Congreso fue en si la figura debía incorporarse a la ley de fondo o los Códigos de Procedimientos.

En 1962, las astreintes fueron por primera vez reguladas en el derecho argentino, mediante su incorporación el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Su artículo 263, que trata de la ejecución de las sentencias, expresa:

“Sin perjuicio de lo dispuesto por este Código, acerca del tiempo, modo y forma del cumplimiento de las sentencias, podrán los jueces imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas encaminadas a que los litigantes las cumplan. Las multas serán a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento.”

Comentando este artículo, los doctores Eduardo Carlos y Miguel A. Lichtschein, sostienen que las astreintes no constituyen ni una medida disciplinaria contra la falta de respeto a la autoridad del tribunal (tales como los *contempt of law* en el derecho anglosajón), ni una forma de indemnizar los posibles perjuicios causados por el deudor renuente, ni un castigo por causa de una infracción. Ellos consideran que constituye “una forma de coacción psicológica sobre el condenado para forzarlo a cumplir la resolución del juez cuando la clase de prestación impide que se obtenga directamente por otro medio”¹⁴.

¹⁴ Mosset Iturraspe, Jorge, *Medios para forzar el cumplimiento*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, pág. 67.

La tercera y última etapa se inicia en 1968, con su incorporación expresa en el Código Civil (art. 666 bis) por la ley 17.711 y en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 37). En nuestro derecho las astreintes tienen una doble regulación (procesal y substancial) que permite asegurar la eficacia y efectividad de los deberes jurídicos emergentes de las resoluciones del magistrado. El hecho de que las astreintes sean reconocidas en el Código Civil hace factible su aplicación, aun en el caso en que no estén previstas en los códigos Procesales. Pero en caso de que, como en nuestro país, sea reconocido al mismo tiempo en ambos Códigos, las normas que regulan las astreintes en el Código Procesal deben adecuarse a las del Código Civil, en caso de discrepancia.

IV. Régimen legal

En el Código Civil las astreintes han sido reguladas en el art. 666 bis.

“Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder”.

Este artículo ha sido incorporado al final de los artículos que se ocupan de la cláusula penal. Esta ubicación ha sido objeto de críticas, considerando que debería haberse ubicado a continuación del art. 505, dentro de los efectos de las obligaciones.

En el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se encuentran reguladas en el art. 37:

“Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al

caudal económico de quien deba satisfacerla y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder."

Este artículo introduce el carácter de "progresivo", que es fundamental en relación a la función conminatoria de la figura; ya que sirve de amenaza de que, para mantenerse en una posición incumplidora, deberá realizar cada vez mayores esfuerzos, cumpliendo así al sujeto a cumplir.

Fundamento

Las astreintes, que se presentan como una facultad de compeler al sujeto pasivo de un deber jurídico mediante el paso de sanciones pecuniarias, tiene su fundamento en los poderes implícitos de los jueces. Éstos, en el uso de su poder de imperium, se presentan facultados para sancionar a quienes se muestran reacios a cumplir una resolución judicial. Es decir, están facultados para imponer medidas tendientes a que los fallos que dictan sean cumplidos. Debemos considerar que dentro de la actuación judicial encontramos distintos aspectos, uno de los cuales es el de la ejecución de las resoluciones dictadas como consecuencia de dicha actuación. Es en relación a esto que se emplean mecanismos tales como los de las astreintes.

No estamos en este caso ante el incumplimiento de una obligación cualquiera, sino ante un alzamiento frente a un magistrado, e indirectamente ante el poder de impartir justicia que le compete al Estado. Éste tiene la potestad de mantener el orden jurídico mediante las resoluciones de los jueces que buscan reconocer derechos a aquellos que les corresponde, ordenando las conductas para que este orden jurídico se mantenga. Entonces la conducta de aquel que se niega a cumplir una resolución judicial afecta no sólo al acreedor de dicha conducta sino al Estado.

Naturaleza Jurídica

Es un tema controvertido, ya que suele confundírsela con los daños y perjuicios y otras figuras afines.

Pero las astreintes no son otra cosa que un medio de compulsión del deudor. Para algunos autores, como Moisset de Espanés constituyen una simple sanción disciplinaria. Esta sanción se deriva de la facultad de *imperium* de los magistrados, para lograr el cumplimiento de sus decisiones y de sus órdenes. De nada serviría si el juez se limita a dictar una resolución y no se le confieren poderes suficientes para asegurarse que ésta se haga efectiva. El recurso a la justicia se tornaría de ese modo inútil, sería en vano que un juez nos reconozca nuestro derecho y ordenase que cumplan la prestación de la que somos acreedores si no tiene los medios suficientes para asegurarse de que así suceda. Las resoluciones judiciales se tornarían meras declaraciones de derecho prácticamente irrealizable.

Dentro de las distintas posiciones que puede haber en relación a la naturaleza jurídica de las astreintes tenemos:

- Algunos que la consideran una pena pecuniaria, como Moisset Iturraspe: que la conceptualiza como "pena pecuniaria, admitidas por la ley y aplicada por los jueces"¹⁵. Aunque considera que eso no quita la posibilidad de que sean consideradas como una forma de compulsión legal.

- Aragoneses Martínez la considera una medida discrecional y conminatoria, que busca obtener un cumplimiento *in natura* de una obligación reconocida o impuesta en una resolución judicial.

- Para Alfredo Colmo las astreintes son una multa civil, por lo que (debemos tener en cuenta que este autor hacía alusión a las astreintes que se originaron en la jurisprudencia francesa) consideraba que eran una simple sustitución de la ejecución forzada o de la indemnización, constituyendo escasamente un medio de cumplimiento coercitivo de una obligación¹⁶.

- Borda y Alterini la consideran un medio de coerción o compulsión del deudor. Lambías, una "vía de compulsión".

- Y en una posición similar, encontramos a Moisset de Espanés que la considera una forma de constreñimiento psicológico, constitutiva de una sanción disciplinaria.

- Belluscio sostiene que se trata de un medio de compulsión del deudor o medida de ejecución de la sentencia, que se encuen-

¹⁵ Moisset Iturraspe, J., *Medios para forzar el cumplimiento*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, pág 55.

¹⁶ Moisset Iturraspe, J., ob.cit., pág 55.

tra íncito en los medios legales que el art. 505 le acuerda al acreedor.

- Autores como Pizarro y Vallespinos, consideran que la dificultad que implica determinar la naturaleza jurídica se debe a que la figura es regulada en normas de derecho procesal, y en normas de derecho de fondo. Y distinguen así dos perspectivas, estableciendo que:
 - desde una perspectiva procesal son una medida de coerción patrimonial orientada a alcanzar la ejecución procesal.
 - desde una perspectiva sustancial, constituyen un medio de coerción o compulsión patrimonial, que pesa sobre el deudor de una resolución judicial.

A pesar de que no existe una opinión unánime acerca de la verdadera naturaleza de la figura, consideramos que no es otra cosa que un medio de coerción o una vía de compulsión tal como lo establecen Borda, Llambías y Alterini.

Pero en relación a este tema de la naturaleza jurídica, sería conveniente distinguir a las astreintes de otras figuras afines con las que podrían confundirse y dejar remarcado dónde yace la distinción.

Diferencias con figuras afines

- **Multa Civil:** se diferencia con las astreintes en que la multa se aplica como sanción a una conducta ya obrada, que ya ha tenido lugar; en cambio, las astreintes se aplican para evitar que el deudor que se presenta reacio a cumplir con una resolución judicial en el futuro se mantenga en esa postura. Buscar lograr constreñir al deudor para que acate esa resolución.
- **Multa Procesal:** mientras las astreintes tienden a asegurar que se cumplan efectivamente mandatos judiciales, las segundas apuntan a preservar la buena conducta procesal "*in genere*".
- **Medida Cautelar:** difieren en que éstas aseguran cosas o derechos litigiosos, o garantizan el cumplimiento de una sentencia dictada o por dictarse; mientras que las astreintes constituyen una "condenación accesoria".
- **Pena Civil:** a) porque la pena constituye una sanción, una punición a lo indebidamente realizado, miran al pasado; mientras

que las astreintes constituyen una medida tendiente a vencer la resistencia del deudor y lograr el cumplimiento, con vistas al futuro (Borda). Mosset Iturraspe reconoce como uno de los presupuestos indispensables para la aplicación de la figura al incumplimiento (y la permanencia en él). b) la pena se cuantifica en una suma fija, definitiva; las astreintes son provisionales (pueden revisarse e incluso dejarse sin efecto). c) la tercera diferencia radica en qué es lo que se tiene en cuenta al momento de graduar el monto en una y otra figura. Mientras en las astreintes se hace hincapié en el caudal económico del sancionado (para que ésta tenga entidad tal que la haga capaz de cumplir con su finalidad); la pena se establece teniendo en cuenta la gravedad de la conducta de aquel a quien se aplica.

- **Cláusula Penal:** la principal diferencia radica en su origen; ya que, por un lado, la cláusula penal es convencional, es decir, pactadas entre las partes, para el caso en que se retarde o no se ejecute la obligación. También permite prefiar anticipadamente los daños y perjuicios que puede ocasionar el incumplimiento de la obligación. Busca garantizar el cumplimiento de una obligación. Por otro lado, las astreintes, son impuestas en virtud de una facultad discrecional del juez, que "puede" aplicarlas para el caso en que el deudor se presente remiso a cumplir con los deberes jurídicos que emanan de una resolución judicial.

Las cláusulas penales (definidas en el art. 652 del Código Civil) pueden consistir no sólo en el pago de una suma de dinero, sino en la entrega de una cosa o la ejecución de un hecho; es decir, cualquier prestación que pueda ser objeto de obligaciones. (conforme al art. 653 del Código Civil). Las astreintes son de carácter pecuniario, sólo pueden consistir en sumas de dinero.

A su vez, mientras la cláusula penal es inmutable y definitiva, las astreintes son provisionales. También se distinguen, en que las astreintes pueden fijarse sólo en beneficio del acreedor, y la cláusula penal en la del acreedor o un tercero.

- **Intereses Sancionatorios:** (art. 622) si bien ambas son sanciones aplicadas por el juez cuyo importe va a parar al patrimonio del deudor, podemos encontrar entre ellas ciertas diferencias. Entre ellas podemos destacar que los intereses del art. 622 del Cód. Civil se aplican en caso de inconducta procesal maliciosa que busca dilatar el proceso. Es decir, cuando el deudor pone obstáculos

los a la normal marcha del proceso, buscando que (sobretudo en épocas inflacionarias) el acreedor se vea perjudicado, ya que al final del proceso sólo podrá cobrar una suma que representa un valor ínfimo en relación al de la deuda originaria. En otras palabras, se aplican por una inconducta durante el proceso, por una actitud del deudor que tiene lugar mientras se desarrolla éste. Las astreintes, como ya dijimos, se aplican en caso de incumplimiento posterior de los deberes impuestos por una resolución judicial.

Además los intereses sancionatorios sólo se aplican en las obligaciones de dinero, o en las obligaciones de valor que se resuelva en el pago de una suma de dinero. Las astreintes, en cambio, se aplican a cualquier tipo de deberes jurídicos que puedan dar lugar a una resolución judicial, y no sólo en relación a los deberes obligaciones (aunque es respecto a las obligaciones de hacer donde tienen mayor campo de aplicación).

Otra diferencia radica en que en caso de la figura del art. 622 se fija un tope máximo, desde que la ley establece que pueden llegar hasta dos veces y media la tasa de los bancos oficiales en operaciones de descuentos ordinarios (unidos a los intereses compensatorios y a los moratorios). En relación a las astreintes no se establece un límite, justamente por el hecho de ser una medida de constreñimiento psicológico, debe tener la magnitud suficiente para actuar sobre el ánimo del deudor y hacerlo cumplir. Tanto su procedencia como su monto es discrecional del juez.

Por último, podemos destacar que mientras los intereses sancionatorios son definitivos (una vez fijados deben ser pagados), las astreintes provisionales, ya que pueden ser revisadas o dejadas sin efectos para el caso en que el deudor desista su resistencia y justifique total o parcialmente su proceder.

• **Indemnización de daños y perjuicios:** la confusión con esta figura tiene su origen en Francia, ya que al surgir esta figura de una labor jurisprudencial, sin que exista norma de fondo que autorice su aplicación, este hecho ha influido en ciertas características que la figura adquirió y que dan lugar a esta confusión. Una de ellas es que el monto de la sanción se entrega al deudor perjudicado con el incumplimiento. Como consecuencia de esto, si el deudor posteriormente cumple, los jueces al hacer la liquidación (procedimiento por el cual se calcula definitivamente la suma que se debe abonar) suelen reducir las astreintes a montos pequeños o aproximados al de los daños y perjuicios sufridos por la tardanza

en el cumplimiento. Esto se da porque, conforme al razonamiento de los jueces, al ir a parar estas astreintes al patrimonio del acreedor, si se entrega una suma mayor al perjuicio sufrido habría un enriquecimiento sin causa. Esto trae dos consecuencias principalmente: por un lado, hace que la figura termine confundiendo con los daños y perjuicios, ya que se entrega al acreedor el monto de las astreintes en lugar de esa indemnización. Por otro lado, le quita eficacia, ya que el deudor incumplidor sabe que finalmente (por más que se lo amenace y busque constreñir con el pago de estas sumas progresivas) va a terminar pagando lo equivalente a los daños que provoque.

Pero existe, a pesar de esto, diferencias entre ambas figuras que debemos tener en cuenta. Entre ellas tenemos que:

a) La indemnización responde a un **daño efectivamente causado** al acreedor y guarda equivalencia con él, para que exista indemnización es necesario que exista daño. Para que procedan las astreintes no es necesario que haya un daño, y habiéndolo, el monto de ellas (en principio, aunque no se da así en la práctica por el destino de esta sanción) puede ser fijado independientemente de éste.

b) El juez al fijar las astreintes, como son una medida de constreñimiento psicológico, debe (entre otras cosas) tener en cuenta la fortuna de quien va a ser destinatario de la medida. Esto se debe a que el monto de las astreintes debe tener tal importancia que actúe sobre el ánimo del deudor, de modo tal que se vea obligado a cumplir. Si la suma a abonar no tiene tal entidad, el deudor se encontrará con que el incumplir le es indiferente, no lo afecta. Los daños y perjuicios, en cambio, son fijados con independencia a la fortuna del deudor.

c) Mientras la indemnización tutela al interés privado del acreedor, las astreintes tutelan el interés público, vulnerado por la ofensa al Estado y su potestad de mantener el orden jurídico impartiendo justicia desde sus tribunales.

d) La indemnización es para el acreedor un derecho adquirido (conforme el art. 17 de la CN). Las astreintes, como ya dijimos, son provisionales, pudiendo ser revisadas (acrecentadas o disminución) e incluso dejadas sin efecto.

e) Mientras la indemnización está dentro de la tutela resarcitoria del crédito, las sanciones conminatorias son un medio de tutela satisfactiva.

f) La indemnización trae aparejada una modificación de la prestación originaria (se da cuando media inexecución y entra en subsidio de la prestación incumplida), y las astreintes tienden al cumplimiento específico, *in natura*, de esa prestación.

V. Caracteres

• **Discrecionales:** implica que tanto su procedencia como su monto están librados a la apreciación prudente, amplia y discrecional del juez. Del art. 666 bis del Cód. Civil se desprende que los jueces "podrán" imponerlas o no; tienen la facultad de hacerlo, pero también de no hacerlo (teniendo en cuenta las circunstancias); y aún más, pueden dejarlas sin efecto o reajustarla para el caso en que el deudor desista su resistencia y justifique su proceder. Además, pueden graduarlas teniendo en cuenta, entre otras cosas, el caudal económico de quién debe satisfacerlas, desde que una misma suma no incide igual en una persona adinerada que en una que no tiene tanto dinero.

El hecho de que el juez tenga una facultad discrecional, no significa que tenga un poder que puede utilizar a su arbitrio o por un simple capricho. El juez debe en cada caso examinar la factibilidad del cumplimiento de la resolución judicial y de la aplicación de las astreintes como medida destinada a vencer la resistencia. Debe verificar el cumplimiento de los requisitos de su procedencia.

• **Provisionales:** esto significa que las astreintes no son definitivas, pudiendo ser reajustadas o dejadas sin efecto, en el caso de que se cumplan dos requisitos: por un lado, es necesario que el deudor abandone su resistencia, por el otro, que justifique total o parcialmente su proceder.

Las astreintes son una "amenaza" de que, en caso de mantener la resistencia, el sujeto se hará pasible de esta sanción, que se va a ir acrecentando a medida que pasa el tiempo en esta posición. Si la amenaza resultó eficaz y el sujeto acata la resolución judicial, el juez puede reducir o dejar sin efecto la medida, conforme a las circunstancias de cada caso.

Podemos distinguir dos etapas en la aplicación de las astreintes:

- Una primera, en la que la imposición de la medida tiene **carácter variable, provisorio**, periodo durante el cual el

juez puede aumentarlas, disminuirlas o suprimirlas conforme se cumplan o no los dos requisitos antes señalados: que el deudor abandone su resistencia y que justifique total o parcialmente su actuar. Las astreintes, durante este periodo en que son provisorias, sólo pueden dar lugar a medidas cautelares.

- La segunda etapa se da una vez que el monto de la astreinte está ya fijado de manera **definitiva**, mediante decisión judicial firme. Procede entonces su ejecución, y la resolución dictada no puede ser modificada o suprimida porque revisite todos los caracteres de cosa juzgada.

• **Conminatorias:** porque tienen como fin vencer la resistencia del deudor haciendo que éste cumpla el deber que pesa sobre su cabeza (prescindiendo del contenido patrimonial o extrapatrimonial del mismo). No son indemnizatorias, porque son independientes al daño causado.

• **Progresivas:** ya que se pueden establecer por día, semana o mes de atraso en el cumplimiento de la resolución judicial, y preverse un aumento gradual que se da automáticamente por el solo paso del tiempo.

• **Pecuniarias:** porque sólo pueden consistir en una suma de dinero.

Brebbia sostiene también que existen otras medidas (que Peyrano denomina "medidas conminatorias") que sin ser pecuniarias, cumplen idéntica función que las astreintes, ya que implican una compulsión "mediante la amenaza de la suspensión temporal del ejercicio de un derecho del deudor, relacionado con el negocio jurídico que da origen a la relación incumplida"¹⁷. Estas medidas son utilizadas por los tribunales especialmente en relación al derecho de familia.

La licitud de las mismas radica en que tienen el mismo fundamento que el legislador tuvo en cuenta al reconocer las astreintes. Son medidas de contenido no pecuniario y con alcances extraprocésales, que tienden al cumplimiento *in natura* de una resolución judicial que en un principio fue desobedecida. Un ejemplo de estas medidas es la clausura provisoria de un local que produce ruidos molestos hasta que cesen los mismos.

• **Ejecutables:** esta característica deriva de su propia natu-

¹⁷ Pizarro, R. - Vallespinos, C., ob. cit., págs. 215 y 216.

raleza. El acreedor debe poder en determinado momento liquidar la deuda por astreintes y ejecutarla, sino sería en vano la aplicación de las mismas, ya que se lo amenazaría con algo que no se va a dar. De nada servirían si no fuesen susceptibles de ejecución. Serían, como afirman Mazeaud y Tunc una especie de "sable de madera".

La ejecutabilidad se apoya en el art. 500 inc. 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Según éste, es procedente una vez que se encuentre consentida o ejecutoriada la sentencia que la impone, usándose para eso el procedimiento de ejecución de sentencia una vez practicada la liquidación correspondiente (independientemente de la demostración de daño sufrido por el acreedor).

Con anterioridad a la ley 17.711 había autores que consideraban que las astreintes no eran ejecutables, porque para que lo fueran debían ser convertidas en indemnización de daños y perjuicios. Sería un absurdo admitir una sanción pecuniaria como las astreintes y a la vez negarle ejecutabilidad. Esta es una consecuencia directa de una resolución firme. Si fuesen privadas de la posibilidad de ejecución, las astreintes perderían su eficacia y quedarían desprovistas de toda utilidad, facilitándose su confusión con los daños y perjuicios, desde que el deudor sólo sería condenado a pagar los daños reales.

La posición que sostiene la no ejecutabilidad de las astreintes tiene antecedentes en Francia, donde autores como Planiol y Ripert opinaban que sólo los daños por el incumplimiento o la demora podían ser objeto de ejecución.

• **Pronunciables a favor del acreedor:** esto se debe a que nuestro derecho sigue el régimen francés en donde el destino de las astreintes va a parar, no al fisco o a instituciones de bien público como en el derecho alemán y en el derecho suizo, sino al acreedor del deber jurídico.

• **No retroactivas:** porque para que se dé una conminación es necesario que exista la posibilidad de cumplir con lo que le fue ordenado y se resista a cumplir. Es decir, no tienen un carácter puro y exclusivamente sancionatorio. Para que exista conminación es necesario que se otorgue al deudor la posibilidad de cumplir con lo ordenado.

• **Transmisibles:** una vez que las astreintes han sido liquidadas el crédito nacido es transmisible por actos entre vivos o *mortis*

causa; pero la doctrina está dividida en relación a si se transmite a los herederos o no la obligación de pagar el monto.

En el III Congreso de Derecho Civil (Córdoba, 1961) se recomendó que las astreintes se transmitieran a los herederos del deudor, salvo que éste fallezca en caso de las obligaciones *in tuitu personae*.

• **Aplicables al deudor o a un tercero:** En el art. 37 del Código Procesal se establece que pueden aplicarse también a terceros en aquellos casos que establece la ley. De esta manera, son sujetos pasivos de la medida no sólo a los que son partes en el proceso sino también aquellos terceros ajenos al proceso, que se muestran reacios a cumplir con una orden impartida judicialmente.

VI. Finalidad y funciones

Las sanciones conminatorias persiguen un doble propósito: por un lado compeler al sujeto pasivo de un deber jurídico emanado de una resolución judicial para que realice la conducta que se le ha impuesto; por el otro, lograr (a través de la realización de esta conducta) el acatamiento de las decisiones judiciales. Esta última finalidad es simplemente secundaria, ya que el juez no aplica las astreintes principalmente para que su sentencia sea respetada, sino que este respeto surge del cumplimiento de lo debido al que apunta la condenación conminatoria.

Las astreintes tienen dos funciones fundamentales: función conminatoria y función sancionatoria. La primera surge del hecho de que, a través de la aplicación de las sanciones conminatorias en una decisión judicial, se busca conminar al sujeto pasivo de una resolución judicial a realizar una conducta determinada impuesta por ésta, en los casos en que este deudor se muestra reacio a obedecer. La función sancionatoria, en cambio, se da en los casos en que el obligado, pese a la sanción conminatoria que se le ha impuesto, no cumple su deber jurídico; "ya que no existe coacción psicológica sino estricta sanción, traducida en la directa aplicación de lo que hasta ese momento constituyó una amenaza"¹⁸.

¹⁸ Moisset de Espanés, L. - Tinti, G., "Astreintes: una revisión de los elementos salientes de las sanciones conminatorias" en *Anuario de Derecho Civil*, I-95, Córdoba, 1994, pág. 103.

Esta función sancionatoria, sólo se aprecia en la segunda etapa de la imposición (cuando ésta ya es definitiva); ya que en la primera etapa es eventual, ya que puede suceder que el juez deje sin efecto las astreintes por haber el deudor dejado de lado su resistencia y justificado su proceder. En este caso no hay sanción, sino que la aplicación de las astreintes (que luego quedó sin efecto) actuó simplemente como medio de compulsión.

En relación a estas dos finalidades, debemos destacar que una de ellas es la razón de la otra, ya que si las astreintes quedan reducidas a una simple amenaza (función conminatoria) sin posibilidad de que se hagan efectivas (función sancionatoria) sería totalmente en vano su imposición no actuando como un medio de presión.

Esta funciones fueron reconocidas en los fallos, por ejemplo:

- "Las astreintes cumplen con una doble función sucesiva, conminatoria y sancionatoria, ya que primero compelen al cumplimiento de decisiones judiciales y luego, al persistir el incumplimiento se efectiviza la sanción"¹⁹.
- "Las sanciones conminatorias, comúnmente conocidas con el nombre de astreintes, aparecieron en nuestro derecho como creación jurisprudencial, con la finalidad de compeler al deudor recalcitrante al cumplimiento de obligaciones de dar cosas ciertas, obligaciones de hacer que no fueran *in tuitu personae*, cual la obligación de escriturar, obligaciones de no hacer o de deberes jurídicos emanados del derecho de familia"²⁰.

VII. Requisitos de procedencia

1. Decisión judicial

Para una parte de la doctrina la resolución judicial por la cual se las impone debe tener la calidad de sentencia y ésta debe haber quedado firme. Si hubiese sido apelada será necesario esperar hasta la decisión definitiva para la aplicación de las astreintes. No debe haber recurso procesal alguno.

¹⁹ LL, 1992-D-571.

²⁰ LL, 1984-B-116.

Otros, opinión que compartimos, consideran que esta interpretación es restrictiva, y no requieren que exista "sentencia" en sentido técnico que tiene este vocablo en el derecho procesal; sino que es suficiente que exista un deber de conducta que emane de una resolución judicial. Es decir, hace extensiva la aplicación de astreintes a todas las resoluciones o mandatos judiciales, teniendo en cuenta que la mayor aplicación de esta medida se da en torno al incumplimiento de los "regímenes de visita" y el "deber de prestar alimentos" que se fijan por resoluciones que jamás comportan una sentencia judicial. La resolución incumplida que da lugar a la aplicación de astreintes puede revestir la forma de auto, decreto o sentencia.

A nuestro entender, no es necesario que la resolución judicial sea una sentencia en sentido estricto porque esto no es exigido ni en el art. 666 bis del Código Civil, ni en el art. 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, siendo suficiente que el deber incumplido surja de una resolución o mandato judicial.

2. Incumplimiento

Otro requisito es la resistencia por parte del deudor a cumplir la condena. La resolución judicial que impone el deber jurídico otorga un plazo para su cumplimiento, si vencido éste no se ha cumplido procede la aplicación de las sanciones conminatorias. Pero la resolución no va acompañada *ab initio* de las astreintes, sino que se requiere que esta haya sido incumplida como presupuesto o condición necesaria para la aplicación de la medida. En relación al incumplimiento, debemos destacar que es necesaria la irrazonabilidad de la resistencia, es decir, que ella no responda a causa alguna de justificación como sería un estado de necesidad, o requerimientos vitales que no pueden ser postergados.

3. Factibilidad del cumplimiento del deber jurídico

Es decir, que este deber jurídico que se pretende que sea cumplido debe ser de realización posible, debe poder ser cumplido in natura, sino sólo podría aspirarse a la indemnización de los daños y perjuicios.

Pueden aplicar las astreintes:

- todos los jueces sin importar su grado o jerarquía, pero debe tratarse del mismo juez que impuso la medida incumplida.
- también los conjuces y árbitros en la medida en que en el cumplimiento de sus funciones llevan la facultad de compeler al cumplimiento de sus decisiones.

Aplicación de oficio o a pedido de parte

También es objeto de discusión si las astreintes deben ser impuestas a pedido de parte o si pueden ser impuestas de oficio.

- Autores como Alterini consideran que debe mediar **pedido de parte** desde que están establecidas a favor del beneficiario, no pudiendo gestionarse un crédito a favor de el sujeto beneficiario sin que éste lo haya pedido. Esta solución estaría justificada por:
 - a) la finalidad de la medida (lograr el cumplimiento *in natura* del deber jurídico).
 - b) el destino del importe (el patrimonio del acreedor).

• Los que consideran que sí es factible que sean **aplicables de oficio** recuerdan que las astreintes persiguen también preservar el principio de autoridad y la vigencia del poder como un valor jurídico. Esta eventual declaración de oficio, se fundamenta en el hecho de que la facultad reconocida a los jueces para hacer cumplir sus mandatos no pueden depender del pedido de la parte interesada. Este es el criterio vigente en el derecho francés, desde el 1ro de enero de 1993, cuando comienza a regir la ley 91-650 que en su art. 33 autoriza al juez aplicar las astreintes de oficio.

• En nuestra opinión, sería posible la aplicación de oficio en virtud de que si bien a través de la imposición de astreintes se busca lograr el cumplimiento del deber jurídico emanado de una resolución judicial, también se propone lograr el acatamiento de las decisiones emanadas de los jueces. Como habíamos dicho, esta figura se fundamenta en el imperium de los jueces que están autorizados a tomar medidas tendientes a que los fallos y resoluciones que adoptan sean cumplidas. En virtud de esto, los jueces podrían aplicarlas de oficio. Además debemos recordar que (y aun en relación a aquellos que sostienen que sólo se aplican a pedido de parte) es en definitiva el juez el que "podrá" decidir si aplicarlas o no.

Sujetos Pasivos de la Imposición

El art. 666 bis del Cód. Civil dispone que se aplicarán a quienes no cumplieron con deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Su amplitud comprende no sólo a los que son partes en el proceso sino también a terceros ajenos al proceso que se muestran reacios a cumplir con una orden impartida judicialmente, como es cuando se les impone emitir un informe y omiten hacerlo.

En el art. 37 del Código Procesal se establece que pueden aplicarse también a terceros en aquellos casos que establece la ley. Por ejemplo: el art. 403 de ese mismo Código que hace alusión a la impugnación de informes por falsedad y agrega que debe requerirse la exhibición de asientos contables o documentos y antecedentes que sirvan de fundamento a la contestación; establece también que en aquellos casos en que (sin causa justificada) la entidad privada no cumpliera el requerimiento, los jueces y tribunales estarán facultados para imponer sanciones conminatorias a favor de la parte que ofreció prueba.

Se ha discutido si el Estado puede ser o no sujeto pasivo de astreintes. Hay dos posiciones:

• Por un lado, están los que niegan la posibilidad de que así sea, por ejemplo: la ley uruguaya lo excluye expresamente. Jorge Peyrano, en su trabajo "Límites a la aplicabilidad de sanciones procesales conminatorias"²¹, incluye entre los casos de improcedencia de la aplicación de astreintes a su aplicación contra el Estado.

• Entre los que sostienen que es factible que el Estado sea sujeto pasivo de astreintes encontramos:

- a) Aquellos que consideran que el Estado, en sus relaciones de derecho privado, no goza de ningún privilegio y está sometido como los particulares a los magistrados, por lo tanto no habría impedimento en que se aplicaran astreintes para conseguir que cumplan con los mandatos judiciales.
- b) Otros recuerdan que las astreintes no están orientadas a la reparación de daños y perjuicios sino a conminar el cumplimiento de una resolución judicial. Conforme a esto no es posible sentar situaciones de privilegio del Estado.

²¹ Peyrano, J., "Límites a la aplicabilidad de sanciones procesales conminatorias", LL, 1984-B-118.

En nuestra opinión, no habría inconveniente de que las astreintes se aplicarán al Estado, en virtud que así como éste puede ser parte en un proceso, puede ser también que se muestre reacio a cumplir la resolución del juez, por lo tanto cabría la posibilidad de imponerle estas sanciones conminatorias. Además, y como ya se dijo, el Estado no goza de ningún privilegio o prerrogativa en sus relaciones de derecho privado.

VIII. Graduación de las astreintes

Respecto a la determinación del monto a pagar en concepto de astreintes, hay que recordar que el perjuicio que el incumplimiento causa no es un criterio válido que nos sirve como pauta para esta determinación. Para fijar el monto debido en concepto de astreintes es necesario tener en cuenta la finalidad de esta figura: compeler al deudor reacio a que desista de su posición y cumpla el deber jurídico que le ha sido impuesto a través de una resolución judicial. Como consecuencia de esto, las sanciones conminatorias deben tener tal entidad que permitan vencer esta actitud del deudor, actuando como un medio de coerción psicológica que lo obligue a modificar su conducta. El monto de las astreintes debe estar determinado con precisión, para que las partes conozcan de antemano cual va a ser el "costo" de mantenerse en una posición reacia a cumplir.

Una de las características de la figura es la discrecionalidad, que implicaba que era facultad del juez decidir acerca de la procedencia de la medida, como también de su cuantía. Por lo tanto, debemos reconocer a la equidad como base de la estimación, desde que la fijación queda bajo el prudente arbitrio del juez. Si la equidad es tenida de base para la determinación del monto, ello implica que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso: las personas, el tiempo, el lugar, la naturaleza del deber incumplido y las razones de su desobediencia (ya que el art. 666 bis, Cód. Civil autoriza al juez a reajustar o dejar sin efecto las astreintes si además de desistir de la resistencia, justifica total o parcialmente su proceder).

Es importante tener en cuenta que en aquellos casos en que el deudor busca justificar su proceder, es el juez el árbitro exclusivo para juzgar si tales explicaciones son valederas o no. Debemos

recordar que, para la aplicación de la figura, es necesaria la irrazonabilidad de la resistencia, es decir, que ella no responda a causa alguna de justificación como sería un estado de necesidad, o requerimientos vitales que no pueden ser postergados.

El art. 666 bis del Cód. Civil establece como criterio de graduación que "las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas". Este criterio está en relación con el fin propio de la figura, que es hacer que el deudor abandone ese estado de resistencia. Debemos tener en cuenta que al ser un medio de coerción psicológica de carácter pecuniario destinado a ejercer presión para que el sujeto pasivo cambie de actitud, debe tener una entidad tal que le permita surtir este efecto buscado. De este modo, el deudor vería menos gravoso cumplir con el deber jurídico. Es por esto, que es sumamente importante para la eficacia de las astreintes, que estas estén acorde a la situación patrimonial del que resulta condenado. No es lo mismo tener que pagar \$500 para quien tiene una situación patrimonial sólida, que para quien no la tiene. Por lo tanto debe estarse al caudal económico del condenado para poder fijar un monto que tenga verdadera eficacia.

A pesar de la importancia del caudal económico como criterio para la graduación del monto, es imprescindible destacar que no es el único criterio a evaluar, ya que como se dijo anteriormente, el juez debe valorar las circunstancias del caso tales como la naturaleza del deber jurídico incumplido, entre otras cosas.

Una de las características propias de las astreintes era su provisoriedad de tal modo que si se mantiene la resistencia el juez puede acrecentar la condena; o puede disminuirla o hacerla cesar en caso de justificación total o parcial del proceder.

El sujeto pasivo puede adoptar distintas posiciones respecto a las astreintes:

- Por un lado puede acatar el deber que se le había impuesto y se mostraba reacio a acatar. En este caso si cumple dentro del plazo que el juez le otorgó para hacerlo y justifica su proceder, el juez puede disponer que nada pague.
- Puede mantener su resistencia sin aportar razones nuevas. En este caso el juez puede o incrementar el monto o insistir en el importe originario (teniendo en cuenta que las astreintes son progresivas: van aumentando a razón de tanto por día o cualquier otra unidad de tiempo) hasta que el deudor desista o el acreedor opte por seguir otro camino;

por ejemplo: se conforme con la indemnización de los daños y perjuicios.

- Puede justificar su resistencia. En este caso puede darse la suspensión de la medida, ya sea de manera definitiva o temporariamente por un tiempo de gracia o espera.

IX. El problema de la subsidiariedad

Se discute si las astreintes proceden sólo en aquellos casos en que no exista otro medio alternativo de compulsión o si pueden ser aplicadas existiendo éstos.

Hay distintas opiniones:

- Por un lado están los que consideran a las astreintes como un **procedimiento excepcional**, de interpretación restringida. Estos siguen la tradición francesa y entre ellos se encuentran, Chabas, Mazeaud, Tunc y Moisset de Espanés. Esta posición considera que no deberían aplicarse de mediar otra forma de conseguir el mismo resultado: el cumplimiento. No cabría su aplicación para aquellas situaciones en que puede recurrirse a otros medios compulsivos o de ejecución forzada para lograr el cumplimiento in natura; es decir cuando se puede obtener la prestación a través de un tercero a costa del deudor (por no ser la obligación in tuitu personae). Ejemplos de esto serían en relación a obligaciones de hacer fungibles y de dar cosas fungibles.

- Otra posición no considera que la subsidiariedad sea una característica de esta medida, ya que las astreintes proceden aun que sean procedentes otras medidas. Por su función compulsiva, **no reconocen limitaciones a su aplicación** (siempre que se den los requisitos de procedencia). Esta posición, en la que encontramos autores como Llambías, Borda, Vallespinos y Pizarro; se sustenta en el mismo art. 666 bis del Cód. Civil, que nada dice acerca de un criterio restrictivo de aplicación.

- Una tercera posición, en la que se encuentra Kemelmajer de Carlucci, sostiene que su **procedencia esta condicionada** no por la existencia o no de otras vías compulsivas, sino por su **idoneidad y eficacia en el caso concreto**. Esto requiere de la labor examinadora del juez.

La posición que sostiene el carácter excepcional de las astrein-

tes era corriente con anterioridad a la entrada en vigencia del art. 37 del Código Procesal Civil de la Nación que no acuerda a dichas sanciones un carácter subsidiario. Sin embargo si el acreedor puede satisfacer su crédito a través de los medios normales de coacción (como el embargo o secuestro) parecía razonable que se descartase la imposición de las sanciones conminatorias.

Pero no existe un orden de importancia entre los medios compulsivos, donde algunos aparezcan con primacía respecto de otros. Como estos medios tienen como fin defender el interés del acreedor, por lo que debe estarse al que resulte más conveniente para la satisfacción de su acreencia. Por lo tanto, consideramos que es posible que las astreintes se apliquen conjuntamente con otro medio.

X. El problema del destino de las astreintes

Este punto ha sido uno de los más controvertidos teniendo en cuenta que existe en el derecho comparado dos regímenes bien diferenciados. Por un lado, el régimen francés en donde el monto de las astreintes se entrega al acreedor perjudicado por el incumplimiento. Por otro lado, régimen alemán y suizo donde el importe se destina a fines de bien público o al patrimonio del Fisco.

Respecto al régimen francés, se produce un fenómeno peculiar: una vez que se logró el cumplimiento del deber jurídico y se realiza la liquidación de las astreintes, el juez realiza un reajuste y otorga en carácter de astreintes sólo lo que corresponde en relación a los daños y perjuicios sufridos, lo que produce la confusión entre ambas figuras. Este proceder se justifica si tenemos en cuenta que la suma fijada en concepto de astreintes se impone en beneficio del acreedor, y por lo tanto, si esta suma fuese muy superior se produciría un supuesto enriquecimiento sin causa. La causa de este "reajuste" es encontrada en el hecho que la figura es de origen pretoriano, careciendo originariamente de una norma legal que autorizase su aplicación. Actualmente en Francia, la jurisprudencia y los autores más modernos señalan que la principal dificultad que presenta este régimen es la pérdida de eficacia de la figura, ya que el deudor sabe que en definitiva lo que va a pagar es el importe correspondiente a los daños y perjuicios que ocasionasen su demora.

Este es el sistema adoptado por el derecho argentino, tanto en

el Código Civil que en el art. 666 bis establece: "en beneficio del titular del derecho"; como en el Código de Procedimiento Civil y Comercial en su art. 37 "cuyo importe será a favor del litigante perjudicado con el incumplimiento". La adopción del régimen francés ha sido criticada por parte de los autores nacionales, como Moisset de Espanés, que consideran que nuestro Código debería haber seguido el sistema del Código alemán o del Código suizo. Citan como antecedente el III congreso de Derecho Civil, donde hubo consentimiento unánime en que las astreintes debían regularse de modo tal que su importe se destine a fines de bien público (sólo el Dr. Brebbia manifestó que debían legislarse conforme al sistema francés).

En el otro sistema, el del derecho alemán o suizo, las astreintes se destinan a fines de bien público (por ejemplo: a los consejos de Educación o a los fondos de salud pública) o al patrimonio del Fisco. Si bien algunos autores sostienen que éste debería haber sido el sistema adoptado por la legislación argentina, no sólo por ser más depurado técnicamente sino porque evita la confusión con los daños y perjuicios; otros autores reconoce que tropieza con dificultades insalvables en su aplicación práctica. Dentro de estas dificultades encontramos la eventual ausencia de interés en petionar su aplicación por parte de quien resulta perjudicado por el incumplimiento, ya que en definitiva no va a obtener beneficio alguno (siempre y cuando consideremos que sólo es aplicable a pedido de parte y no de oficio por el juez).

En una posición intermedia encontramos autores que como Kemelmajer de Carlucci proponen que la ley sea flexible permitiendo al juez dar uno u otro destino a las astreintes, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en particular.

En nuestra opinión, nuestro país tendría que haber adoptado el sistema del derecho alemán o suizo, no sólo para evitar la confusión de la figura con la indemnización, sino porque debemos recordar que no estamos en este caso ante el incumplimiento de una obligación cualquiera, sino ante un alzamiento frente a un magistrado, e indirectamente ante el poder de impartir justicia que le compete al Estado. Por lo tanto, al verse afectada la potestad del Estado de mantener el orden jurídico no sería ilógico que el destino de lo que se abone en concepto de astreintes vaya a parar al Fisco para que éste lo utilice en obras tendientes a cumplir con la finalidad propia del Estado: el logro del Bien Común.

XI. Acumulabilidad de las astreintes con indemnización de daños y perjuicios

Es materia discutida si una vez liquidadas las astreintes son o no acumulables con los daños y perjuicios que deban pagarse. Gran parte de la doctrina de nuestro país, entre los que están. Llambías, Borda, Moisset de Espanés sostiene que no es posible esta acumulación. Estos autores consideran que el acreedor obtendría un beneficio indebido, un posible enriquecimiento sin causa. Se pueden dar distintas situaciones:

a) por un lado, puede suceder que el monto del daño sea superior al de las astreintes, en cuyo caso el acreedor puede reclamar el total de la indemnización. (quedando las astreintes subsumidas en esta última).

b) por otro lado, puede ser que, a la inversa, el monto de las astreintes sea mayor que el daño, el acreedor puede en este caso reclamar la totalidad de aquéllas, y no la indemnización ya que el damnificado no puede ser indemnizado dos veces.

La crítica que se le hace ha esta posición radica en que los autores incurren en una evidente contradicción; ya que si bien por un lado proclaman la autonomía de las astreintes, su independencia de los daños y perjuicios y su ejecutabilidad, por otro lado están negando todo esto al momento en que ésta se aplica en la práctica; ya que si supuestamente son autónomas e independientes a la indemnización no debería haber problema alguno en que se apliquen conjuntamente.

Si bien algunos sostienen que el beneficiario se estaría enriqueciendo indebidamente, están perdiendo de vista diferente entidad de las dos figuras. Si bien existe un principio por el cual se reconoce que quien sufre un daño tiene derecho a ser resarcido de modo integral, todo monto superior al daño realmente sufrido implica un enriquecimiento injusto, en este caso no estamos frente a este supuesto. Esto es así porque las astreintes no están dentro del ámbito de la reparación de un daño, no buscan resarcir al acreedor por el perjuicio sufrido por una conducta pasada; sino que por lo contrario, miran el futuro buscando que el deudor cumpla con un deber que se le ha impuesto.

Otra posición distinta es sostenida por Ameal y por López Cabana y consideran que es posible la acumulación. Esto en virtud del carácter de autónoma de la medida, lo que implica que ambas

figuras pueden ser aplicadas independientemente la una de la otra, y por lo tanto la aplicación de una no excluye la de la otra. Jorge Mosset Iturraspe al referirse a aquellos casos en que las astreintes no fueron exitosas en doblegar al deudor renuente, cita a Rezzónico que sostiene que "el pago de las astreintes no libera al condenado de su obligación principal, ni de resarcir el daño suplementario que haya ocasionado el deudor por su incumplimiento de la sentencia"²². Esta posición encuentra recepción en el derecho comparado: en Francia donde la ley 91-650 sostiene en su art. 34 la independencia de las astreintes de los daños y perjuicios; y en un decreto ley uruguayo de 1979 (14.978/79).

En nuestra opinión no habría inconveniente en acumular ambas figuras. En primer lugar, porque como ya dijimos con anterioridad, no debemos confundir ambas figuras, que son distintas. Hemos establecido las diferencias que existen entre ellas y si reconocemos que son autónomas la una de la otra, por lo que sería un error al mismo tiempo establecer que la aplicación de una de ellas imposibilita la aplicación de la otra. Debemos recordar que mientras las astreintes buscan compeler al deudor para que desista de su resistencia, la indemnización busca reparar el daño causado. Por lo tanto, no existe fundamento alguno para afirmar que el pago de las astreintes no da derecho al reclamo de la indemnización o viceversa, porque la aplicación de ambas responde a razones y fines totalmente diferentes.

XII. Tiempo de las astreintes

Las astreintes comienzan a correr desde que la resolución que las impone queda firme y ejecutoriada, excepto aquellos casos en que en esa resolución se fija una fecha para su comienzo. Esta fecha debe ser posterior a ese acto. Las astreintes no pueden imponerse retroactivamente ya que no revisten un carácter exclusivamente sancionatorio, sino esencialmente conminatorio. De esta manera, para que exista realmente una presión o una conminación a cumplir es necesario que las astreintes operen permitiendo que se pueda cumplir con el deber jurídico impuesto.

²² Mosset Iturraspe, J., ob. cit., pág. 102.

El tiempo durante el cual el deudor se mantiene en su posición reacia, es también un elemento que sirve al juez en el momento de fijar el monto de las astreintes.

Cesación

cuando son abonadas al acreedor.

Por vía principal

cuando son dejadas sin efecto por el juez porque dejó de lado su resistencia y justificó su proceder.

cuando se extingue la obligación principal que fue su causa (arts. 523 y ss).

Por vía accesoria

cuando el acreedor recibe lo que le es debido sin hacer expresa reserva de las astreintes (doctrina art. 624).

XIII. Factor de atribución

Existen dos criterios:

- por un lado están los que consideran como presupuesto para la aplicación de astreintes que el deudor se sustraiga voluntaria y deliberadamente al cumplimiento del deber jurídico que le fue impuesto.
- por otro lado, están quienes sostienen que no constituye una condición para que procedan las astreintes que medie por parte del deudor un incumplimiento deliberado, doloso. Conforme este criterio, bastan para la aplicación de las sanciones conminatorias la desidia o la inoperatividad negligente del condenado.

La existencia de este elemento subjetivo se presume a partir del incumplimiento, siendo tal un presunción *iuris tantum*. Co-

responde al deudor probar que no existe tal elemento subjetivo, rompiendo así la presunción.

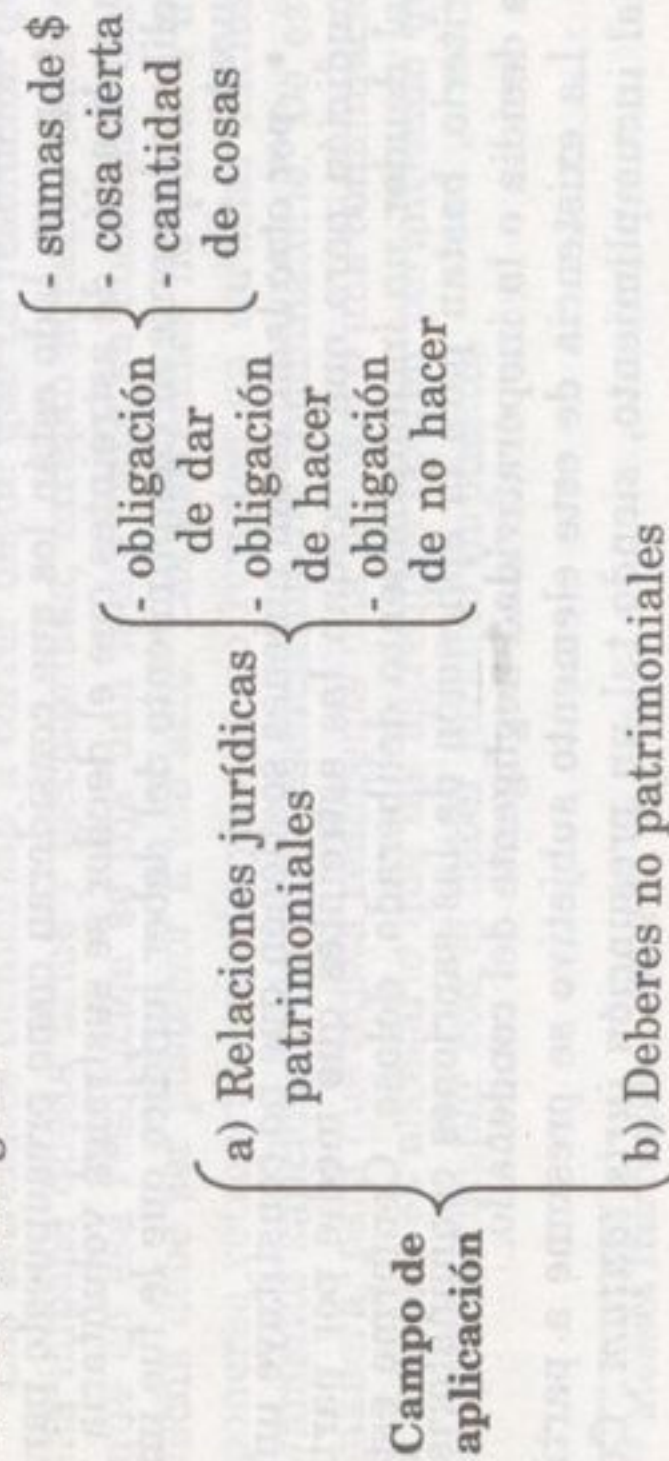
Compartimos esta segunda posición, ya que tanto en aquellos casos en que el deudor dolosamente no quiere cumplir el deber que surge de una resolución judicial, como en aquellos que no lo cumple por negligencia o desidia, las astreintes pueden servir para vencer esta actitud y satisfacer así al acreedor.

XIV. Campo de aplicación

El campo de aplicación de las astreintes es amplio, ya que al tener como fin el cumplimiento de un deber jurídico, pueden aplicarse a todo tipo de obligaciones. Pero es necesario recordar que no sólo se aplican respecto de deberes obligacionales, siendo común su aplicación en el Derecho de Familia, ya que pueden imponerse en relación a cualquier clase de deber jurídico que motiven una resolución judicial.

En principio, las astreintes son aplicables a todo tipo de obligaciones, sea de dar, hacer o no hacer. Aunque generalmente son aplicadas en estos últimos casos ya que en ellos es donde más se justifica su aplicación. Esto es así en virtud del respeto debido a la persona humana, que hace imposible la aplicación de coerción sobre su cuerpo para que lleve adelante la conducta debida. Pero nada impide que se recurra a medios de presión psicológica, a sanciones de carácter pecuniarias como las astreintes.

Las astreintes pueden ser impuestas a toda clase de obligaciones e incluso a deberes de contenido no patrimonial. Podemos entonces distinguir:



Relaciones Jurídicas Patrimoniales

Obiligaciones de DAR:

• **sumas de dinero:** si bien pueden ser aplicadas en estas obligaciones, es dudosa su utilidad, ya que existen otras vías más eficaces para obtener la satisfacción del interés del acreedor (por ejemplo: el embargo y ejecución de bienes).

Lo que importa en este caso no es el modo en que se obtiene la suma de dinero, sino la celeridad con que se cumple el mandato. En este caso, el pedido de aplicación de las astreintes, su tramitación y fijación contribuyen a retardar el trámite, ya que en definitiva lo mismo va ser necesario ejecutar el patrimonio del deudor reacio para hacer efectivo el pago.

Otra de las observaciones que se ha hecho a la aplicación de astreintes en estos supuestos, es que si el deudor no acató la obligación de pagar una suma de dinero, sólo se agravaría la situación imponiendo otra suma de dinero como amenaza de sanción.

Autores como Brebbia, consideran que son aplicables en casos de simple retardo o mora reiterados en el cumplimiento de prestaciones periódicas de dinero, como sería el caso de la obligación alimentaria.

En un fallo de 1983 se considera que "las obligaciones de dar sumas de dinero no configuran las condiciones que la jurisprudencia, doctrina y finalmente los textos legislativos, requieren para la procedencia de la sanción conminatoria", y luego agrega "en las obligaciones de dar suma de dinero es difícilmente concebible la 'resistencia' o recalcitrancia del deudor. El acreedor dispone de todos los medios legales para obtener el cumplimiento de las obligaciones, mediante la ejecución de los bienes que conforman el patrimonio; y si fuera insolvente podrá recurrir a la denuncia de la cesación de pagos para que proceda a la liquidación colectiva"²³.

Pero a pesar de esto, consideramos que debemos reconocer que es posible su aplicación.

• **cosa cierta:** En este caso sucede algo similar. Teóricamente, es posible su aplicación, pero es ineficiente en relación a otros medios que se tiene para lograr que se cumpla con el deber jurídico. Por ejemplo: el desapoderamiento de la cosa para lograr la eje-

²³ LL, 1984-B-116.

cución de lo resuelto judicialmente. Es importante destacar, que en este caso no es de vital importancia quién es el que entrega la cosa: si el obligado o el juez, luego del desapoderamiento. Lo importante es que la cosa sea entregada. Entonces, en principio, la aplicación de las astreintes es posible, pero ineficaz.

Existe una excepción a este principio, que se da cuando el desapoderamiento es dificultoso, oneroso o imposible. Como ejemplos de estas situaciones podemos citar, aquellos casos en que la cosa está oculta y la justicia no tiene medios para encontrarla, o cuando no esta incorporada al patrimonio del deudor o se debe previamente cancelar una hipoteca o inhibición. En estos casos, la aplicación de astreintes como medio de coerción psicológica no sólo es posible sino útil.

• **cantidad de cosas:** encontramos aquí que la doctrina está dividida. Algunos niegan la posibilidad de aplicar astreintes, ya que el cumplimiento puede ser obtenido por un tercero a costa del deudor⁷ (500), siendo éste un trámite mucho más rápido y útil para el deudor. Otros consideran que es posible aplicar astreintes, porque la ejecución por otro a costa del deudor es una facultad que se le reconoce al acreedor, facultad del derecho de crédito, que puede o no ejercer. Puede darse el caso, que el acreedor no quiera que la obligación sea ejecutada por otro ya que esto le implica una serie de molestias como buscar un nuevo proveedor, verificar la calidad del producto, etc. En nuestra opinión, creemos que es admisible la aplicación de astreintes, considerando en especial que el art. 500 establece una facultad que puede no ser ejercida por el acreedor, y de esta manera sería útil y viable la aplicación de las astreintes para vencer la resistencia del deudor a entregar aquello a que se había obligado.

Obligaciones de HACER:

Es importante distinguir entre conductas fungibles y las no fungibles. Una conducta es fungible cuando puede ser ejecutada por otros sin perder utilidad práctica y valor jurídico. Las astreintes parecen poco útiles en este caso, ya que se puede recurrir a que la prestación debida sea ejecutada por un tercero, lo que logrará de manera más sencilla satisfacer a la parte y lograr el cumplimiento de lo adeudado. En cambio, es infungible cuando sólo puede ser ejecutada por el deudor ya que se tuvo en vistas sus

cualidades personales. En este caso, las astreintes revisten gran importancia, para compeler al deudor reacio para que cumpla y lograr así el cumplimiento in natura del deber jurídico incumplido.

Algunos autores, como Llambías y Borda, reconocen que existen ciertos casos en que las astreintes no son aplicables en materia de obligaciones de hacer (fungibles o infungibles) cuando su aplicación repugna al sentimiento jurídico. Entre los ejemplos que se mencionan está, que no se puede obligar a un abogado a asistir a un cliente bajo apercibimiento de astreintes, e incluso algunos agragan el caso de un literato o un escultor, estableciendo que no se podría comprometer mediante las sanciones conminatorias su libertad artística. Consideran que la única solución posible es la indemnización pecuniaria, ya que estas conductas se derivan de la propia personalidad del sujeto, lo que hace que sea imposible de ser objeto de coerción ya que si no estaríamos afectando la dignidad humana y las reglas éticas elementales de las profesiones liberales.

Otros autores, como Mosset Iturraspe, consideran que el invocar un sentimiento jurídico es algo excesivamente subjetivista, al igual que el cumplimiento a desgano. Ya que no siempre el deudor cumple felizmente, y esta no es una condición para que el acreedor esté satisfecho. Muchas veces los deudores actúan con desgano respondiendo más que a un imperativo de conciencia, a las posibles consecuencias que puede traer el incumplimiento.

Obligaciones de NO HACER:

Hay que distinguir si se trata de:

- Obligaciones instantáneas o puras y simples: no se pueden aplicar astreintes ya que en este caso estamos frente a un incumplimiento absoluto que sólo da lugar a la indemnización de daños y perjuicios.
- Obligaciones de carácter permanente que proyectan sus efectos en el tiempo (por ejemplo, cuando se una persona vende un negocio de bulones y se compromete a no abrir uno nuevo en un radio de 30 cuadras por el plazo de 2 años): en este caso la aplicación de las astreintes puede ser útil y eficaz.

b) Deberes no patrimoniales

Dentro de estos deberes están los que corresponden a las relaciones de familia. Son aplicables las astreintes para los casos de regímenes de visita, por ejemplo cuando el padre que tienen la tenencia priva a la madre de la posibilidad de ejercer su derecho de visita. Hay ciertos casos en que la aplicación de astreintes se considera contraria al cumplimiento de principios morales y sentimientos elementales. Es en el caso en que los deberes incumplidos son el de cohabitación o el de fidelidad, donde no se puede constreñir al cónyuge incumplidor mediante la aplicación de astreintes. Los deberes conyugales no pueden ser cumplidos solamente por lo que es el temor que infunde una posible sanción económica.

XV. Proyecto de 1998

Están tratadas dentro de la Parte General, es decir en el Libro Segundo, en el Título XI denominado "Del ejercicio de los derechos".

El art. 398 dispone:

*"El tribunal puede imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplan deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas deberán graduarse en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerla y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder"*²⁴.

Este artículo no hace otra cosa que reproducir con pequeñas modificaciones el art. 666 bis Código Civil.

XVI. Conclusión

• El derecho se ha preocupado desde siempre por encontrar formas de influir sobre la conducta de las personas de modo tal que

²⁴ "Proyecto del Código Civil de la República Argentina. Antecedentes Parlamentarios", La Ley, Bs. As., 1999, pág. 229.

haga posible y beneficiosa la convivencia. Si bien lo normal es que se cumplan a término los deberes que derivan de resoluciones judiciales; algunas veces nos encontramos que los obligados se presentan remisos a hacerlo y es en estos casos en los que el derecho busca formas adecuadas para forzar al sujeto a cumplir sus obligaciones. En Francia y otros países como el nuestro, se aplican en estos casos coerciones de tipo económico conocidas como astreintes.

• Las sanciones conminatorias o astreintes, son una condena pecuniaria, que a razón de tanto por día o cualquier otra unidad de tiempo, se impone al obligado a cumplir deberes jurídicos emergentes de una resolución judicial que se presenta remiso a hacerlo, a favor del beneficiario de esa resolución y al margen de los daños y perjuicios; para vencer la resistencia evidenciada, mediante el temor del aumento constante de la condena.

• Las astreintes tuvieron su origen en Francia a principios del s. XIX, comenzando a ser aplicadas a partir de 1811. Al no contar con normas que autorizasen su aplicación, reconocemos en la jurisprudencia francesa su fuente inmediata.

• Esta figura no la encontramos en el Código Civil de Vélez Sársfield. En 1968 se da su incorporación expresa en el Código Civil (art. 666 bis) por la ley 17.711 y en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 37). Las astreintes tienen así una doble regulación (procesal y substancial) que permite asegurar su eficacia y efectividad.

• Encuentra su fundamento en los poderes implícitos de los jueces. Es un alzamiento frente a un magistrado, e indirectamente ante el poder de impartir justicia que le compete al Estado.

• Respecto a su naturaleza jurídica, sostenemos que es un medio de coerción o una vía de compulsión.

• Es una figura distinta y autónoma a la indemnización de daños y perjuicios, con la que suele confundirse. En virtud de esto, es posible la acumulación de ambas figuras, lo que implica que pueden ser aplicadas independientemente la una de la otra.

• Las sanciones conminatorias son también ejecutables, ya que sería absurdo admitir una sanción pecuniaria y a la vez negarle ejecutabilidad. Es una consecuencia de su naturaleza.

• Persiguen un doble propósito: por un lado compeler al sujeto pasivo de un deber jurídico emanado de una resolución judicial para que realice la conducta que se le ha impuesto; por el otro, lograr el acatamiento de las decisiones judiciales.

Las astreintes tienen dos funciones fundamentales: función conminatoria y función sancionatoria. La primera, porque a través de ellas se busca conminar al sujeto pasivo de una resolución judicial a realizar una conducta determinada impuesta por ésta. La función sancionatoria se da en los casos en que el obligado, pese a la sanción conminatoria que se le ha impuesto, no cumple su deber jurídico.

- Sería posible su aplicación de oficio porque a través de ellas también se propone lograr el acatamiento de las decisiones emanadas de los jueces.
- Pueden ser impuestas no sólo a los que son partes en el proceso sino también a terceros ajenos al proceso que se muestran reacios a cumplir con una orden impartida judicialmente. No habría inconveniente de que las astreintes se aplicaran al Estado, en virtud de que así como éste puede ser parte en un proceso, puede ser también que se muestre reacio a cumplir la resolución del juez.
- A pesar de la importancia del caudal económico como criterio para la graduación del monto, es imprescindible destacar que no es el único criterio a evaluar, ya el juez debe valorar las circunstancias del caso tales como la naturaleza del deber jurídico incumplido.
- La subsidiariedad no es una característica de esta medida, ya que las astreintes proceden aunque sean procedentes otras medidas.
- El derecho argentino adopta, en relación al destino de las astreintes, el sistema francés; tanto en el Código Civil, como en el Código de Procedimiento Civil y Comercial. Nuestro país tendría que haber adoptado el sistema del derecho alemán o suizo, en donde las astreintes se destinan al Fisco o a fines de bien público, no sólo para evitar la confusión de la figura con la indemnización, sino porque debemos recordar que no estamos en este caso ante el incumplimiento de una obligación cualquiera, sino ante un alzamiento frente a un magistrado, e indirectamente ante el poder de impartir justicia que le compete al Estado.
- La medida puede aplicarse no sólo cuando el deudor dolosamente no quiere cumplir el deber que surge de una resolución judicial, sino también cuando no lo cumple por negligencia o desidia.
- El campo de aplicación de las astreintes es amplio, ya que al tener como fin el cumplimiento de un deber jurídico, pueden aplicarse a todo tipo de obligaciones, ya se trate de obligaciones de

dar, hacer (sobre todo en las que la conducta debida es infungible) y de no hacer. Respecto de estas últimas, sin bien no se pueden aplicar las obligaciones de no hacer instantáneas, son útiles respecto de las obligaciones de carácter permanente que proyectan sus efectos en el tiempo.

- También son aplicables en relación a deberes no patrimoniales, como son los que corresponden a las relaciones de familia.
- Respecto al Proyecto de Código Civil de 1998, están contempladas en el art. 398, dentro de la Parte General, es decir en el Libro Segundo, en el Título XI denominado "Del ejercicio de los derechos". Este artículo no hace otra cosa que reproducir con pequeñas modificaciones el actual art. 666 bis Código Civil.

Bibliografía

- ALTERINI, Atilio - AMEAL, OSCAR - LÓPEZ CABANA, ROBERTO, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995.
- BELLUSCIO, A., *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Bs. As., 1981.
- CAZEAUX, PEDRO - TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Platense, La Plata, 1992.
- COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN, "Astreintes", *LL*, 1992-D-570.
- GIFIS, STEVEN H., *Law Dictionary*, Barron's educational series, Nueva York, Estados Unidos, 1996.
- LEZANA, JULIO, "Las astreintes franceses en nuestra doctrina y jurisprudencia", *JA*, 1952-IV-9.
- MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *Curso de Obligaciones*, Advocatus, Córdoba, 1998.
- MOISSET DE ESPANÉS, LUIS - TINTI, GUILLERMO, "Astreintes: una revisión de los elementos salientes de las sanciones conminatorias", *Anuario de Derecho Civil*, I-95, Córdoba, 1994.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Medios para forzar el incumplimiento*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993.
- PEYRANO, JORGE, "Límites de la aplicabilidad de sanciones procesales conminatorias", *LL*, 1984-B-116.
- PIZARRO, RAMÓN - VALLESPINOS, CARLOS, *Instituciones del Derecho Privado - Obligaciones*, t. II, Hammurabi, Bs. As., 1999.
- Proyecto del Código Civil de la República Argentina. Antecedentes Parlamentarios*, La Ley, Bs. As., 1999.

REIMUNDIN, RICARDO, "Las astreintes en el Código Civil y Procesal de la Nación", en J.A. 1959-V-88.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Doctrina Judicial. Solución de casos*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1995.