

DR 23 52

Derecho Procesal 2, título, el embargo preventivo, segunda parte, autor José Tomé Paule, profesor adjunto de la asignatura, día de emisión 14 de noviembre de 1980, día de emisión 3 de diciembre de 1980. Vamos a tratar hoy de la determinación de la naturaleza jurídica del embargo preventivo, problema que presenta extraordinaria importancia y complejidad por haber sido gesto de numerosos estudios, especialmente en Italia. La determinación de esta naturaleza jurídica puede hacerse desde los siguientes puntos de vista.

Primero, en relación con el problema de la naturaleza estructural del embargo. Segundo, en relación con la finalidad del embargo preventivo. Y tercero, en relación con los efectos que el embargo produce en los bienes sobre los que recae.

El primer problema que abordamos es el de la naturaleza estructural del embargo. Es decir, la determinación de si se trata de un acto procesal simple o, por el contrario, es un conjunto de actos combinados. Fácil es afirmar que no se trata de un acto simple, pues dentro del sistema de nuestra ley de enjuiciamiento civil ya podemos descubrir en él cinco momentos diferentes.

Primero, la petición o declaración de voluntad de una parte del proceso que solicita su adopción. Segundo, la admisión o declaración de voluntad del órgano jurisdiccional por la que, estimando existente los supuestos fácticos y jurídicos que condicionan la medida, declara su realización. Tercero, la búsqueda o elección de los bienes.

Cuarto, la realización efectiva de la medida. Y quinto, la garantía de la traba efectuada. No nos hallamos, pues, ante un acto simple, sino ante un acto complejo de actos procesales o, como ha dicho Carnachini, de un complejo de determinadas actividades, cada una de las cuales vive su vida propia.

Pero es preciso profundizar más en esta materia y determinar si se trata de un acto continuado, de un acto complejo o de un procedimiento autónomo. En España, los autores que se han ocupado de esta cuestión suelen atribuir, al embargo, el carácter de procedimiento autónomo. Los procesos cautelares en general, nos dice Plaza, son, ante todo, verdaderos procesos jurisdiccionales en cuanto implican actividades propias de los organismos del Estado encargados de la tutela jurídica.

Procesos que se fundan en una acción autónoma a la del derecho que se pretende asegurar, pues, conforme piensa Quiovenda, el poder jurídico de obtener una medida cautelar es una forma por sí mismo de acción que no puede considerarse como asexoria del derecho garantizado porque existe con poder actual cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe o no existe. Sin embargo, esta teoría que considera a cualquier medida cautelar como un procedimiento autónomo no es aceptada por todos los autores. En relación con el acto del embargo al que nos estamos refiriendo, se puede afirmar que se trata de un acto continuado, es decir, un conjunto continuado de diversos actos procesales que tienen

como finalidad final el lograr la garantía que el embargo lleva consigo.

Más difícil es determinar la naturaleza del embargo teniendo en cuenta su finalidad. Para un sector de la doctrina italiana, representada principalmente por Sansucchi, Carnelutti y Pugliatti, el embargo no tiene un fin ejecutivo. El embargo constituye para este sector una medida cautelar con un fin puramente conservativo, destinado a asegurar los fines de la ejecución forzosa.

Este es el criterio que sigue en España, Urbaneja y De la Plaza. Para otra dirección doctrinal, mantenida también en Italia por Carnaccini, Caniglio y Satta, y en España por Was, aun sin excluir el fin conservativo que lo consideran secundario y subordinado, piensan que el embargo es un acto ejecutivo, con finalidad procesal ejecutiva, no sólo por llevarse a cabo dentro del proceso de ejecución, sino por tener atribuida una función estrechamente vinculada a la realización forzosa. Otro grupo de autores, entre los que destaca Calamandri, adoptan una posición intermedia y consideran que el embargo es un acto de naturaleza ejecutiva, pero con efectos conservativos, entendiendo por efecto conservativo la retención de los bienes en el patrimonio del responsable para poder dirigir contra ellos la actividad ejecutiva en el momento en que ésta sea posible.

El autor español Carreras rechaza todas estas soluciones para nuestro derecho y piensa que el embargo tiene siempre un carácter asegurativo. Para ello rechaza las teorías que le atribuyen efectos conservativos, pues tal efecto no se produce en España, por lo menos en el embargo de inmuebles, ya que la anotación registral no tiende a conservar el bien en el patrimonio del responsable, pues éste puede transmitirlo a terceros, sino que tiende a asegurar y garantizar que la acción del bien trabado no desaparecerá aunque el titular del derecho disponga de él enajenándolo o grabándolo de cualquier modo que sea. El depósito de los muebles en una tercera persona sí que lleva la finalidad de conservación, aunque ésta no sea la única, pero este efecto nunca puede predicarse como un fin común de los diversos actos que integran el embargo, sino únicamente del último acto del mismo, es decir, del depósito que en nuestro derecho constituye la garantía de la afección cuando se trata de muebles o semovientes.

Por estas razones, pues, el embargo no puede tender ni tiene en nuestro derecho a retener en el patrimonio del responsable ejecutado bienes que no son objeto de la actividad ejecutiva. Ahora bien, si tenemos en cuenta que en el embargo preventivo, propiamente dicho, y en otros supuestos de embargos no hay una solución de continuidad entre el acto de la traba y los restantes actos de la ejecución, y si, por otra parte, pensamos que la mayoría de los embargos pueden ser impedidos mediante la prestación por el obligado de una fianza o caución, fácilmente se llega a la solución del profesor de Barcelona de que ni el embargo preventivo, propiamente dicho, y en otros supuestos de embargos no hay una solución de continuidad entre el acto de la traba y los restantes actos de la ejecución, y si, por otra parte, pensamos que la mayoría de los embargos pueden ser impedidos mediante la prestación por el obligado de una fianza o caución, fácilmente se llega a la solución del profesor de Barcelona de que ni el embargo preventivo, propiamente dicho, y en otros supuestos de embargos no hay una

solución de continuidad entre el acto de la traba y los restantes actos de la ejecución, ou si el embargo en la mayoría de los casos puede realizarse inmediatamente sin esperar la restante actividad ejecutiva, cabe pensar que puede atribuirse al embargo un carácter asegurativo. A juicio de Carreras, el hecho de que el embargo no tenga finalidad conservativa no excluye la posibilidad de que constituya un acto cautelar, ya que la conservación de los bienes no es sino una de las especies pertenecientes al género común de los actos cautelares, y función cautelar equivale propiamente a función asegurativa.

El reconocimiento de esta finalidad asegurativa no impide a Carreras admitir también la naturaleza ejecutiva de este acto procesal. En la actuación de la sanción genérica, nos dice el profesor de Barcelona, lo mismo si se aplazan los demás actos ejecutivos que si se realizan inmediatamente, el embargo tiene siempre una característica naturaleza ejecutiva y tiende a afectar a la ejecución los bienes que luego deben ser realizados forzosamente. En conclusión, Carreras afirma que la finalidad ejecutiva general del embargo no excluye que una de sus fases engendre un efecto asegurativo cuando la realización forzosa ha de demorarse por alguna causa.

Desde un punto de vista de los efectos que el embargo produce en los bienes sobre los que recae, Guasch rechaza las posiciones doctrinales que consideran al embargo como un derecho real de carácter personal, las que lo consideran como un derecho de prenda general que tiene el acreedor sobre los bienes del dador y aquellas otras que consideran al embargo como un derecho real de garantía. A juicio del profesor de Madrid, el embargo es un derecho real de carácter procesal, una potestad real que el juez adquiere sobre ciertos bienes un derecho real del embargante que no puede exceder, no obstante, ni hacerse valer fuera del ámbito del proceso en que se obtiene. Guasch justifica su teoría porque las dos características fundamentales de los derechos reales se dan en el embargo.

En efecto, el bien embargado responde de las resultas del proceso de modo directo, cualquiera que sea su poseedor, y por ello el acreedor embargante tiene sobre el mismo el jus persecuendi, que le autoriza a hacerse con el bien aunque su titular haya variado con posterioridad al embargo, y el jus prioritatis, que garantiza al primer embargante en el tiempo la preferencia jurídica en la satisfacción de su derecho. El carácter procesal de este derecho real deviene no sólo de su adopción y realización por un órgano jurisdiccional, sino porque los derechos conseguidos con el embargo únicamente pueden hacerse valer dentro del proceso donde se adoptó.