

## DR 23 51

Derecho Procesal, segundo curso, título El embargo preventivo, primera parte. Autor José Tomé Paulé. Día de grabación, 14 de noviembre de 1980.

Día de emisión, 26 de noviembre de 1980. Les voy a tratar hoy del embargo preventivo, que corresponde al tema 10 de este segundo curso de Derecho Procesal. Como ustedes saben, el proceso es una institución jurídica destinada a la satisfacción pública de pretensiones que presenta dos tipos fundamentales, el proceso de cognición y el proceso de ejecución, caracterizándose este último por tener como finalidad el lograr del juez una manifestación de voluntad, es decir, una operación material que provoque un cambio real en las situaciones al que el proceso se refiere.

Lo mismo que el proceso de cognición, que tiene por objeto la obtención de la sentencia, es decir, de una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional, está integrado por dos fases fundamentales, la instrucción y la resolución, exactamente el proceso de ejecución presenta esas dos fases. En la fase de instrucción se ponen a disposición del órgano bienes físicos con los que operar la decisión ejecutiva, mientras que en la fase de resolución, que más propiamente recibe aquí el nombre de realización, el juez actúa sobre esos bienes para realizar prácticamente la declaración de voluntad contenida en la sentencia. Precisamente el acto con el que se trata de poner a disposición del juez ese conjunto de bienes es lo que recibe el nombre de embargo.

Embargo es, pues, toda afectación de bienes a un proceso con la finalidad de proporcionar al juez los medios necesarios para llevar a buen término una ejecución procesal, según la acertada definición de UAS, o bien, como nos dice Orbaneja, una medida preventiva de conservación cuya finalidad es asegurar la ejecución futura y eventual de deudas en metálico o en especie, definición en la que, como puede observarse, se refiere sólo al embargo cautelar, mientras que en el concepto de UAS es más amplio y se refiere a todo tipo de embargo. Efectivamente, dentro del concepto amplio de embargo, dos son las figuras que cabe recoger, el llamado embargo preventivo o cautelar y el llamado embargo ejecutivo. El embargo preventivo o cautelar sirve de medio precautorio para asegurar las resultas de una ejecución que aún no ha sobrevenido ni se sabe siquiera con certeza si acaecerá.

En cambio, el embargo ejecutivo funciona como medio instrumental de una ejecución no ya potencial, sino actual, pendiente y en curso de desarrollo. Pero entre ambas figuras hay una indudable analogía, pues de una parte la función de facilitar al juez los recursos necesarios es idéntica en ambos casos y de otra parte la estructura de este acto complejo procesal es también idéntica. Hay, efectivamente, variaciones secundarias que han llevado a algún sector doctrinal al estudio separado de estas materias, frente a cuya posición se alza la postura del profesor de Madrid, Guasch, quien no sólo censura el criterio de la ley de enjuiciamiento civil de regulación en diversos lugares del embargo, sino que estudia unitariamente ambas figuras.

No obstante, nosotros, por seguir estrictamente los términos del programa, nos referimos exclusivamente al embargo preventivo, también llamado embargo cautelar. El embargo como medida aseguratoria de una posible responsabilidad es creación del derecho moderno, precisamente del derecho estatuario italiano de donde fue recogido por nuestros antiguos comentaristas. En derecho romano no llegó a conocerse esta figura.

Existieron, claro está, medios de asegurar el ejercicio de los derechos, algunos de los cuales cumplían una finalidad análoga al embargo moderno. De entre los diversos medios que el derecho romano tenían esta finalidad, tales como el *just retencionis*, el *inventarium*, el *repertorium*, las cauciones, la *missio impossessionis* y la *sequestratio*, sólo alguna de ellas servían o podían llenar alguna de las finalidades que hoy llena el embargo. Entre éstas cabe citar, siguiendo al autor italiano Ezcialoia, en su libro *Proceso civil romano*, primero la caución real con la que se aseguraba el cumplimiento de una obligación y que aunque normalmente tomaba siempre la forma de fianza, admitió también las variantes de *caucio ignoraticia* por la que se aseguraba la ejecución sobre determinado objeto, mueble o inmueble y cualquiera que fuere la suerte de propiedad de este objeto.

Estas cauciones si bien podían ser constitutivas, constituidas voluntariamente por los interesados, también existía la posibilidad de constitución forzosa, dando lugar a la caución necesaria que admitía tres modalidades, las cauciones judiciales que eran impuestas por el juez, las cauciones pretorias que eran impuestas por el pretor y las cauciones comunes que podían ser impuestas tanto por el pretor como por el juez. Segunda, la *missio in possessionem* era otro medio de asegurar los derechos, mediante el cual el magistrado podía autorizar a una persona a tomar posesión de los bienes de otro en garantía de los derechos del que entra en posesión. Existía la *missio in possessionem bonorum*, es decir, en todos los bienes del dador y la *missio in possessionem rei*, que recaía solamente sobre una cosa determinada.

Según nos dice Estialoya, la *missio in possessionem* es uno de los medios más eficaces desde el punto de vista de garantía del derecho, pues aseguraba los derechos futuros con la ocupación y con la administración de la cosa trabada. En algunos casos incluso puede constituir una verdadera ejecución anticipada, al ser ella misma la satisfacción del derecho. Esto es lo que ocurría en la *missio in possessionem ex secundo derecho*, en el caso de *Damnum infectum*.

Tercera, la *sequestratio*, o como también se le llamó el *depositum apus sequestrum*, es otro medio de garantía que consistía en el depósito de una cosa en poder de tercera persona a efectos de su conservación. Este depósito podía ser voluntario y necesario. Se hacía en una persona de confianza que el juez designaba, aunque fue frecuente que se hiciera en un lugar público, hasta que en el periodo último del derecho romano imperase la costumbre de hacerlo en los templos.

En el derecho germánico no se desarrolla una teoría legal acerca de estas garantías. La posibilidad de aprehensión de bienes se haya representada por pactos privados, como los del *obstagium* y la *vadiatio*, que eran cláusulas ejecutivas por medio de las cuales el deudor se

declara sometido en su persona y en sus bienes a los actos de ejecución que quiera realizar el acreedor al ser incumplida la obligación sin intervención de la autoridad judicial. La elaboración del embargo preventivo se debe, como ya hemos apuntado, al derecho medieval italiano, en el que se ideó para prevenirse contra la insolvencia del deudor sospechoso de fuga y del deudor extranjero, que por serlo no ofrecía garantías.

Nuestra ley de enjuiciamiento civil no hace más que reproducir esta institución que durante los siglos medios se fue elaborando paulatinamente en Italia.