

TEMA 44

EL EMBARGO PREVENTIVO.-

A) TEORÍA GENERAL DEL EMBARGO.-

Cuando de un título ejecutivo se deriva el pago de cierta cantidad de dinero, el objetivo de la acción es conseguir esta cantidad para pagar al ejecutante. En la mayoría de las ocasiones se hace necesario agredir al patrimonio del ejecutado. Para afectar determinados bienes patrimoniales del ejecutado es necesario que se declare expresamente por el juez y, una vez declarado que los bienes pueden ser ejecutados, se continuará con la actividad ejecutiva hasta realizar los bienes y obtener la cantidad de dinero que se necesita. A esta afectación de bienes y derechos del patrimonio del deudor es a lo que se denomina embargo, y a la actividad ejecutiva posterior, consistente en realizar los bienes, se denomina apremio.

El embargo es el presupuesto indispensable del apremio, sólo que el embargo por sí mismo no tiene ninguna función. En realidad, el embargo consiste en la llamada traba de bienes o de derecho del patrimonio del deudor ejecutado. Esta traba tiene las siguientes características:

- 1º) Para afectar a los bienes patrimoniales del deudor es necesario una declaración expresa del juez. Se debe, además, aportar una serie de garantías y medidas complementarias que aseguren la eficacia del embargo frente a terceros.
- 2º) El embargo debe recaer siempre sobre un elemento del patrimonio del ejecutado. Este elemento debe ser susceptible de realización o venta. La realización del embargo puede consistir en la aprehensión física del bien o en una afectación jurídica.
- 3º) El embargo no limita la facultad dispositiva del deudor (sin entender incluida en ella la facultad de transmisión), ni expropia la titularidad del dueño de los bienes. De esta forma, el embargado conserva todas las facultades sobre el objeto litigioso, pero con su actividad no puede afectar ni a terceros ni al derecho del embargante.
- 4º) El que embarga no obtiene ningún tipo de derecho real sobre el objeto embargado. En este caso el embargo se limita a declarar que determinados bienes patrimoniales del deudor están sujetos a la ejecución y se atribuye al embargante un derecho a perseguir este elemento, aunque cambie su titular, junto a un derecho de prioridad para resarcirse con su valor económico que resulte de la realización del bien.

Como la finalidad del embargo es conseguir dinero o algo que pueda transformarse en dinero, lo cierto es que todo lo que tenga valor económico puede ser susceptible de embargo. Esto es lo que se conoce como embargabilidad de los bienes. La embargabilidad se configura en virtud de la concurrencia de determinadas circunstancias:

es necesario que el bien patrimonial sea alienable, que pertenezca al ejecutado, que no esté incurso en causa de inembargabilidad y que sea un bien preferentemente embargable.

1º) **Alienabilidad:** esta característica hace referencia a la actitud de los bienes patrimoniales que pretenden embargarse para cambiar de manos entendiéndose, por tanto, que solamente es embargable lo que luego puede ser objeto de enajenación o venta. Por este motivo se excluyen del embargo los siguientes bienes:

- a) Los que no tienen un valor económico susceptible de realización.

b) Los bienes que sean de dominio público, tanto los destinados al uso público como los que pertenezcan privativamente al Estado. Dentro de este último grupo tenemos los bienes de dominio público de las CCAA, los que pertenecen a entidades locales y los lugares de culto que tienen asegurada su inviolabilidad.

c) Los bienes que estén ligados inescindiblemente a otros bienes y derechos inembargables.

d) Los bienes que la Ley prohíbe su embargabilidad:

- El derecho de uso y habitación.
- El derecho de arrendamiento de viviendas o fincas rústicas.
- Los derechos de alimentos.

e) Los bienes de interés público:

- Bienes del patrimonio del Estado.
- Bienes patrimoniales de entidades locales.
- Bienes patrimoniales de las CCAA.
- Bienes del patrimonio nacional.
- Las explotaciones ferroviarias.
- Las concesiones de transporte por carretera.
- La propiedad forestal catalogada.
- Los montes vecinales en mano común.

2º) Que el objeto embargado pertenezca al patrimonio del ejecutado: es un presupuesto indispensable que el objeto sobre el que recae el embargo pertenezca al ejecutado ya que resulta imposible que el embargo recaiga sobre el patrimonio de un tercero.

El problema que surge con esta cuestión es determinar que nivel se exige para determinar si un bien pertenece o no al ejecutado. Si se exige un acreditamiento fehaciente, este motivo puede afectar, dificultar o frustrar el embargo. Pero tampoco es posible embargar todo lo que se encuentre en poder del ejecutado, porque puede tener en su patrimonio elementos que no le pertenezcan a él sino a otras personas. Por ello, en la práctica, cada juzgador actúa como entiende oportuno, sin existir un criterio fijo para todos.

Pero lo esencial es embargar el bien del deudor con independencia de su ubicación, lo cual permite afectar a determinados bienes o derechos del ejecutado que puedan estar en poder de terceros. También es posible que el embargo recaiga sobre siguientes bienes:

- Bienes gananciales, aunque la ejecución y el embargo tengan su origen en las deudas contraídas por uno sólo de los cónyuges.
- Bienes y derechos de los herederos, cuando el embargo tenga como origen las deudas contraídas por el causante.

En definitiva, la regla general es que siempre se van a embargar bienes que pertenezcan al deudor, pero con las excepciones que acabamos de comentar.

3º) Es necesario que el objeto no esté incurso en causa de inembargabilidad: la cuestión es puramente legislativa. El principio general es embargar todo lo que se pueda. Pero la Ley excluye algunos bienes atendiendo a determinados criterios de oportunidad y, así, existe lo que se llama inembargabilidad absoluta: el ajuar de la vivienda familiar, los instrumentos indispensables para el ejercicio de la profesión, son bienes que nunca podrán ser objeto de embargo. Pero junto a la inembargabilidad absoluta tenemos también la inembargabilidad parcial (art. 1451 LEC). De los bienes que resultan parcialmente inembargables cabe destacar el salario mínimo interprofesional.

4º) Prelación de los objetos embargables: la ejecución, aunque sea forzosa, se debe realizar a través de los cauces que resulten más efectivos para la propia actividad ejecutiva. En este sentido, la Ley establece un orden de prelación de los objetos embargables en referencia a su ejecución (art. 1447 LEC), prelación que, en definitiva, se puede resumir diciendo que se embargará siempre en primer lugar lo que tenga una venta más sencilla.

B) EL EMBARGO PREVENTIVO.

Consiste en anticipar el embargo al momento inicial del pleito. De esta forma se garantiza la ejecución de la sentencia que se va a dictar en el juicio. Normalmente el embargo preventivo únicamente sirve para cuando el objeto del pleito es una cantidad de dinero, porque su actividad fundamental consiste en afectar determinados bienes patrimoniales del deudor, como ya sabemos, y obtener una cantidad que permita ejecutar la sentencia que se ha dictado.

Presenta una serie de presupuestos:

1º) Consiste o sirve únicamente para asegurar el cumplimiento de una sentencia en el caso de que exista una deuda. Por tanto, para solicitar el embargo preventivo es necesario que la presentación de un documento en el se certifique la existencia de la deuda. Si por alguna circunstancia no se puede acreditar por medio de documento, el juez debe exigir una fianza bastante para que se pueda responder de los posibles perjuicios y de las costas que pueda ocasionar el embargo. Además, el juez tiene libertad suficiente para determinar la cuantía de la fianza.

2º) Lo que se conoce como *periculum in mora*, esto es, se hace necesario que en el deudor concurren ciertos indicios que puedan hacer sospechar la intención de éste de sustraer determinados bienes a la ejecución de la sentencia.

3º) El deudor tendrá que hallarse en alguno de los siguientes supuestos:

a) Que sea un extranjero no naturalizado en España.

b) Aunque sea español o sea extranjero naturalizado en España, que no tenga domicilio conocido o un establecimiento donde poder exigirle el pago de las deudas.

c) Aun teniendo domicilio, que haya desaparecido del mismo y que no haya dejado al frente a ninguna persona a la que se le pueda notificar las deudas pendientes.

Como todas las medidas cautelares, el embargo preventivo depende de la existencia de un juicio posterior. Por este motivo, si se solicita el embargo antes de la tramitación o el inicio del pleito, una vez que se ha concedido el embargo preventivo se concederá un plazo de 20 días para presentar la demanda del juicio correspondiente.

Podemos encontrarnos con varias hipótesis de embargo preventivo:

1º) Embargo preventivo de bien inmueble: el embargo consiste simplemente en librar un mandamiento judicial al registrador de la propiedad para que extienda la correspondiente anotación preventiva.

2º) El embargo preventivo de bienes muebles, semovientes, efectos públicos y metálico: si se trata de un bien mueble o semoviente, se entregan los mismos a una persona que se responsabiliza de tenerlos a disposición judicial en cualquier momento. Si son efectos públicos o dinero, se consignan en un establecimiento destinado al efecto.

3º) Embargo preventivo de bienes que están en poder de terceros: simplemente se ordena al tercero que conserve el objeto a disposición del juzgado. Esta situación se pondrá en conocimiento de la persona contra la que se haya dictado el embargo.

4º) Embargo preventivo de créditos o derechos: pueden ser embargados tanto créditos como derechos que el deudor ostenta contra terceros y, para ello, se pone en conocimiento del tercero que se abstenga de efectuar pago alguno al deudor.

5º) Embargo preventivo en los juicios en rebeldía: presenta la misma tramitación que para el embargo preventivo.

6º) Embargo preventivo en ejecución de una sentencia de desahucio: se embarga y se retienen los bienes necesarios para cubrir el importe de las rentas o alquileres que debe el demandado. Este embargo será nulo de pleno derecho si en los 20 días siguientes el actor no entabla la correspondiente demanda.

7º) Embargo preventivo de buques: basta con que se alegue la deuda y la causa que la motiva. No es necesario justificarlo mediante documento alguno aunque, por supuesto, el juez exigirá la fianza correspondiente.

a) Procedimiento del embargo preventivo. –

Es competente para conocer del embargo preventivo el juez de 1ª instancia. Si la deuda no excede de 8.000 ptas., puede serlo el juez de paz siempre que se solicite el embargo al mismo tiempo que se propone la demanda. De no ser así, competente lo será el juez de 1ª instancia.

En cuanto a la competencia territorial corresponde al juez del lugar en el que resida el bien embargado. Cuando la diligencia de embargo sea tan urgente que su dilación en el tiempo pueda provocar perjuicios irreparables, no será necesario cumplimentar el requisito del reparto de asuntos. En estos casos es el juez decano quien se encargará de practicar el embargo.

Puede solicitarse con anterioridad a la presentación de la demanda. El que haya solicitado y obtenido el embargo debe pedir su ratificación en el juicio correspondiente, debiendo, además, entablar demanda en un plazo de 20 días desde que se concedió el embargo. Si transcurre dicho plazo sin entablar la respectiva demanda o sin solicitar la ratificación, el embargo queda nulo de pleno derecho y se deja sin efectos, siempre que lo solicite el demandado, sin dar audiencia al demandante.

Contra el auto que declara el embargo nulo se puede plantear el recurso de reposición y, si éste resulta negativo, el recurso de apelación en ambos efectos.

También se puede solicitar el embargo previo junto con la demanda mediante otrosí, así como una vez que ya se ha entablado demanda, formándose pieza separada en los autos.

Si el juez estima procedente la solicitud del acreedor, decretará o ejecutará el embargo preventivo y lo llevará

a efecto sin oír al deudor y sin admitirle ningún recurso. Una vez concedido el embargo, es posible que, bien se produzca el alzamiento del mismo, bien que se enerve (enervación del embargo preventivo). Ambos suponen poner fin a los efectos del embargo, pero presentan sus diferencias como es lógico:

a) *El alzamiento del embargo preventivo* tiene su origen en causas ajenas al deudor. Así, cuando por un auto firme se deje sin efecto el embargo, se condenará al actor en costas y se le obligará a indemnizar al demandado por los daños y perjuicios ocasionados. Cuando el embargo se deja nulo de pleno derecho, ya sea por no haberse ratificado en juicio, ya sea por no haber presentado demanda en el plazo correspondiente, mediante auto se ordena cancelar la fianza y se alzará el embargo, condenándose al acreedor al pago de las costas y a la indemnización por daños y perjuicios.

b) *La enervación* tiene su origen en una decisión del deudor. Éste siempre puede acabar con el embargo pagando o consignando las cantidades que se le exigen. Los ejecutores del embargo suspenden todas las diligencias hasta que el juez de 1ª instancia determine lo que estime más conveniente.

Por último, el actor, cuando se le deniegue un embargo, podrá plantear el recurso de reposición y, en el caso de resultar éste negativo, el recurso de apelación en ambos efectos.

C) OTRAS MEDIDAS CAUTELARES.-

a) Anotación preventiva de la demanda.-

1º) Concepto y clases.-

Es una de las medidas cautelares que se pueden dar en el proceso civil. Consiste en levantar asiento en un registro público para que quede constancia de la existencia de un juicio. Eso se produce porque lo lógico es que si existe un bien registrar que puede quedar afectado por la existencia de un litigio, para evitar problemas frente a terceros se registra también la demanda que de lugar al inicio del pleito. La constancia registral de cualquier demanda se denomina anotación preventiva de la demanda.

Tiene carácter potestativo y, como todas las medidas cautelares, presenta una vigencia limitada a la existencia del juicio. Existen tres clases de anotaciones preventivas de la demanda:

1º) Anotación preventiva de demanda de mera publicidad: no tiene naturaleza cautelar sino que presenta exclusivamente carácter informativo. Son cuatro los tipos de anotaciones que se pueden incluir en este supuesto:

a) Anotación de los procedimientos, de la ley y del reglamento del Registro Civil. Tienen carácter informativo.

b) Anotación preventiva de la solicitud de quiebra. Simplemente se está informando de que se va a iniciar un procedimiento de quiebra.

c) Anotación preventiva de la solicitud de suspensión de pagos.

d) Anotación preventiva de la demanda de nulidad, divorcio y separación matrimonial.

2º) Anotación preventiva de demanda de carácter cautelar:

a) Anotación preventiva de demanda en la que se ejercitan acciones reales sobre bienes muebles o inmuebles registrales.

- b) Anotación preventiva de demanda en la que se ejercitan acciones personales de cualquier naturaleza, siempre que tengan naturaleza registral.
- c) Anotación preventiva de demanda que tenga contenido puramente registral.
- d) Anotación preventiva de demanda sobre incapacitación.
- e) Anotación preventiva de demanda sobre impugnación de acuerdos sociales.

3º) Anotación preventiva de demanda como medida cautelar cuando cumpla todas las características propias de las medidas cautelares: presenta las características de instrumentalidad, temporalidad y anticipación de la ejecución.

Es necesario dos presupuestos esenciales para que exista anotación preventiva de demanda:

1º) Interposición previa de demanda.

2º) La demanda debe afectar a derechos o situaciones que ya estén registradas o sean susceptibles de registro. Si el objeto sobre el que recae el pleito no es siquiera susceptible de registro no cabe la posibilidad de anotar preventivamente la demanda.

El contenido de la demanda ha de tener una trascendencia registral, lo cual viene a significar que el derecho o el bien sobre el que recae han de existir en el juicio y susceptibles de registro.

Debe darse, además, un peligro para tercero porque la anotación preventiva de la demanda surte efectos siempre contra terceros. También para anotar preventivamente la demanda debe existir un principio de prueba suficiente. Por último, el juez casi siempre va a exigir una fianza para permitir la anotación preventiva de la demanda en un registro.

2º) Procedimiento de solicitud o anotación preventiva de la demanda.

La solicitud siempre ha de realizarse a instancia de parte legítima y se puede realizar desde que se presenta la demanda, durante toda la tramitación del pleito. Si solicitamos la anotación preventiva junto a la demanda, se solicita mediante otrosí. Si se pide después de presentar la demanda, la solicitud se hará a través de escrito independiente.

Normalmente se concede la anotación preventiva sin dar audiencia al demandado, dictando el juez providencia en la que concederá o denegará la medida cautelar propuesta. Esta providencia es apelable en un sólo efecto y no cabe recurso de casación. Algunos procesalistas, sin embargo, entiende que previamente al recurso de apelación se debe plantear el recurso de reposición, afirmación esta que no está del todo clara.

Nunca se puede sustituir esta medida cautelar por una fianza, salvo que exista conformidad por parte del beneficiario de la medida cautelar.

3º) Duración, modificación y extinción.

Esta medida cautelar dura mientras no se modifique o se extinga. Pero la regla general en este sentido es la que establece el art. 86 LH para las anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad. Por tanto, la anotación preventiva caduca a los 4 años de su fecha, aunque es posible prorrogarla por otros cuatro años.

La anotación preventiva de la demanda se puede modificar, extinguiéndose exclusivamente por cancelación, lo cual únicamente se concederá a través de mandamiento judicial en forma de providencia ejecutoria. Las

causas de cancelación son las siguientes:

- Por alzamiento de la anotación.
- Nulidad de la anotación.
- Caducidad de la anotación.
- Por mutuo acuerdo de los interesados.
- Por terminación del pleito principal por sentencia, desistimiento, renuncia o caducidad.

b) Intervención judicial de bienes litigiosos.–

Se regula la forma de intervenir judicialmente determinados bienes u objetos que están afectados por la existencia de un juicio. Es una medida cautelar que esté pensada para conservar el patrimonio, la empresa o un bien inmueble mientras que se está tramitando un juicio que les afecta directamente.

Esta medida cautelar se lleva a cabo restringiendo las facultades del intervenido y, además, se deben controlar todos los actos que puedan afectar a su patrimonio. El intervenido conserva, sin embargo, todas las facultades de disposición y administración de los bienes de su patrimonio, pero debe poner en conocimiento de un interventor todos los actos que puedan afectar a su patrimonio y, en caso de que el interventor se oponga, deberá solicitar una licencia judicial.

Para la intervención judicial se tienen que cumplir cuatro supuestos o requisitos:

- 1º) Que se formule o se haya formulado una demanda.
- 2º) Que se ejercite una acción relativa al derecho de propiedad de la cosa litigiosa. Si ejercitamos otro tipo de acción no se puede plantear.
- 3º) Que la demanda se refiera a establecimientos industriales, fabriles, mercantiles o agrícolas.
- 4º) Que se presenten documentos justificativos del derecho deducido de la demanda.

Procedimiento.–

- 1º) La intervención judicial se solicita mediante otrosí en escrito de demanda o en un escrito independiente si ya se ha iniciado el pleito.
- 2º) Una vez solicitado, el juez cita a las partes para que comparezcan en un plazo de 9 días.
- 3º) habiendo comparecido se nombra un interventor.
- 4º) En las 24 horas siguientes a la comparecencia, el juez dicta auto declarando haber lugar o no a la intervención. Si no lo ha hecho con anterioridad, en este momento también se puede nombrar un interventor.
- 5º) Contra la decisión del juez en cuanto a la concesión de la medida cabe cualquier recurso ordinario salvo el recurso de casación.
- 6º) Una vez acordada la intervención se ejecutará.

Esta medida cautelar dura el tiempo que dure la tramitación del juicio principal. Una vez que se alza esta medida, el juez debe pronunciarse sobre las costas y, en su caso, sobre la indemnización de daños y perjuicios.

c) El depósito.-

Es una medida cautelar encaminada a la conservación de la cosa mueble. Este objeto se extrae de la posesión del demandado y se pone en posesión de una tercera persona denominada depositario, que debe tener la cosa mueble siempre a disposición judicial.

Presupuestos del depósito.-

1º) Exige la pendencia o la existencia simultánea o posterior de un juicio principal que afecte a la cosa mueble. En concreto el objeto del juicio será siempre una **acción real o mixta sobre los bienes muebles**.

2º) Como en las demás medidas cautelares, es necesario acreditar documentalmente la deuda en la misma forma en que se haría en un embargo preventivo.

3º) Debe haber indicios de un posible malbaratamiento de la cosa.

4º) Se puede exigir una fianza si la persona que solicita el depósito no acredita una responsabilidad o patrimonio suficiente.

Procedimiento.-

1º) Se puede solicitar con la tramitación de la demanda mediante otrosí, con posterioridad a la demanda mediante escrito independiente y antes de haberse interpuesto la demanda. En este último caso se concede un plazo de 30 días para que se inicie el pleito. De no iniciarse, el juez declarará el alzamiento de la medida cautelar.

2º) Se designa un depositario.

3º) El demandado se puede oponer a la medida cautelar a través de los recursos ordinarios.

4º) Cualquier utilización indebida de esta medida conllevará una indemnización de daños y perjuicios.

d) El secuestro.-

Es una medida cautelar encaminada a conservar una cosa específica, que puede ser mueble o inmueble. Es una medida similar al depósito, cuya única diferencia radica en que mientras el depósito, en la práctica, suele utilizarse para bienes muebles, el secuestro se utiliza normalmente para bienes inmuebles. En el secuestro el bien también se extrae del patrimonio del poseedor y se constituye un depósito.

El objeto principal del pleito debe ser siempre una cosa específica. Esta medida cautelar nunca se admite cuando un juicio recae sobre una obligación de hacer o de no hacer. Cabe tanto respecto de acciones reales y mixtas como respecto de acciones personales (cualquier tipo de acción).

Cuando el juez otorga el secuestro se designa un depositario que estará obligado a cumplir, respecto de los bienes, todas las obligaciones de un buen padre de familia.

* * * * *

