

## **EMBARGO PREVENTIVO: MOMENTO DE LA AUDIENCIA AL DEMANDADO; DILACIONES INDEBIDAS EN SU ANOTACIÓN PREVENTIVA\***

Fernando Gascón Inchausti

José C.E. c. Cipriano R.G.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimoprimer).

Sentencia de 6 de junio de 2000.

Recurso de apelación frente a sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Madrid (incidente de embargo preventivo).

Magistrada Ponente: Cánovas del Castillo Pascual.

Abogados: no constan.

### ***Hechos y cuestiones jurídicas.***

En junio de 1996, D. José C.E. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Madrid, y frente a D. Cipriano R.G., demanda en reclamación de cantidad de dinero; por Otrosí solicitó en su demanda el embargo preventivo de los bienes del demandado, por considerar concurrentes los presupuestos del art. 1400 de la LEC de 1881. Por auto de 19 de junio de 1996 se acordó decretar la medida cautelar solicitada, formándose la correspondiente pieza separada. El 17 de diciembre del mismo año la Comisión del Juzgado procedió al embargo – por lo que ahora interesa– de un local comercial sito en San Sebastián de los Reyes. El demandante solicitó entonces que se procediera a la anotación preventiva de la traba en el Registro de la Propiedad correspondiente. Por providencia de 30 de abril de 1997, el Juzgado denegó esta petición por considerarse falta de competencia para ello, dado que en ese momento ya se había dictado sentencia en primera instancia respecto del fondo del litigio, que era objeto de apelación ante la Audiencia Provincial. La resolución negando el libramiento del mandamiento para la práctica de la anotación preventiva fue revocada por la Audiencia Provincial en auto de 23 de enero de 1998, que ordenó al Juzgado que concluyera la tramitación de la pieza de embargo preventivo. Pues bien, por providencia de 24 de abril de 1998, el Juzgado acordó emplazar al demandado para que, en plazo de seis días, contestara a la petición de embargo preventivo formulada por el demandante. Esta providencia fue recurrida en reposición por el actor, pero el recurso se desestimó por auto de 24 de junio de 1998; el mismo día, de hecho, se dictó sentencia en la pieza separada de embargo preventivo, denegando la medida cautelar en su día acordada. Frente a ambas resoluciones se interpuso el recurso de apelación que resuelve la presente sentencia.

---

\* Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de junio de 2000, publicado en *Tribunales de Justicia*, 2001-6, pp. 84-89.

### ***Fallo.***

La Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid estima el recurso de apelación y decreta la nulidad de lo actuado en el incidente de embargo preventivo a partir de la mencionada providencia de 24 de abril de 1998, mandando retrotraer el procedimiento a dicho momento, y ordenando al Juzgado que adopte las medidas pertinentes para la garantía de la traba, sin que deba emplazarse al demandado para que realice actuación procesal alguna.

### **COMENTARIO**

La simple lectura del relato de actuaciones procesales llevadas a efecto ante el Juzgado de Primera Instancia da buena cuenta de lo accidentado de la tramitación de la pieza separada de embargo preventivo, y de los numerosos y sucesivos errores cometidos con ocasión de ella por el juzgador. A través de todos ellos se ponen de relieve claras infracciones de la legalidad procesal, no exentas de consecuencias potencialmente perjudiciales para la esfera de derechos del demandante.

1. El problema fundamental resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid en la presente sentencia es el relativo al régimen de audiencia del demandado en los incidentes de embargo preventivo –al amparo, claro está, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881–. Como será de sobra conocido para el lector, bajo la vigencia de la ley procesal anterior el embargo preventivo era una medida cautelar que se acordaba y se llevaba a efecto en todo caso *inaudita parte debitoris* (art. 1403 I LEC de 1881) –siendo esta previsión conforme con los postulados derivados del art. 24 CE, según proclamó el TC en ATC 186/1983, de 27 de abril y en SSTC 14/1992, de 10 de febrero y 218/1994, de 18 de julio–; sólo una vez llevado a efecto el embargo se abría un plazo de cinco días (a contar desde la notificación de la ratificación del embargo) para que el demandado, si lo deseaba, formulara oposición frente a él, solicitando su revocación (oposición que, en cualquier caso, carecía de efectos suspensivos sobre la “ejecución” de la medida): art. 1416 LEC de 1881. Pues bien, en el presente caso, una vez acordado el embargo preventivo, y antes de decidir si se procede o no a su anotación preventiva, el Juzgado de Primera Instancia ordenó emplazar al demandado para que formulara sus alegaciones a la petición de embargo preventivo, que denegó después. Con ello, el tribunal incurrió, al menos, en los tres siguientes errores:

– Entender que debe darse audiencia al demandado en un momento que no es el previsto por la ley procesal, sino notoriamente posterior.

– Entender que es el tribunal de oficio quien debe emplazar al demandado para que formule sus alegaciones, cuando la Ley expresamente señala que es carga del demandado promover, si lo desea, la oposición a la medida cautelar acordada.

– “Denegar” la petición de un embargo preventivo, cuando éste ya se había acordado previamente, siendo lo único pertinente, en su caso, “alzar” o “dejar sin efecto” el embargo ya acordado.

Es evidente que, con este proceder, el tribunal de instancia ha infringido de manera manifiesta las normas que rigen el procedimiento; es más, la sentencia de la Audiencia incide –posiblemente para fundar con mayor aplomo la nulidad de actuaciones que decreta– en que con ello se ha colocado en situación de indefensión al solicitante de embargo preventivo. La sentencia de la Audiencia, sin embargo, no llega a justificar en qué consiste la indefensión padecida; a nuestro juicio, se puede considerar producida en la medida en que el juzgador, al actuar como lo hizo, dejó desatendida la finalidad que subyace a la voluntad legal de que esta resolución cautelar se acuerde sin dar audiencia previa a la parte contraria: tutelar mejor los derechos del solicitante del embargo preventivo, fomentando la celeridad en el aseguramiento y, sobre todo, evitando que el conocimiento de la petición por el contrario pueda frustrar su efectividad. Por eso, resulta plenamente acertada la decisión de la Audiencia Provincial de decretar la nulidad de las actuaciones a partir del momento en que, por providencia, el Juzgado acordó emplazar al demandado para que contestara a la petición de embargo preventivo; cualquier otra solución hubiera resultado errónea.

2. Por otra parte, lo anómalo de la situación ocurrida en este caso –que no obedece a deficiencia u oscuridad en la ley, sino a error grosero del juzgador– hace que debamos asumir la posibilidad de que llegue a reproducirse un caso similar bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000. Es cierto que la nueva LEC ya no establece de forma taxativa que el embargo preventivo deba acordarse sin audiencia previa de la parte contraria, pues la regla general en relación con las medidas cautelares es su adopción tras una comparecencia de ambas partes ante el tribunal (art. 733.1). Sin embargo, se puede intuir que, tratándose del embargo preventivo, será de aplicación más que frecuente la excepción que, a dicha regla, consagra el art. 733.2, en virtud del cual puede obtenerse una adopción *inaudita altera parte* cuando la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar; y dado que el *periculum* típico que conjura el embargo preventivo –el peligro de insolvencia futura por malbaratamiento u ocultación de bienes– es de los que se agravan colocando sobre aviso al deudor, entonces es claro que se podrá adoptar sin audiencia. Cuando así se haga, el diseño legal es análogo al que preveía la LEC anterior para el embargo preventivo: se le concede al demandado la posibilidad de promover la oposición a la medida acordada, pero siempre que sea él quien lo solicite y, por supuesto, dentro de un plazo preclusivo (que el art. 739 cifra en

veinte días, a contar desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares). Por eso, *de lege lata* tiene el tribunal prohibido emplazar al sujeto pasivo de una medida cautelar decretada *inaudita parte* para que se oponga a ella; y más aún si ese plazo pretende otorgársele cuando ya le ha precluido la facultad de formular la oposición legalmente prevista. Si, a partir del 8 de enero de 2001, un tribunal llegara a hacer algo semejante a lo efectuado por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Madrid en este asunto, debería darse la misma solución aquí adoptada: se habría producido un quebrantamiento de las normas procesales generador de nulidad en las actuaciones.

La única singularidad que puede plantear el régimen vigente es la derivada del dato de que el tribunal, al que se solicitó que adoptara una medida cautelar *inaudita parte debitoris*, decide discrecionalmente si accede a ello o si, por el contrario, considera procedente la audiencia previa, y todo ello en función de lo que se acredite con la solicitud (art. 733.2). Y, si considera que debe rechazar la petición de dar curso al incidente sin oír de momento a la parte contraria, se limitará precisamente a darle traslado de la solicitud y a citarle para la comparecencia genéricamente prevista por el art. 734. Por eso, no puede decirse que la decisión del tribunal de dar audiencia previa a la parte contraria –a pesar de que el solicitante hubiese pedido lo opuesto– conlleve de por sí un quebrantamiento de norma procesal generador de potencial indefensión y de nulidad en las actuaciones. Es más, en tal caso la resolución del tribunal ni siquiera sería recurrible *stricto sensu*: como señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, el recurso pierde su sentido en cuanto se constata que el tribunal, al acordar de oficio su citación para la vista, ya ha advertido de la petición de medidas cautelares a la parte contraria (cfr. *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, con DE LA OLIVA SANTOS y VEGAS TORRES, Ed. C.e.r.a., Madrid, 2000, pág. 401).

3. La otra cuestión que ofrece interés a los efectos del presente comentario es la relativa a lo que, de forma un tanto atécnica pero gráfica, puede denominarse “ejecución” o “cumplimiento” de la medida cautelar. No hace falta recordar que todo procedimiento para la adopción de medidas cautelares tiene dos fases diversas: una primera, de índole “declarativa”, destinada a decidir si procede acordar o no la medida solicitada; y una segunda, a través de la cual se lleva a efecto el contenido de la medida cautelar decretada. En el caso del embargo preventivo, esta segunda fase se materializa en la traba o afección de bienes concretos –que puede ordenarse en el propio auto que decreta el embargo preventivo o, si no, en un momento posterior, normalmente a través de la actuación de la Comisión del Juzgado– y en la adopción de las medidas de aseguramiento del embargo (preventivo) trabado: si se trabaron bienes muebles, su depósito; si fueron inmuebles, la anotación preventiva en el Registro del embargo. Así lo señala, ahora expresamente, el art. 738.2 de la LEC de 2000.

Pues bien, ha de quedar claro que el paso a la fase “ejecutiva” o de cumplimiento de la medida cautelar tan sólo ha de estar condicionado por la

constitución en tiempo y forma de la caución establecida en el auto decretando la adopción de aquélla; efectuada ésta, debe el tribunal proceder sin más a dar cumplimiento al contenido material de la medida acordada por él, y debe hacerlo sin solución de continuidad (art. 738.1 LEC de 2000). La razón de esto último es bien clara, y la pone de manifiesto la sentencia comentada: cuanto más se retrase la efectividad de la medida cautelar, mayor será el peligro de que ésta no cumpla con la función que tiene encomendada. Centrándonos en el embargo preventivo, es evidente que cuanto más tarde en practicarse la anotación preventiva, mayor es el riesgo de que el deudor-demandado lo transmita a tercero que pueda beneficiarse de lo previsto en el art. 34 LH: y los daños que de esta eventualidad pueden derivarse para el solicitante de la medida cautelar son claros, especialmente si el bien embargado era el único capaz de hacer frente a la responsabilidad que se hallaba en tela de juicio. En este sentido señala expresamente la sentencia de la Audiencia que “la falta de efectividad de un embargo ya realizado mediante la anotación preventiva del mismo en el Registro de la Propiedad puede, en ocasiones, causar un cierto perjuicio a quien obtuvo a su favor aquél”: en el caso concreto, el embargo se decretó el 19 de junio de 1996, se materializó el 17 de diciembre del mismo año y, en el momento en que se dictó la presente sentencia (6 de junio de 2000), aún no se había procedido a su anotación preventiva... Lo que no aclara la resolución es quién sería el responsable de estos daños y perjuicios: a nuestro entender, se puede argumentar sin especiales dificultades que se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia por su anormal funcionamiento, que se concreta en la dilación indebida a la hora de proceder a la anotación preventiva de embargo, y que habría de hacerse efectiva conforme señala el art. 293.2 LOPJ.