

## DEL REEMBARGO.

Prof.: José O. Quezada M.

### 1. Del embargo.

El juicio declarativo pretende el reconocimiento o la certidumbre de un derecho. La sentencia de condena constituye un título ejecutivo (art. 434 N° 1), que autoriza su ejecución incidental (arts. 231 a 241), o mediante el juicio ejecutivo (arts. 434 a 544).

Las sentencias meramente declarativas o las constitutivas no tienen el momento jurisdiccional de ejecución del fallo, ya que la función se agota con la sentencia, en el momento del "iudicium"(1).

Expresa la maestría de Calamandrei: "La sentencia del juicio ordinario otorga al vencedor solamente un medio para pasar a una fase procesal ulterior, en la que se sustituya a la ejecución voluntaria, por obra del Estado, la ejecución forzada". (2)

Entre otras diferencias, el juicio incidental únicamente se aplica a la ejecución de las resoluciones judiciales, especialmente de las sentencias, mientras que el juicio ordinario ejecutivo, a toda clase de títulos ejecutivos, amén de las sentencias (arts. 231 y 434).

(1) Ver nuestra obra De la Jurisdicción. Ediar, 1985.

(2) Calamandrei, Piero. El Procedimiento nonitorio, pág. 20.

Todo juicio ejecutivo supone actos procesales de apremio, de indisponibilidad de bienes, de garantías, para asegurar el cumplimiento forzado de la obligación, sea de dar (art. 434 a 529), o de hacer y no hacer (arts. 530 a 544).

Uno de los más importantes es el embargo que se considera "como la medida por la cual se procede a prohibir al deudor la disposición de determinados bienes, y el acto que la concreta, es la traba del embargo". (3)

El destacado procesalista argentino Don Hugo Alsina lo considera, "como la afectación de un bien del deudor al pago del crédito en ejecución". (4)

Entre nosotros, Espinoza (5), lo define, en forma más concreta como

"la actuación judicial practicada por un ministro de fe que consiste en tomar uno o más bienes del deudor, poniéndolos en poder de un depositario, para asegurar con ellos el pago de la deuda".

En nuestras clases, lo consideramos como una actuación judicial que consiste en la aprehensión, material o simbólica, de bienes del ejecutado para asegurar el cumplimiento forzado de una obligación.

Decimos simbólica, porque en algunos casos los bienes quedan en poder del mismo ejecutado, en calidad de depositario, si la ejecución recae, por ejemplo, sobre el simple menaje de la casa habitación del deudor (art. 444 inc. 2º).

## 2. Del embargo ejecutivo y del embargo preventivo.

Las medidas precautorias tienen por objeto "asegurar el resultado de la acción" (art. 290). El alcance de esta frase lo examinamos en una obra especializada sobre la materia. (6)

Interesa para los efectos de este artículo, relacionar las medidas precautorias con el embargo.

En principio, ésta es una medida precautoria, persigue la misma finalidad, pero no toda precautoria es embargo. Hay una relación de género a especie entre ambos actos procesales.

(3) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IX, págs. 942 y ss.

(4) Alsina H. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal, Tomo III, pág. 58.

(5) Espinoza F., Raúl. El Juicio Ejecutivo. Ed. Nascimento, pág. 65.

(6) De las Medidas Prejudiciales y Precautorias. Ediar, 1986.

En la legislación española, base de la nuestra, existe el "embargo preventivo", que es una medida precautoria análoga a la retención nuestra (art. 295). También se aplicó en nuestro ordenamiento procesal, como lo acreditan las obras jurídicas del siglo pasado (7). Reminiscencia de ello es nuestro Código de Procedimiento Penal, que en el Título X, del libro II, arts. 380 a 400, reglamenta "del embargo de bienes y de las garantías para asegurar la responsabilidad pecuniaria del reo". Pues bien, este embargo del proceso penal es el embargo preventivo, que es una verdadera medida precautoria, preferente de retención.

En cambio, "el embargo ejecutivo", es aquel propio del juicio ejecutivo y cuya noción hemos dado en el párrafo precedente.

La relación entre las medidas precautorias y el embargo (se entiende el ejecutivo), se traduce en los siguientes postulados:

1º) Las medidas precautorias son acumulables; pueden pedirse varias sobre el mismo bien. (8)

2º) No hay incompatibilidad entre una precautoria y el embargo. La traba de embargo, por lo general, hace innecesaria una precautoria. Pero hay situaciones en que es necesario solicitar esta medida; como, por ejemplo si no se puede efectuar la traba de embargo, por problemas de inscripción. Para evitar la disposición o la burla de los derechos del ejecutante, éste puede solicitar una medida precautoria.

3º) El problema, ahora, es determinar si es procedente la acumulación de embargos, sobre un mismo bien, o sea, si es válido el reembargo.

### 3. Efectos del embargo.

1º) Su principal efecto es la indisponibilidad del bien embargado; ésta queda afecto al cumplimiento de la obligación. Por esto el deudor no puede disponer de él: "hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello" (art. 1464 N° 3º del C. Civil).

(7) Ver entre otras, Prontuario de los Juicios, de José Bernardo Lira. Imprenta El Correo.

(8) Ver Recurso de Queja N° 70-86, C. Apelaciones de Santiago, sobre las numerosas medidas solicitadas por la Dirección del Trabajo contra Confederación de Trabajadores del Cobre.

2º) Otro efecto importante es la privación de la administración de los bienes embargados "la que corre a cargo del depositario" (Art. 479). Esta privación es mayor cuando el embargo tiene aprehensión material y los bienes son trasladados por el depositario al lugar que crea más conveniente, salvo las excepciones legales (arts. 450 inc. 1º, 451 inc. f. y 479 inc. 2º).

El depositario entregará en su oportunidad, los bienes a quien corresponda para la subasta, siempre que no se trate de bienes raíces o de otros que requieren tasación previa para ser rematados.

Si los bienes quedan en poder del deudor (art. 450 inc. 1º y 444 inc. 3º), deben retirarse de su domicilio, con auxilio de la fuerza pública si es menester, para llevarlos al funcionario que debe rematarlos.

Si los bienes muebles son embargados en una ejecución (1a), y después en otra (2a), y el ejecutante de ésta debe retirar los bienes y rematarlos, percibiendo el producto de la subasta ¿son válidos estos actos?, ¿es legal el reembolso de la segunda ejecución?

La cuestión debe ser analizada desde el punto de vista del Derecho Material y el Derecho Procesal.

#### 4. Derecho Material-Civil.

##### 1º) Derecho de prenda general.

Dispone el artículo 2465 del C.Civil: "toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el art. 1618".

El concepto de patrimonio como universalidad hace posible este derecho de prenda general, ya que los bienes pueden cambiarse, substituirse, perderse, adquirirse otros: pueden ser corporales o incorporales, muebles o inmuebles y el patrimonio es el mismo como entidad jurídica.

Está compuesto de bienes: es el contenido, diverso del continente. Con el objeto de que el deudor no pueda eludir el cumplimiento de sus obligaciones, destruyendo o enajenando sus bienes, el acreedor dispone de diversos medios que constituyen las garantías y la caución. Aquella es el género: esta es la especie. Son especies de caución, la fianza (que es personal) y la prenda e hipoteca (que son reales). Además, la cláusula penal, la solidaridad y la anticresis, también lo son;

las dos primeras personales y la última real.

La ley hace sinónimos los conceptos de garantía, caución y seguridad, aunque stricto sensu, son diferentes.

El embargo ejecutivo es una precautoria, es una garantía procesal, puede hacerse efectivo sobre todos los bienes del deudor, con excepción de los inembargables. Estos se encuentran señalados en el artículo 1618 del C. Civil y 445 del Código de Procedimiento Civil, y entre ellos no se mencionan los ya embargados.

Declarar improcedente el reembargo, por otra parte, menoscabaría el derecho de prenda general del acreedor, reconocido en el artículo 2465 del C. Civil.

#### 2º) Prelación de crédito.

Todos los acreedores pueden perseguir los bienes del patrimonio del deudor para pagarse con el producto de su venta, de acuerdo a las reglas de la prelación de créditos (art. 2469 C. Civil).

Solamente son causas de preferencia el privilegio y la hipoteca (art. 2470 C. Civil inc. 1º). Gozan de privilegio los créditos de la 1ª, 2ª y 4ª clase (art. 2472 C. Civil); los de la 3ª comprenden los hipotecarios (art. 2477 C. Civil). La quinta y última clase considera los créditos que no gozan de preferencia; se cubren a prorrata (art. 2489 C. Civil).

Pues bien, si se considera improcedente o nulo el reembargo, o sea un segundo, tercer... embargo sobre el mismo bien, se estaría reconociendo al acreedor del primer embargo un privilegio que la ley no contempla.

En resumen, de acuerdo a la normativa del Código Civil el reembargo es válido (9).

#### 5. Derecho Procesal.

Las cuestiones procesales deben resolverse de acuerdo a las normas procesales. El camino lo señala la naturaleza jurídica del acto. El

(9) Ver Espinoza, ob. c., pág. 104.

R.D.J.T.I., Sec. I a, pág. 513.

acto es procesal no sólo porque produce efectos en el proceso, sino porque está regulado en la ley procesal, ya que existen actos materiales que producen efectos en el proceso (v. g r . , la transacción, arts. 2446 y ss. C.C.).

1º) Hay que dejar constancia que el primitivo Código de Procedimiento Civil en su artículo 549 contemplaba únicamente el actual inciso primero del artículo 528. El inciso segundo le fue agregado por la ley N° 7.760 del año 1944: "Si existe depositario en la primera ejecución, no valdrá el nombramiento en las otras ejecuciones. El ejecutante que a sabiendas de existir depositario, o no pudiendo menos que saberlo, hace retirar las especies embargadas en la segunda ejecución por el nuevo depositario, será sancionado con las penas asignadas al delito de estafa".

Creemos con el profesor Casarino (10) que esta reforma ha disminuido la magnitud del problema y ha reconocido, implícitamente la validez del reembargo.

2º) Lo que se discute actualmente son los inconvenientes prácticos derivados del reembargo. El embargo es una actuación judicial: a ella siguen otras destinadas a rematar el bien y pagar al acreedor. Estas actuaciones son las que producen dificultades que es necesario evitar, como el que el segundo acreedor retirara las especies embargadas y las rematara para sí, o que el segundo embargo trabado sobre el mismo bien raíz causara la nulidad por aplicación del artículo 1464 N° 3 del C. Civil.

3º) El reembargo es válido si se ha trabado cumpliendo con todas las formalidades procesales. No está prohibido en la ley procesal y no se encuentra entre los bienes inembargables el ya embargado. Eso sí debe cumplirse de acuerdo a la forma prescrita en el inciso primero del artículo 528, dirigiendo oficio al tribunal de la segunda ejecución al que está conociendo de la primera para que retenga de los bienes realizados la cuota que proporcionalmente corresponda al segundo acreedor. Si éste tiene un crédito preferente debe interponer la correspondiente tercera de prelaciones (art. 518 N° 2, 525 y 526), y si no ha interpuesto ejecución y no tiene privilegio, debe interponer la tercera de pago (art. 527).

4º) Los jueces tienen la obligación de velar por la corrección del

procedimiento y "tomar todas las medidas que tienden a evitar la nulidad de los actos de procedimiento". Si consta en autos que un bien está embargado, deben ordenar que el embargo

(10) Manual de Derecho Procesal, Tomo V, pág. 145.

que se solicita ante ellos se efectúe conforme al artículo 528. Si no lo hacen, y el bien de la segunda ejecución sale a remate perjudicando al acreedor del primer embargo, la nulidad del reembargo hay que basarla en la incompetencia del tribunal de la segunda ejecución por infracción a las reglas generales de competencia (11), especialmente de la radicación, la prevención y la extensión, y no en el acto mismo del reembargo.

(11) De la Competencia, Ediar, 1985.