

§ 9.

II. Medidas provisionales de seguridad (1)

I. *Concepto de la medida provisional y sus relaciones con la definitiva.*—Cuando la ley nos garantiza un bien imponiendo a otros una prestación, no se consigue prácticamente aquel bien si el obligado no presta espontáneamente lo que debe o si los órganos jurisdiccionales con medidas de ejecución forzosa no nos proporcionan una utilidad correspondiente al bien que nos es debido. Pero la ejecución forzosa presupone un título ejecutivo o sea una cierta *declaración* autoritaria o convencional de la cual se deduzca la voluntad de la ley (véase § siguiente).

Ahora bien, puede suceder que falte la declaración convencional y que no se tenga aún la autoritaria por falta de acción o del tiempo necesario para tenerla; y que ínterin, se presenten circunstancias tales que en todo o en parte impidan o hagan más difícil o gravosa la consecución del bien que *resultase* garantizado por la ley, si desde ahora no se provee a evitar el peligro.

(1) MANCINI, PISANELLI y SCIALOJA, vol. V, P. II, núm. 88 y siguientes; MATTIROLO, *Trattato*, V.º appendice; MORTARA, *Comment* III, número 627 y sigs.; y los comentaristas de los arts. 921 y sigs., Código procesal civil; GIANZANA, *Del sequestro giudiziario e conservativo*, 1884; LESSONA, *Sequestro*, en el *Dig. it.*; TIRANTI, *Sequestro e responsabilità*, 1905; CODOVILLA, *Le denunzie di nuova opera e di danno temuto*, 1908; DIANA, *Le misure conservative interinali*, Turín, 1909; WACH, *Der italienische Arrestprocess*, 1868; *Feststellungsanspruch*, 1888, pág. 18 y siguientes; BAYER, *Theorie des summarischen Prozesse*, 7.ª ed., 1859, páginas 57-87; WETZELL, pág. 322 y sigs.; SCHMIDT, 2.ª ed., § 92; KLEINFELLER, § 131; WEISMANN, vol. II, §§ 183-188; POLLAK, pág. 66 y siguientes, 689 y sigs.; HELLWIG, *Lehrbuch*, I, pág. 56; *Klagrecht und Klagmöglichkeit*. cit. págs. 13-15; KISCH, III, §§ 20, 21; MERKEL, *Ueber Arrest und einstweilige Verfügung (Sobre el embargo y la medida provisional)*; MÜCK, *Die einstweiligen Verfügungen*, 1901; RINTELEN, *Die einstweilige Verfügung*; GARSONNET, vol. VI, §§ 2985 y sigs.

También puede ocurrir que se trate de un bien cuya consecución, si aquel es debido, no puede aplazarse sin daño.

Puede suceder aún que se tenga una declaración de la voluntad de la ley, pero que durante el tiempo necesario *para la ejecución* se presente el temor de daño: en este caso puede remediarse o apurando la ejecución dentro de los límites consentidos por la ley (por ejemplo, la autorización de la pignoración inmediatamente después del *precepto*. Cód. proc. civ., art. 578) o mediante otras resoluciones.

Estas medidas especiales determinadas por el peligro o la urgencia se llaman medidas de seguridad o de cautela (*cautelares*), porque surgen antes de que sea declarada la voluntad de ley que nos garantiza un bien o antes de que sea realizada su actuación para garantía de su futura actuación práctica y son distintas según la diversa naturaleza del bien a que se aspira (1).

El poder jurídico de obtener una de estas resoluciones es

(1) En esto distingúense las medidas *provisionales de cautela* de las medidas también provisionales determinadas por la particular certidumbre del derecho o por su naturaleza especial, de las que hemos hablado en el § precedente.

No entran pues en esta categoría: 1.º Todas las maneras de asegurar previamente (*cautelar*) el derecho, en los cuales no participa el magistrado con una resolución suya, sino que se remiten a la contratación de los particulares, como las hipotecas y las prendas. 2.º Los que, si bien pueden requerir la intervención del magistrado, son concedidos solo en el presupuesto de la efectiva existencia del derecho y son verdaderos accesorios del mismo derecho, obligaciones accesorias del obligado que pueden hacerse valer también mediante una acción ordinaria de condena, pero que no son puras acciones y no tienen carácter *provisional*. Tales son las obligaciones de dar caución, del usufructuario que abusó de su derecho (Cód. civ., art. 516), del heredero y del legatario para el cumplimiento de la voluntad del testador (arts. 855 y 856), del marido para la seguridad de la dote (art. 1400), del arrendatario para la seguridad de los alquileres (art. 1603), el embargo del patrimonio de un beneficio u otra entidad eclesiástica (Reg. 2 Marzo 1899, art. 19). Claro es que también en estos casos si la urgencia no permite examinar a fondo la existencia del derecho o del derecho a la sanción, puede ordenarse una medida provisional de cautela (así en el caso del embargo de los muebles del arrendatario, conforme al art. 1958, núm. 3 del Cód. civ.).

*una forma autónoma de acción (acción aseguradora): y es mera acción que no puede considerarse como accesorio del derecho asegurado (cautelado) porque existe como poder actual cuando aún no se sabe si aquel derecho existe; e ínterin, el demandado no tiene obligación ninguna de cautela antes de la resolución del juez. Y también aquí el derecho a la resolución de «cautela» es un derecho del Estado fundado en las necesidades *generales* de la tutela del derecho: la parte solo tiene el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto.*

La medida provisional responde a la necesidad *efectiva y actual* de remover el *temor* de un daño jurídico: si este daño era en realidad inminente y jurídico, ha de resultar de la declaración definitiva. Con esta base, la resolución de cautela puede ser revocada o modificada o confirmada: en este último caso puede transformarse en una medida ejecutiva (embargo conservador que se transforma en pignoración (1). En la medida provisional es pues necesario distinguir su justificación *actual*, esto es, frente a las apariencias del momento y su justificación última. La medida provisional actúa una efectiva voluntad de ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de *otra* supuesta voluntad de ley: si después, por ejemplo, esta otra voluntad se ha demostrado inexistente, también la voluntad actuada con la medida provisional se manifiesta como una voluntad *que no habría debido existir*. La acción aseguradora es, pues, *ella misma una acción provisional*; pero esto importa que se ejercite regularmente por cuenta y riesgo del actor, o sea que en caso de revocación o desistimiento sea responsable de los daños causados por la resolución, sea o no culpable (2), puesto que es más equitativo que

(1) Pero pudiendo también no ocurrir esto, es impropio llamar sin más motivo *ejecución anticipada* a la resolución de cautela: así por ejemplo GÜTHE en la *Riv. pel proc. civ. ted.*, vol. XXIV, pág. 346.

(2) Cuestión controvertida. Véase MORTARA, *Commen.*, III, núm. 646 MATTIROLO, *Trattato*, V, núm. 1205 y sigs.; TIRANTI, *Sequestro e responsabilità*, cit. y demás doctrina allí estudiada. La cuestión se ha resuelto expresamente en Alemania en el sentido indicado, por el Reg. proc. (texto 1898) §§ 302, 600, 717 y 945, véanse los *Motivos* del § 655 y 822 del proyecto de reforma 1898 (ed. HEYMANN págs. 270 y 204) del cual resulta que se quiere prescindir de la culpa al sancionar esta responsabilidad. En Ita-

soporte el daño la parte que provocó en su propio beneficio la resolución que al fin ha resultado sin justificación, que la otra que no hizo nada para procurarse este daño y que no estaba *obligada* a hacer nada para evitarlo.

Para garantizar el resarcimiento de los daños a quien se ha privado o disminuído el goce de un bien en virtud de una medida provisional, puede ésta ordinariamente acompañarse de una medida de *contracautela*, o sea la orden de prestar caución el actor (Cód. civ., art. 698, Cód. proc. civ., arts. 363 y 928).

II. *Condiciones de la medida provisional.*—Es condición general para la producción de una medida provisional, como hemos visto, el temor de un daño jurídico o sea la inminencia de un daño *posible* a un derecho o a un *posible* derecho.

a) Acerca de la *posibilidad* del daño, debe examinar el juez: si las circunstancias de hecho dan *serio* motivo para temer el hecho dañoso; si el hecho es *urgente* y por lo mismo es necesario proveer en vía provisional; cual sea la mejor manera de proveer. Por lo demás esta condición genérica se determina mejor ante cada medida provisional.

b) Acerca de la *posibilidad* del derecho, la urgencia no permite sino un examen evidentemente superficial (*summaria cognitio*), pero también respecto de esta condición varían los casos particulares: a veces la resolución se toma precisamente porque un derecho es discutido entre dos y por lo mismo no es necesario determinar a quien corresponde (como en el embargo judicial en pleito pendiente): a veces la pertenencia del derecho fué ya declarada en el fondo y prevalece el examen del primer extremo (como en la ejecución provisional).

III. *Particulares medidas provisionales.*—Nos referimos a

lia tenemos normas aisladas que admiten esta responsabilidad objetiva. Así en caso de abandono del embargo (art. 933, Cód. proc. civ. 71 de la ley de 30 Octubre 1859 acerca de privilegios industriales y art. 101 del Reglamento 31 Enero 1864). En cuanto al embargo reconocido *sin causa*, el art. 935 del Cód. proc. civ. dispone que el que embarga PUEDE ser condenado a los daños: y en la exégesis de este artículo agítanse las más vivas cuestiones. Véase pág. 200.

las principales resoluciones de cautela admitidas por nuestro derecho.

A) *Embargo conservador* (Cód. proc. civ., art. 924 y siguientes, Cód. com., art. 879 y sigs.) Tiene por objeto conservar las *garantías de los créditos* que pueden desaparecer más fácilmente (muebles, incluso las naves, cantidades debidas al deudor por un acreedor suyo). Esta institución es de origen italiano; nuestras leyes medioevales admitían también la detención *personal* del deudor sospechoso de fuga (especialmente de los extranjeros), institución conservada en algunas leyes modernas (por ejemplo, la alemana y la austriaca).

Las condiciones para la concesión de este secuestro son:

a) La *sospecha* de fuga del deudor.

O el temor de sustracciones (ventas, prodigalidades, etc.).

O, en general, el peligro de perder las garantías del crédito, lo cual comprende también una condición de peligro meramente *objetiva*, esto es, independiente del hecho de la voluntad o responsabilidad del deudor.

b) Además debe justificar el acreedor, por lo menos, una apariencia fundada de crédito (*fumus boni juris*): y puede tratarse de un crédito aún líquido, aún sujeto a condición o a término.

Estas condiciones son declaradas por el magistrado antes de la concesión del secuestro mediante *sumarias* informaciones (Código Proc. Civ., art. 925), y más tarde, después de realizado el embargo, más a fondo en un *juicio de convalidación*, cuyo objeto es mantener o revocar el embargo. Así puede haber un doble *juicio provisional*: en efecto, el embargo no deviene realmente definitivo hasta que sea declarada a fondo también la segunda condición, la voluntad de ley en vista de la cual fué concedida la garantía, lo cual no ocurre en el juicio de convalidación, sino cuando el juez competente para éste lo sea también para conocer del crédito, y el actor, pidiendo la convalidación, pida también la condena del deudor (art. 931); en otro caso, las partes son enviadas a la autoridad competente por el fondo (art. 936). Acerca de la competencia y del procedimiento para el embargo, véanse §§ XXIX, IV y CXV (1).

(1) Del embargo como medida *conservadora* debe distinguirse el embargo como función *coercitiva*, como el embargo de las rentas pa-

La necesaria indeterminación de las condiciones del embargo conservador hace que en esta resolución tenga especial importancia la prudencia y la apreciación del caso concreto por el magistrado, correspondiendo a aquél establecer tanto el grado de peligro (p. ej.: examinando si, no obstante el hecho temido, quedarían bastantes garantías en el patrimonio del deudor) como el grado de verosimilitud del crédito, y aun el grado de su actualidad (examinando, p. ej., la probabilidad de que la condición se verifique).

En el caso especial del arrendador, éste puede pedir el embargo de los muebles del arrendatario *por el solo hecho* de que hayan sido levantados de la casa o fundo arrendado (Código Civil, art. 1.958, núm. 3) con tal de que promueva su acción dentro del término de cuarenta o quince días, según que se trate de un fundo rústico o de una casa, sin perjuicio del derecho de pedir después el embargo conservador, con arreglo al art. 924, cuando concurren las condiciones exigidas por esta norma.

B) *Embargo del inmueble* del deudor después de la transcripción del precepto inmobiliario (Cód. Civ., art. 2.085). Por el solo hecho de la transcripción del precepto, el deudor queda en posesión del inmueble como simple secuestratario; pero el Tribunal *puede nombrar otro secuestratario*.

Las condiciones de esta resolución no las especifica la ley (basta que el Tribunal la *repute oportuna*). Ya se comprende que sólo puede concederse aquélla cuando hay motivo para creer que el deudor no administre diligentemente el fundo, no rinda cuenta de los frutos, de manera que exista el peligro de *deterioro* de las cosas que deben servir para la satisfacción de los acreedores y de la *pérdida* de los frutos, los cuales desde la fecha de la transcripción del *precepto* se distribuyen juntamente con el precio de los bienes subastados (1).

rafernales de la mujer (Cód. Civ., art. 133), y el embargo como función *preventiva*, como el de las obras plagiadas o imitadas y de los medios del plagio o imitación para impedir su uso mientras dure el derecho del autor (ley 19 Sept. 1882, art. 36).

(1) MATTIROLO, *Trattato VI*, núms. 139 y sigs.; CUZZERI, *Sull'art. 659*; CESÁREO CONSOLO, *Trattato della espropriazione*, vol. III, pág. 488; GIANZANA, op. cit., cap. XII. Normas especiales en favor de las institu-

C) *Embargo judicial* (Cód. Civ., art. 1.875; Cód. Proc. Civ., artículo 921 y sigs.). Tiene por objeto, no el conservar las *garantías de un crédito*, sino la cosa que es objeto de una pretensión, o sea el *mueble* o *inmueble* sobre los cuales alguien tiene o pretende tener derechos. El embargo puede recaer en una cosa cuya propiedad o posesión sea *contendida* entre varios (Cód. Civ., art. 1875), o, también, si la contienda aún no ha surgido, una cosa en la que otro se crea con derecho, y que corra el riesgo de *alteración, sustracción* o *deterioro* (Cód. Proc. Civ., art. 921, o en una herencia, cuando el testamento sea impugnado (Cód. Civ., art. 914), o en las cosas que el deudor ofrece para su liberación (Cód. Civ., artículo 1875, núm. 2). Considéranse como casos especiales del embargo judicial: α) el secuestro de las máquinas y de los demás medios industriales usados en contravención del privilegio, de los objetos imitados (*contraffatti*) y de los instrumentos destinados a su producción, los cuales, con resolución definitiva, serán dados en propiedad al poseedor del privilegio (ley 30 Oct. 1859, arts. 61 y 68, Reg. 31 En. 1864, arts. 95 y 98); β) La posesión de los bienes de entes eclesiásticos suprimidos, dada al Estado, en caso de contienda, hasta la medida definitiva (ley 7 Jul. 1866, art. 16), lo cual no es sino una medida provisional (1); γ) El embargo de las cosas vendidas (Cód. Com., art. 71 y 413), con el objeto de hacer posible la definición de la controversia y garantizar los derechos que serán declarados en la sentencia.

D) *Denuncia de obra nueva y de daño temido* (Cód. Civ., artículos 698 y 699; Cód. Proc. Civ., arts. 938 y sigs.). Son dos acciones aseguradoras que tienden ambas a evitar un daño en una cosa *poseída* por nosotros, pero diferente por sus condiciones y objetos.

a) La denuncia de obra nueva tiende a detener el desarrollo de una cierta actividad (obra nueva), que fundadamente se cree perjudicial a la cosa poseída, y a garantizar el ejercicio de las acciones que se derivarán del hecho perjudicial, si continúa la actividad. Y tiene por condiciones:

ciones de crédito fundiario encuéntrase en las leyes relativas a éstas. (Texto único, 16 Jul. 1905, art. 41.)

(1) Aplicación: la atribución de esta posesión no invierte la carga de la prueba; véase Cas. Roma, 22 Oct. 1906 (*Legge*, 1907, 221).

1.º La posesión de un inmueble, de un derecho real o de otro objeto.

2.º Una *obra nueva* comenzada por alguien sobre *terreno* propio o ajeno hace menos de un año y no *terminada* (por lo tanto, no cualquier *actividad* sobre el suelo, sino una de tal índole que, conforme a las reglas de la ingeniería, pueda llamarse una obra, como una construcción, una demolición, una excavación, una elevación de terrenos, etc.

3.º El temor del daño que pueda derivarse de éste a la cosa poseída.

El juez examina estas condiciones con *conocimiento sumario* (art. 698, Cód. Civ.), y adopta las resoluciones *temporales* y *urgentes*, que pueden consistir, o en la suspensión de la obra, y, en su caso, la reducción al estado primitivo (acompañada de medidas de contracautela) o la continuación, pero condicionada por una caución para la demolición, en su caso, o la reducción futura de la obra y para los daños.

En un juicio posterior con *conocimiento completo* se procede a la decisión *definitiva* examinando si las oposiciones a la prosecución de la obra eran *fundadas* (lo cual puede comprender, según los casos, un juicio de fondo sobre la sola posesión o sobre la propiedad o sobre la existencia del derecho real) Cód. Civ., artículo 698, Cód. Proc. Civ., arts. 939 y 940.

b) La denuncia de *daño tenido* tiende a prevenir el daño que de otra manera sería inminente para la cosa y tiene por condiciones:

1.º La posesión de un fundo o de un objeto.

2.º El peligro temido de un daño *grave y próximo* que domina al fundo u objeto por cualquier edificio, por un árbol o por otro objeto.

También aquí la medida provisional tiende a evitar el peligro o a garantizar al actor, con caución, de los daños *posibles*; y en juicio posterior se provee *definitivamente* (examinando en el fondo el derecho o la posesión del actor, la efectividad del peligro, la necesidad u oportunidad de las resoluciones tomadas) Cód. civ., artículo 699, Cód. proc. civ., arts. 939 y 940 (1).

(1) Acerca de la competencia y del procedimiento de denuncia, §§ 28 y 116.

E) Resoluciones *conservadoras e interinas*. (Cód. proc. civil, artículo 389), resoluciones de *urgencia*. (Cód. proc. civ., art. 275), resoluciones *urgentes* (Cód. com., 153), resoluciones *temporales y urgentes* (Cód. proc. civ., art. 808), resoluciones *temporales oportunas* (Cód. proc. civ., art. 572, 839, Cód. com., art. 871), etc. En estos casos la ley habla en general de resoluciones provisionales de cautela, atribuyendo completamente al juez declarar su oportunidad y naturaleza. El fin es evitar siempre que se impida la actuación de una posible voluntad de ley o se haga difícil a su tiempo por un hecho ocurrido antes de su declaración, o proveer *aun durante un proceso* en caso de una *posible* voluntad de ley cuya actuación no admita aplazamiento.

Así durante un pleito por suministro de alimentos el juez puede ordenar provisionalmente al demandado prestar los alimentos reclamados por el actor, porque si se esperase a tener declarado definitivamente si el demandado debe o no los alimentos y en qué proporción, el actor podría ínterin sucumbir a la necesidad (Código civ., art. 145). Por esto también el magistrado ordena provisionalmente que uno de los cónyuges atienda a la prole sin perjuicio de establecer después definitivamente quién de los dos debe hacerlo (Cód. proc. civ., arts. 808 y 810).

F) En la serie de resoluciones de cautela entra en algunos casos la resolución que concede en la sentencia la *ejecución provisional* de la misma sentencia (Cód. proc. civ., art. 363 núms. 2 a 9 y 409, ley 16 Jun. 1892 sobre conciliadores, art. 17, etc.). También aquí tenemos un conocimiento ilimitado de la existencia del derecho, pero con la sujeción ordinaria; en este caso, la sentencia por sí no podría ser ejecutada (véase el § precedente y los §§ 10, IV, y 82).

Pero hay pleitos en los cuales tanto vale no proveer como proveer sin efecto inmediato; por esto en tales pleitos se admite la *ejecución provisional* de las sentencias.

El código francés, siguiendo el ejemplo de leyes más antiguas, enumera particularmente estos pleitos (art. 135), y de esta norma derivóse también la enumeración contenida en nuestro art. 363 números 2 a 8:

- a) Aposición o supresión de sellos, o formación de inventario.
- b) Reparaciones urgentes.

- c) Expulsión de casas o de otros inmuebles dados en arrendamiento o colonia.
- d) Secuestratarios, depositarios y custodios.
- e) Admisión de *fidejutores* y sus garantes.
- f) Nombramiento de tutores, curadores y otros administradores y rendición de cuentas.
- g) Pensiones o asignaciones provisionales a título de alimentos.

En las leyes italianas (Cód. sardo 1859 y Cód. actual, art. 363 número 9), fué añadida una condición más genérica «*el peligro del retraso*» que haría inútil cualquier otra determinación particularizada. También la naturaleza comercial del pleito es una condición que permite conceder la ejecución provisional (art. 409 Código proc. civ). Pero en todos estos casos la ejecución provisional no es de derecho (1); PUEDE ser ordenada ésta, por tanto, atribuyéndose a la apreciación del juez proveer, ya sea según el grado de posibilidad del daño, ya según el grado de probabilidad de que la sentencia no sea reformada (2). Por las razones apuntadas, la sentencia de *mera* declaración no puede declararse provisionalmente ejecutiva: es incompatible con esto la idea de urgencia y de provisionalidad.

La ejecución provisional no puede nunca ser ordenada *para los gastos del juicio*, aunque sean adjudicados a título de daños, lo cual ocurre en los pleitos temerarios (art. 364 y 370 Cód. pro-

(1) Es de derecho en casos particulares, como la sentencia declarativa de la quiebra (Cód. com., art. 699), la sentencia de interdicción (Cód. civil artículo 328) y por analogía la de inhabilitación (Cas. Roma, Seccs. Unidas 20 Jun. 1911 en la *Legge* 1912 pág. 129).

(2) PASCUCCI, *Esecuzione provvisoria delle sentenze*, 1879; CHIOVENDA *Sulla provvisoria esecuzione delle sentenze e sulle inhibitorie*, en *Saggi di diritto processuale civile*, pág. 305 y sigs., y aun en *Foro ital.* 1904, página 106 y sigs., reproducido en los *Nuovi saggi di dir. proc. civ.* 1912, página 183 y sigs.; DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, I, pág. 143; MORTARA, *Comment.* IV, núm. 121 y sigs; HALLBAUER, en los *Beitrage* de GRUCHOT, 27, 14; FOIKEL, en la *Riv. pel. proc. civ. ted.* 1895; SCHMIDT, 2.^a edición, § 139, IV. Para la doctrina antigua, LANCELLOTTI, *De attentatis et innovatis lite et appellatione pendente*, 1597; REBUFFE, *Tractatus de sententiis executoriis non obstantibus oppositionibus et appellationibus*, 1554.

cesal civ.) (1). Puesto que la condena en los gastos es el complemento necesario de la declaración del derecho: y como tal no deberá tener vigor sino cuando la declaración existe al devenir definitiva la sentencia (2), porque solo entonces puede hablarse de *sucumbencia*. La ley admite, sin embargo, la ejecutoriedad también para los gastos cuando la sentencia, si bien no definitiva como declaración, tiene la *normal* ejecutoriedad, o sea no está sujeta ni a oposición por rebeldía ni a apelación.

Cuando la ejecución provisional es concedida en consideración a la particular certidumbre del derecho (art. 363, núm. 1) no es una medida *de cautela*; trátase de una declaración con predominante función ejecutiva, de la cual hemos hablado en el § precedente (3).

G) La declaración de la *quiebra* desde la fecha de la sentencia priva de derecho al quebrado de la administración de sus bienes (Cód. com. art. 699) (4).

(1) Así se había manifestado ya la antigua doctrina francesa y las sentencias del Parlamento de París del 18 Febrero 1545: Véase BONNIER en sus notas a la ordenanza del 1667, tít. XVII, art. 14. Para el derecho germánico que no prevé, véase en el sentido manifestado SCHMIDT, 2.^a ed., página 887; en contra PLANCK, *Lehrbuch*, II, pág. 640; STRUCKMANN und KOCH, §§ 708-720.

(2) CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, pág. 414 y los allí citados, a los cuales debemos añadir: DERNBURG, *Beitrag zur Lehre vom Kostenersatz (Contribución a la doctrina de los gastos judiciales)* en las *Monografie di diritto civile e processuale, comune e francese*, 1849, página 193; DE PALO, *Titolo esecutivo*, pág. 143.

(3) Acerca del procedimiento relativo a la ejecución provisional y de las inhibitorias, véase § 82.

(4) BONELLI, *Del fallimento*, I, pág. 352 y sigs; CUZZERI, *Del fallimento*, 3.^a ed. 1911, pág. 100 y sigs.

Apéndice al § 9.

Referencias al derecho español.

Es directamente referible a la doctrina de este capítulo, la institución regulada por nuestra ley procesal civil en el Tít. XIV de su Libro II. *De los embargos preventivos y del aseguramiento de los bienes litigiosos.*

Para que el embargo preventivo pueda ser decretado, precisase además de la existencia real de la deuda, acreditada documentalmentemente, que el deudor contra quien se pida el embargo se halle en uno de los casos siguientes:

- a) Que sea extranjero no naturalizado en España.
- b) Que, aun siendo español o extranjero naturalizado, no tenga domicilio conocido, o bienes raíces, o un establecimiento agrícola, industrial o mercantil en el lugar donde corresponda demandarle en justicia el pago de la deuda.
- c) Que, aun teniendo estas circunstancias, haya desaparecido de su domicilio o establecimiento, sin dejar persona alguna al frente de él; y, si la hubiere dejado, que ésta ignore su residencia; o que se oculte, o exista motivo racional para creer que ocultará o malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores.

Aun con todo esto, si el título en que se funda la petición de embargo, no es ejecutivo sin el reconocimiento de la firma del deudor, no podrá decretarse aquel sino de cuenta y riesgo del que lo pidiere. Y si el deudor no supiere firmar y lo hubiere hecho otro a su ruego, podrá también decretarse el embargo preventivo de cuenta y riesgo del acreedor, siempre que citado aquél por dos veces, para que declare bajo juramento indecisorio sobre la certeza del documento en que conste la deuda, no compareciere al llamamiento judicial. Reconocido el documento, aunque se niegue la deuda, podrá decretarse el embargo.

De todas suertes si el que pidiere el embargo, en cualquiera de estos tres casos últimamente citados, no tuviere responsabili-

dad conocida, deberá el juez exigirle fianza bastante para responder de los perjuicios y costas que puedan ocasionarse.

Ahora bien; comoquiera que el embargo preventivo es una medida de urgencia, es necesario que quien lo ha obtenido por cantidad mayor de 500 pesetas (y, en algunos casos, de 1.500), pida su ratificación en el juicio ejecutivo o declarativo que proceda, entablado la demanda que corresponde, dentro de los veinte días de haberse verificado; y si no lo hiciere quedará nulo de derecho. Pero esto no priva que, si el deudor se halla comprendido en algunos de los casos que antes hemos enumerado pueda también pedirse el embargo después de entablada la demanda, formándose pieza separada respecto al mismo.

Si el dueño de los bienes embargados lo exige, deberá el que haya obtenido el embargo, presentar su demanda en el término preciso de diez días como regla general.

(La tramitación de estos embargos, puede verse con todo detalle, en los arts. 1.397 y sigs. de la Ley de E. C.—Aquí nos limitamos a notar las líneas fundamentales de esta institución procesal).

* * *

De evidente analogía con el *embargo* preventivo es lo que nuestra ley procesal civil llama *aseguramiento de los bienes litigiosos*. El que, presentando los documentos justificativos de su derecho—dice en el art. 1.419—demandare en juicio la propiedad de minas la demontes, cuya principal riqueza consista en arbolado, la de plantaciones o de establecimientos industriales y fabriles, podrá pedir que se intervenga judicialmente la administración de las cosas litigiosas.

El demandado en cualquier estado del pleito, puede pedir que se alce la intervención, prestando al efecto la oportuna fianza.

También prevé la ley el caso de que la prestación del demandado consista en una obligación de hacer o de no hacer, o de entregar cosas específicas.

Si el documento en donde con claridad aparezca aquella, pertenece a la clase de escritura pública o documento privado reconocido, o se trata de confesión ante juez competente, podrá el juez adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas necesarias para asegurar en todo caso la efectivi-

dad de la sentencia que en el juicio recayere, exigiendo a la vez a que solicitare estas medidas, si no tuviere solvencia notoria y suficiente, previa y bastante fianza para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse.

(V. los arts. 1.420 y sigs. de la Ley E. C.)

Entre las medidas *provisionales* estudia el profesor Chiovende los interdictos de *obra nueva* y de *obra ruinosa* (1) tratados en nuestra ley en los arts. 1.663 y sigs.

En virtud de la demanda de interdicto de *obra nueva*, el juez requiere al dueño de la obra para que la suspenda en el estado en que se halle, sin perjuicio de resolver por sentencia el juicio verbal que se celebrará poco después de la fecha de la providencia primera; y del derecho que asiste al que promovió el interdicto para ejercitar en el juicio declarativo correspondiente la acción que crea pertenecerle para obtener la demolición de la obra, si la sentencia del interdicto fué contraria a sus pretensiones, o para pedir la demolición de lo anteriormente edificado, en el caso de haberse confirmado la suspensión.

Con el interdicto de *obra ruinosa* le persigue la adopción de medidas urgentes de protección a fin de evitar los riesgos que pueda ofrecer el mal estado de un edificio, árbol, columna o cualquiera otro objeto análogo, cuya caída pueda causar daño a las personas o en las casas, o bien la demolición total o parcial de una obra ruinosa.

En este último caso el juez resolverá en juicio verbal; en el primero acordará el reconocimiento de lo que amenazare ruina, y previo dictamen pericial, resolverá sin más trámites por auto no apelable.

Es importante observar que el interdicto de obra ruinosa solo puede intentarlo quien tenga alguna propiedad contigua o inmediata, que pueda resentirse o padecer por la ruina, o el que tenga necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio, árbol o construcción que amenazare ruina.

* *

(1) Y creemos con algún expositor que, en cierto modo, a todos los interdictos es dable atribuir esta cualidad, principalmente al de *retener o recobrar*.

Por último deben referirse como materia de relación con la doctrina expuesta en el § que anotamos, las numerosísimas disposiciones dispersas en nuestras leyes (no ya en la procesal y en los Códigos civil, y de comercio, sino en leyes especiales sobre todo de carácter administrativo) que atribuyen a los jueces y autoridades, en casos determinados, la facultad de tomar medidas *urgentes de momento* (interinales y transitorias de ulterior consolidación), así como también las normas relativas a embargos y fianzas en muchos casos, dentro de cada especial procedimiento (incluso las reguladoras del *depósito judicial*: arts. 1.785 y sigs. del Código civil) y, en fin cuanto se ha dicho respecto de la *ejecución provisional*, en el § precedente.
