

DOCTORADO EN DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y CRIMINOLOGÍA



VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

**EL EMBARGO PREVENTIVO EN BOLIVIA. EN ESPECIAL, FRENTE A LOS
DERECHOS SUCESORIOS Y GANANCIALES**

Germán Alejandro Cardona Herrera

Tutora/directora: Dra. Ana Montesinos García

Valencia, junio de 2020

ÍNDICE

ÍNDICE	5
ABREVIATURAS Y SIGLAS	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO PRIMERO: EL EMBARGO. NOCIONES GENERALES Y NATURALEZA JURÍDICA	19
I. CONCEPTO Y OBJETO	19
II. FUNDAMENTO	21
III. NOCIONES PREVIAS	23
1. EMBARGO PREVENTIVO	24
2. EMBARGO EJECUTIVO	26
3. ANOTACIÓN DE EMBARGO	28
IV. NATURALEZA JURÍDICA	31
1. DESDE EL DERECHO SUSTANTIVO	31
2. DESDE EL DERECHO REGISTRAL	39
3. DESDE EL DERECHO PROCESAL	44
V. EFECTOS	49
1. PODER DISPOSITIVO DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL	49
2. POSICIÓN DEL EMBARGANTE RESPECTO A LOS BIENES EMBARGADOS	52
3. POSICIÓN DEL DEUDOR Y DE TERCEROS RESPECTO A LOS BIENES EMBARGADOS	55
VI. EMBARGABILIDAD E INEMBARGABILIDAD	60
1. EMBARGABILIDAD. CARACTERÍSTICAS	61
1.1. <i>Patrimonialidad</i>	61
1.2. <i>Alienabilidad</i>	62
2. INEMBARGABILIDAD.....	65
2.1. <i>Bienes relativamente inembargables</i>	66
2.1.1. Sueldos y salarios.....	67
2.1.2. Pensiones, jubilaciones, montepíos, rentas de vejez o invalidez y otros beneficios sociales.....	71
A) Pensiones.....	71
B) Jubilaciones, rentas de invalidez y vejez.....	72
C) Montepíos.....	73

D)	Otros beneficios sociales establecidos por la ley	74
2.1.3.	Prendas de uso personal y muebles imprescindibles del deudor y su familia	75
2.1.4.	Máquinas, herramientas, instrumentos y otros objetos de trabajo para el ejercicio de una profesión u oficio.....	77
2.1.5.	Artículos de consumo y subsistencia del deudor y su familia.....	79
2.1.6.	Mausoleos, sarcófagos y nichos perpetuos	80
2.1.7.	El patrimonio del deudor, cuando exista garantía específica a favor del crédito reclamado.....	81
2.2.	<i>Bienes absolutamente inembargables</i>	82
CAPÍTULO SEGUNDO: EMBARGO PREVENTIVO		85
I. FUNDAMENTO		86
II.PRESUPUESTOS		87
1.	OBLIGACIÓN DE PAGAR SUMA DE DINERO	88
1.1.	<i>Cantidad determinada o determinable</i>	90
1.2.	<i>Mora</i>	93
1.3.	<i>Obligación sujeta a plazo o condición</i>	94
1.3.1.	La imposibilidad de la ejecución y las “medidas precautorias” del art. 1444 del Código Civil.....	95
1.3.2.	Obtención del embargo por otros medios de protección del derecho de crédito....	96
A)	Beneficio de separación de patrimonios.....	96
B)	Acción pauliana o revocatoria.....	98
1.3.3.	Obtención del embargo por efecto del concurso de acreedores	101
1.4.	<i>Prestación divisible</i>	105
1.4.1.	Obligaciones mancomunadas	113
A)	Mancomunadas simples divisibles	115
B)	Mancomunadas simples indivisibles	116
1.4.2.	Obligaciones mancomunadas solidarias. Efectos de la insolvencia con respecto a los codeudores.....	117
2.	VEROSIMILITUD DEL DERECHO	121
2.1.	<i>Verosimilitud y probabilidad</i>	121
2.2.	<i>Verosimilitud del derecho y situación jurídica cautelable</i>	123
2.2.1.	Pretensión ordinaria o monitoria	123
2.2.2.	Pretensiones retroactivas, reintegrativas y resarcitorias	126

2.2.3.	Enriquecimiento ilegítimo: ¿pretensión resarcitoria o restitutoria?	129
3.	PELIGRO EN LA DEMORA.....	134
3.1.	<i>Deudor con domicilio en el extranjero</i>	135
3.2.	<i>Crédito que consta en un documento público y no tiene garantía suficiente</i>	140
3.3.	<i>El coheredero, el condómino o el socio con respecto a los bienes en los que ejercen copropiedad</i>	145
3.4.	<i>Pretensiones reales sobre el bien demandado</i>	150
3.5.	<i>Pretensión de cumplimiento de un contrato de compraventa</i>	155
3.5.1.	<i>Venta múltiple o venta de cosa ajena</i>	160
3.5.2.	<i>Venta con reserva de propiedad</i>	162
3.5.3.	<i>Opción de compra</i>	163
3.5.4.	<i>Oposición al embargo fundado en un contrato de venta con reserva de propiedad y de opción de compra</i>	166
3.5.5.	<i>Venta con pacto de rescate</i>	172
4.	LAS GARANTÍAS REALES COMO PRESUPUESTO EVENTUAL, AUNQUE EXCLUYENTE DEL PELIGRO EN LA DEMORA.....	174
III.	EL CRÉDITO, LA PRUEBA DE SU EXISTENCIA Y SU NATURALEZA DENTRO DEL PROCESO	191
1.	EL CRÉDITO. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.....	191
2.	DERECHO DE CRÉDITO Y TÍTULO QUE LO CONTIENE.....	195
3.	PUBLICIDAD REGISTRAL Y PRUEBA DEL CRÉDITO	199
4.	EL CRÉDITO EN PRETENSIONES NO PECUNIARIAS	202
IV.	EL MANDAMIENTO	203
1.	MANDAMIENTO. NATURALEZA JURÍDICA Y CONTENIDO.....	206
1.1.	<i>Contenido procesal</i>	208
1.2.	<i>Contenido material</i>	208
2.	ELEMENTOS PERSONALES	209
2.1.	<i>Autoridad judicial</i>	210
2.2.	<i>Oficial de diligencias</i>	211
2.3.	<i>Depositario</i>	212
3.	EL EMBARGO GENÉRICO DE DERECHOS	212
V.	MODIFICACIÓN DEL EMBARGO	217
1.	AMPLIACIÓN	217

2.	REDUCCIÓN.....	218
3.	SUSTITUCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA CAUCIÓN SUSTITUTORIA.....	220
4.	MODIFICACIÓN DEL EMBARGO EN PRETENSIONES REALES O MIXTAS.....	223
CAPÍTULO TERCERO: ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO		227
I.	DEFINICIÓN	227
1.	“ANOTACIÓN”.....	228
2.	“PREVENTIVA”.....	228
3.	“EMBARGO”.....	229
II. NATURALEZA DE LA ANOTACIÓN: ¿MEDIDA CAUTELAR O DERECHO REAL?		229
III.	FUNDAMENTOS	230
1.	FUNDAMENTOS DE LA ANOTACIÓN REGISTRAL.....	230
1.1.	<i>La fe pública registral.....</i>	231
1.2.	<i>La publicidad</i>	232
1.3.	<i>La seguridad jurídica.....</i>	233
2.	FUNDAMENTOS DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.....	235
2.1.	<i>Pretensión real o pecuniaria.....</i>	235
2.2.	<i>Derecho real de garantía.....</i>	236
IV.	PRESUPUESTOS	237
1.	BIEN O DERECHO INDIVIDUALIZADO	237
2.	RESOLUCIÓN CAUTELAR DE EMBARGO.....	238
3.	BIEN O DERECHO SUJETO A REGISTRO	239
4.	ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA COMO PRESUPUESTO EVENTUAL	239
V.	OBJETO	241
1.	BIENES Y DERECHOS DEL DEUDOR.....	241
2.	BIENES Y DERECHOS DE UN TERCERO.....	243
3.	BIENES Y DERECHOS SUSCEPTIBLES DE ANOTACIÓN DE EMBARGO.....	244
4.	PROPIEDAD DE LOS BIENES INMUEBLES Y TITULARIDAD REGISTRAL: CARÁCTER CONSTITUTIVO O DECLARATIVO DE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO.....	245
4.1.	<i>Bienes no pertenecientes al demandado, registrados a su nombre</i>	245
4.2.	<i>Bienes pertenecientes al demandado, registrados a nombre de tercero.....</i>	250
VI.	EFFECTOS.....	255
1.	OPONIBILIDAD Y ANULACIÓN DE LA BUENA FE DE LOS TERCEROS ADQUIRIENTES.....	255

2.	DERECHO DE PREFERENCIA O PRIORIDAD REGISTRAL	257
3.	TRANSITORIEDAD	262
4.	DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL QUE DICTÓ LA MEDIDA Y ORDENÓ LA ANOTACIÓN	263
VII.	EXTINCIÓN DE LA ANOTACIÓN.....	265
1.	CADUCIDAD	265
2.	TERCERÍA DE DOMINIO DECLARADA PROBADA	267
3.	SENTENCIA FIRME Y CONCLUSIÓN DEL PROCESO	271
4.	CANCELACIÓN DE LA ANOTACIÓN POR EXTINCIÓN DEL OBJETO DEL EMBARGO.....	272
	CAPÍTULO CUARTO: EMBARGO PREVENTIVO Y DERECHOS SUCESORIOS Y GANANCIALES.....	275
I.	EMBARGO Y DERECHOS SUCESORIOS	275
1.	LA MASA HEREDITARIA COMO OBJETO DE GARANTÍA DEL DERECHO DE CRÉDITO	276
2.	FACULTADES DE LOS HEREDEROS RESPECTO A LA MASA HEREDITARIA. EFECTOS DE SU EJERCICIO FRENTE A LOS CRÉDITOS	283
3.	RELACIÓN ENTRE LOS COHEREDEROS RESPECTO AL CRÉDITO RECLAMADO.....	292
II.	EMBARGO Y COMUNIDAD GANANCIAL.....	296
1.	NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD GANANCIAL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS CÓNYUGES FRENTE A LOS CRÉDITOS QUE LA GRAVAN	297
1.1.	<i>Embargo y patrimonio familiar</i>	<i>301</i>
1.2.	<i>El embargo frente a la comunidad ganancial constituida por unión libre</i>	<i>304</i>
1.3.	<i>Fianza entre cónyuges.....</i>	<i>305</i>
2.	RÉGIMEN JURÍDICO DEL CRÉDITO CONTRAÍDO POR UNO SÓLO DE LOS CÓNYUGES Y ACCIONES DEL CÓNYUGE NO ANUENTE CONTRA LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES COMUNES.....	307
2.1.	<i>Tercería de dominio en el proceso ejecutivo</i>	<i>308</i>
2.2.	<i>Reivindicación.....</i>	<i>310</i>
2.3.	<i>Anulabilidad.....</i>	<i>313</i>
2.4.	<i>Obtención del valor real</i>	<i>316</i>
3.	SITUACIÓN DE LOS CRÉDITOS FRENTE A LA SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES.....	318
3.1.	<i>Separación de bienes por interdicción o desaparición del otro cónyuge</i>	<i>318</i>
3.2.	<i>Separación de bienes debido a la mala administración o la responsabilidad civil en la que pudiera incurrir el otro cónyuge</i>	<i>320</i>
3.3.	<i>Necesidad de incluir la separación de hecho como causal de separación de bienes. Efectos sobre la garantía de los acreedores</i>	<i>325</i>

3.3.1. Elementos de la separación de hecho y su configuración en la normativa familiar boliviana.....	326
3.3.2. La ruptura del proyecto de vida en común y la separación extrajudicial de bienes.....	328
3.4. <i>Situación de los créditos antes, durante y posterior a la separación judicial de bienes: Publicidad y perjuicio de los acreedores</i>	332
4. ADQUISICIÓN DE OBLIGACIONES DURANTE LA VIGENCIA DE LA COMUNIDAD GANANCIAL	333
5. SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES. LOS CRÉDITOS DURANTE LA INTERRUPCIÓN DE LA COMUNIDAD GANANCIAL	340
6. RESTABLECIMIENTO DE LA COMUNIDAD GANANCIAL. DETERMINACIÓN DE LOS BIENES PROPIOS DE LOS CÓNYUGES ADQUIRIDOS DURANTE LA SEPARACIÓN	344
7. SITUACIÓN DE LOS CRÉDITOS FRENTE A LA NULIDAD DEL MATRIMONIO.....	346
8. DERECHOS Y EXPECTATIVAS DE LOS ACREEDORES EN LA DIVISIÓN DE BIENES GANANCIALES..	349
8.1. <i>Determinación del pasivo y del activo</i>	350
8.2. <i>Determinación del origen del dinero en cuentas bancarias aperturadas durante la existencia de la comunidad ganancial</i>	352
8.3. <i>Expectativas de derechos de los acreedores frente a las facultades contenidas en el artículo 414 del Código de las Familias y del Proceso Familiar</i>	353
CONCLUSIONES	361
BIBLIOGRAFÍA	369
JURISPRUDENCIA	389

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AA.VV.	Autores varios
Art.	Artículo
A.S.	Auto Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
C.C.	Código Civil
C.Com.	Código de Comercio
CFPF	Código de las Familias y del Proceso Familiar
CGP	Código General del Proceso
CPC	Código Procesal Civil
CPCC	Código Procesal Civil y Comercial
CPE	Constitución Política del Estado
D.S.	Decreto Supremo
Inc.	Inciso
INRA	Instituto Nacional de Reforma Agraria
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
Ley INRA	Ley del Instituto Nacional de Reforma Agraria
Núm.	Numeral
OIT	Organización Mundial del Trabajo
S.A.	Sociedad Anónima
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SS.CC.	Sentencia Constitucional
T.	Tomo
V.	Ver

INTRODUCCIÓN

Debido a su importancia para la tutela judicial efectiva y como parte integrante de la tutela cautelar, el embargo preventivo se presenta como la medida cautelar por excelencia en el proceso civil, por cuanto además de ser una de las primeras de este tipo habiendo tenido un desarrollo doctrinal y jurisprudencial exhaustivo, constituye el fundamento para la existencia de otras medidas cautelares reguladas por la norma procesal. En ese sentido, aparecen medidas como el secuestro judicial, la prohibición de contratar, la inhibición de bienes o la intervención judicial que, pese a contener ciertos efectos idénticos a los del embargo, tienden a ampliar o reforzar el mismo¹.

Por otro lado, entre sus virtudes, el embargo se destaca por su versatilidad, pues permite su utilización para pretensiones personales y reales, sirviendo de garantía tanto para la ejecución de sentencias constitutivas como para las de condena. En ese sentido, esta medida cautelar hace hincapié en la posibilidad de mantener el *statu quo* del patrimonio del deudor, así como de la situación jurídica de aquellos bienes sobre los cuales el embargante alega la existencia de un derecho legítimo.

La intrincada naturaleza del embargo preventivo exige, en primer lugar, abordar su estudio a partir de las tres dimensiones en las que se presenta, esto es, en los ámbitos civil, procesal y registral. De ello se desprende su complejidad y la necesidad de acudir a los diferentes instrumentos legales que de una u otra manera regulan esta medida cautelar. De ahí que en el primer capítulo analicemos la parte general del embargo que incluye su concepto, naturaleza jurídica y efectos, entre otras cuestiones, que consideramos trascendentales para la cabal comprensión de las relaciones jurídicas concretas en las que interactúa el embargo preventivo, tanto desde su fundamento material como de su existencia procesal y su acceso al registro de la propiedad.

Pese a que legislativamente el embargo preventivo ha sido mayormente enfocado desde el punto de vista de las relaciones obligacionales, no pueden soslayarse los efectos que produce

¹ Así, por ejemplo, aunque el secuestro judicial se identifica con el embargo en la adscripción de los bienes a la ejecución, el primero añade la aprehensión física de éstos. Asimismo, la propia norma procesal señala que el secuestro podrá adoptarse cuando, habiéndose ordenado previamente un embargo, éste resultase insuficiente para la garantizar la ejecución.

en el ámbito de las relaciones familiares y de los derechos sucesorios. Así, consideramos que la confrontación del embargo preventivo con los derechos surgidos de las relaciones de familia, de las que a su vez se bifurcan los derechos patrimoniales sucesorios y gananciales, aportará un vasto conocimiento en la materia.

Lo anterior se justifica en la necesaria determinación sobre la preminencia entre los derechos de los acreedores u otros que aleguen la propiedad de los bienes y aquellos surgidos de dichas relaciones que, por su propia naturaleza, están revestidas de complejidad y merecen un análisis propio desde el Derecho de Familia y no como si se trataran de meras relaciones jurídicas de carácter civil.

En ese orden de ideas, la inquietud por el tema de la presente tesis doctoral se manifiesta en la configuración que otorga la norma sustantiva y procesal al embargo preventivo, enfocándolo siempre desde el punto de vista de las relaciones jurídicas civiles, como los derechos personales y reales, dejando de lado otras de distinta naturaleza. De ello resulta que el interés de los embargantes pueda verse dificultado por las relaciones jurídicas de tipo familiar - de las que se desprenden, inevitablemente, aquellas sucesorias-, de lo que resulta la necesidad de su estudio.

Ello exige un análisis patrimonial de los derechos sucesorios y gananciales delimitando la masa que en uno y otro caso corresponde a los herederos y a los cónyuges respectivamente. De acuerdo con esto, en el primer apartado se abordará la masa hereditaria como objeto de garantía del crédito de los acreedores, siendo previamente necesario determinar cuál es el sistema sucesorio adoptado por el ordenamiento jurídico boliviano y la porción legítima a la que tiene derecho los sucesores universales.

De lo anterior emanan las distintas facultades que tienen los herederos forzosos frente a la masa hereditaria y, en su caso, las soluciones en su pugna frente a los derechos de los embargantes. En este punto, será trascendental delimitar los efectos de la aceptación de la herencia y el momento en el que ésta acontece, pues de ello deriva la posibilidad de que la garantía de los embargantes se amplíe o se restrinja al patrimonio del causante.

En este punto interesará el estudio de las distintas pretensiones que pueden instar los sucesores, a efectos de hacer valer sus derechos, con la correspondiente expectativa para los intereses de los embargantes. Al respecto, se analizan los efectos del embargo preventivo frente

a la reintegración, la colación, la división, el incremento y la reducción. Así también, las facultades de los acreedores ante la aceptación de la herencia y la falta de ésta, cuando interese la separación de los patrimonios del causante y sus sucesores o, por el contrario, la confusión del mismo.

En la concurrencia del crédito con los derechos sucesorios conviene analizar la relación entre los coherederos respecto a aquel y, por tanto, la responsabilidad patrimonial que tiene cada uno de ellos frente al crédito reclamado. En ese sentido, se determinará en qué medida responden por dicho crédito y qué acciones tienen a salvo para exigir el cumplimiento de las obligaciones en la proporción de cada uno de los sucesores.

En cuanto al embargo y la comunidad ganancial, en primer lugar, corresponde precisar el régimen económico matrimonial adoptado por el ordenamiento jurídico boliviano y los principios determinados por el mismo para las relaciones de familia. En ese sentido, se analizarán los conflictos resultantes del embargo y el patrimonio familiar, éste y la comunidad ganancial constituida por unión libre, así como la posibilidad de la fianza entre cónyuges.

La presente tesis doctoral tiene como primer objetivo elaborar una teoría general del embargo preventivo que previamente permita establecer cuál es la finalidad que el mismo cumple en el ámbito del proceso. De este modo, una vez delimitado el objeto del embargo, comprender el fundamento del mismo y según su naturaleza de qué manera se encuentra regulado en las leyes sustantiva, registral y procesal.

Como segundo objetivo, la presente tesis doctoral se encuentra dirigida a señalar los alcances de los diferentes supuestos de inembargabilidad enumerados por el Código Procesal Civil². Ello encuentra su fundamento en el hecho de que la norma procesal se limita a señalar algunos de estos supuestos sin tomar en cuenta aquellas situaciones concretas en las que los mismos resultan inaplicables, resultando de ello una regulación confusa e imprecisa.

Pese a que el embargo preventivo puede ser trabado sobre bienes de distinta naturaleza siempre que éstos cumplan con los presupuestos de embargabilidad, alienabilidad y patrimonialidad; la experiencia ha demostrado que en la mayoría de los casos el embargo es trabado preferentemente sobre bienes inmuebles. Esto se fundamenta en el hecho de que estos

² Estado Plurinacional de Bolivia. Ley 439, de 19 de noviembre de 2013, Código Procesal Civil, vigente desde el 6 de febrero de 2016. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, 25 de noviembre de 2013, núm. 585NEC.

bienes representan un mayor valor económico y normalmente son objeto de las relaciones jurídicas obligacionales en forma de actos de disposición como la venta o la hipoteca.

De acuerdo con lo anterior, tratándose bienes que tienen naturaleza registral, el embargo de inmuebles no sólo produce los efectos ordinarios del mismo -que son eminentemente procesales-, sino que además es susceptible de provocar un cambio en el registro de la propiedad. Por ello, la presente tesis doctoral tiene como tercer objetivo delimitar la diferencia y autonomía del embargo preventivo con su correspondiente anotación, sirviéndonos de la definición, naturaleza, fundamentos, presupuestos, objeto, efectos y extinción de ésta última.

Finalmente, los objetivos de la presente tesis doctoral se completarán con la determinación de los efectos que produce el embargo preventivo en su concurrencia particular con los derechos sucesorios y gananciales. En ese orden de ideas, se analizará la responsabilidad patrimonial y las facultades en las relaciones entre los coherederos y los cónyuges, respectivamente, frente a los créditos que graven en cada caso tanto la masa hereditaria como la ganancial.

Nuestro estudio consta de cuatro capítulos. El primer capítulo tendrá como objeto el estudio de los elementos generales del embargo tales como su concepto, naturaleza jurídica, efectos y supuestos de embargabilidad e inembargabilidad. Así, una vez delimitados estos elementos, estaremos en condiciones de confrontar esta medida cautelar con su plasmación registral y su concurrencia con los derechos emanados de las relaciones familiares.

El segundo capítulo se encuentra dirigido al estudio del embargo preventivo y su función en el ámbito cautelar. Para ello, será necesario establecer cuál es su fundamento y presupuestos, así como la delimitación del crédito como presupuesto esencial de la medida cautelar. A continuación, se analizarán algunos de los efectos procesales más importantes como son el mandamiento de embargo y su eventual modificación en el transcurso del proceso.

En el tercer capítulo se estudiará la anotación preventiva del embargo. Al respecto, debido a que su análisis está dirigido a diferenciarlo de su objeto que es el embargo preventivo, interesará especialmente el estudio de aquellos elementos que delimitan la independencia del embargo con su anotación registral, como su objeto, presupuestos y modalidades de extinción.

El cuarto y último capítulo está conformado por el estudio del embargo de los derechos sucesorios y gananciales. En ese sentido, debido a la complejidad que éstos presentan frente al

embargo preventivo, se analizará la responsabilidad patrimonial de los herederos, sus facultades sobre la masa hereditaria, y sus relaciones frente a los acreedores del causante y entre sí mismos en el ámbito de la responsabilidad proporcional.

En el mismo capítulo, asumiendo que la existencia de la comunidad ganancial crea un régimen de corresponsabilidad de los cónyuges también se analizará la situación del crédito frente a las diferentes situaciones que modifican la comunidad ganancial como ser la separación judicial de bienes, la separación de hecho y la nulidad del matrimonio. Asimismo, considerando que la comunidad ganancial es una masa indivisible y requiere del consentimiento de ambos cónyuges para la constitución de cualesquiera actos de disposición sobre la misma, se plantean las distintas pretensiones otorgadas en favor del cónyuge no anuente frente a estos actos.

Finalmente, se analizan los derechos y expectativas de los acreedores en sede de liquidación de la masa ganancial. Al respecto, se abordan las siguientes cuestiones esenciales: la determinación del pasivo y el activo ganancial, la determinación del origen del dinero depositado en cuentas aperturadas durante el matrimonio, y los derechos de los acreedores frente a la facultad regulada por el artículo 414 del Código de las Familias y del Proceso Familiar, esto es, la conservación del derecho de ganancialidad y la transmisión de los bienes gananciales en favor de los hijos.

CAPÍTULO PRIMERO: EL EMBARGO. NOCIONES GENERALES Y NATURALEZA JURÍDICA

En el presente capítulo abordaremos el embargo a partir de los elementos esenciales que lo conforman. En ese sentido, se delimitará el concepto general del embargo, el objeto que éste persigue, así como las principales definiciones en torno al mismo.

A continuación, precisaremos la naturaleza jurídica del embargo desde los principales ámbitos en los que éste se encuentra regulado, es decir, desde un punto de vista sustantivo, registral y procesal. Todo ello, sin descuidar la finalidad última que persigue como medio de protección del derecho de crédito de los acreedores.

Finalmente, ante la incidencia que el embargo tiene sobre otros derechos de los deudores y de terceros, analizaremos los límites de esta medida y el concepto de embargabilidad e inembargabilidad. De acuerdo con ello, determinaremos aquellos derechos que se encuentran excluidos del embargo y los presupuestos para que éstos sean inembargables.

I. CONCEPTO Y OBJETO

A diferencia de otras figuras que se limitan a un determinado campo del Derecho, definir el embargo implica tener en cuenta la triple dimensión en la que éste se desenvuelve, el momento procesal en el que eventualmente es adoptado y la multiplicidad de materias en las que se encuentra regulado, teniendo siempre como finalidad el cumplimiento forzoso de una obligación *a priori* pecuniaria. A ello, se suma el hecho de que en la legislación no existe una definición del embargo y, como ya advertía en su día CACHÓN CADENAS, su regulación en el ordenamiento jurídico resulta muy dispersa y en los más variados cuerpos legales³.

No obstante, podemos aproximarnos a su definición a partir de diferentes estudios doctrinales que han tenido al embargo como principal objeto de estudio. Así, CARRERAS LLANSANA definía al embargo como *aquella actividad procesal compleja llevada a cabo en el proceso de ejecución, enderezada a elegir los bienes del ejecutado que deban sujetarse a la ejecución y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados y*

³ CACHÓN CADENAS, M.J., *El embargo*, Bosch, Barcelona, 1991, pág. 9.

*sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes*⁴.

Por su parte, ORTELLS RAMOS define al embargo preventivo como una *actividad procesal diferenciada pero dependiente de un proceso declarativo de condena a prestación pecuniaria, que produce, mediante la afectación de bienes al proceso, el efecto de asegurar la ejecución de la sentencia*⁵. Mas recientemente, GARCÍA VILA identifica al embargo como el *acto por el cual se señala a un bien como aquel respecto del cual se va a realizar la ejecución, el acto por el que dentro del patrimonio del deudor se individualiza un bien como objeto de la acción ejercitada por el acreedor para el cobro de su crédito, ese acto por el que un bien concreto es "apresado" para con el importe de su venta pagar al acreedor...*⁶.

De las definiciones anteriores, se infiere que el embargo es, indudablemente, un acto procesal, de tal manera que solo puede existir en virtud de un proceso judicial pendiente o, en su caso, debe estar dirigido a uno futuro⁷. Asimismo, que dicho acto tendrá como finalidad la ejecución de una sentencia de condena mediante la selección e individualización de los bienes que pertenezcan al ejecutado. No obstante, dependiendo del momento procesal en el que el embargo sea adoptado, estaremos ante un embargo preventivo o uno propiamente ejecutivo.

Por objeto del embargo puede entenderse aquello que puede ser afectado por el mismo o la finalidad que éste persigue. Al respecto, en el presente apartado estudiaremos esta última acepción, reservando aquello que puede ser embargado para el título correspondiente al embargo preventivo.

De acuerdo con las definiciones antes citadas, el embargo, ese acto por el que se seleccionan e individualizan los bienes del ejecutado, tiene como finalidad inmediata la ejecución de la sentencia de condena, de lo que resulta, que protege la actividad jurisdiccional; y, como finalidad mediata, la satisfacción del crédito del acreedor, cuya existencia obedece a una relación material necesariamente constituida con anterioridad al acto de embargo.

⁴ CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957, pág. 138.

⁵ ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 28.

⁶ GARCÍA VILA, J., *El embargo y la titularidad de los bienes embargados*, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 23.

⁷ Como es el caso de aquellos embargos solicitados con anterioridad al inicio del proceso principal.

A diferencia de otros actos de protección del derecho de crédito⁸, el embargo tiene como finalidad la satisfacción de este último mediante la venta forzosa de los bienes del ejecutado, de lo que resulta un acto que guarda mayor severidad e injerencia en el patrimonio del deudor que otros, como puede ser el simple inventario de bienes⁹. Así, mientras que el embargo inmoviliza determinados bienes del deudor y actúa con miras a una ejecución forzosa, los demás medios de protección del derecho de crédito actúan en función de la eventual insatisfacción, utilizando para ello mecanismos de mera conservación o preservación¹⁰.

En conclusión, pese a que el embargo se encuentra dirigido a procurar la satisfacción del crédito del acreedor que el deudor no ha cumplido voluntariamente, el mismo no debe confundirse con la ejecución, pues como señala CASERO LINARES el embargo es el mecanismo imprescindible para lograr dicho fin. En ese sentido, la finalidad del embargo se agotará con la selección de los bienes o derechos que serán objeto de la venta y posterior adjudicación¹¹, debiendo levantarse una vez la misma se encuentre consolidada.

II. FUNDAMENTO

El principal fundamento del embargo lo constituye el principio establecido en el artículo 1335 del Código Civil¹² relativo al derecho de garantía general de los acreedores. Así, sin perjuicio de que existan bienes concretos afectados a elección de las partes con anterioridad a

⁸ Un claro ejemplo de ellos son los actos dirigidos a la conservación de la garantía patrimonial del crédito, regulados por el artículo 1444 del Código Civil bajo la errónea denominación de “medidas precautorias”.

⁹ Al analizar los efectos del inventario, por ejemplo, en el ámbito de la liquidación de la comunidad ganancial FARAONI y SQUIZZATO sostienen que *Puntualmente, y en cuanto a la realización del inventario, se ha sostenido que no constituye una medida precautoria propiamente dicha, sino una vía para determinar o individualizar los bienes que componen el capital ganancial de la comunidad, con miras a su oportuna división. De allí que en principio no ocasiona perjuicios al cónyuge que administra los bienes por tener sólo carácter informativo.* FARAONI, F.E. y SQUIZZATO, S.M., «El embargo preventivo: una medida provisional relativa a los bienes en el divorcio», *La Ley*, núm. 4, 2017. Cita online: AR/DOC/3786/2016.

¹⁰ Sobre este punto, resulta interesante la reflexión otorgada por CERDÁ GIMENO, quien sostiene que *Los medios de defensa y protección del derecho de crédito son un conjunto de facultades o de acciones que el ordenamiento jurídico atribuye al acreedor para preservar o realizar su interés en la relación obligatoria, cuando éste se ha visto insatisfecho totalmente, ha recibido una satisfacción incompleta o defectuosa o existe la posibilidad o el peligro de que la violación o la insatisfacción puedan producirse.* CERDÁ GIMENO, J., *Medios indirectos de protección del derecho de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 13.

¹¹ CASERO LINARES, L., *El embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2011, pág. 43.

¹² República de Bolivia. Decreto Ley 12760, de 6 de agosto de 1975, Código Civil. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, 15 de agosto de 1975, núm. 800., elevado a rango de ley por la Ley Nro. 1071 del 18 de junio de 2018.

la ejecución¹³, la existencia de una obligación insatisfecha dará lugar a que esta garantía produzca todos sus efectos.

El precepto citado señala que *Todos los bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros del deudor que se ha obligado personalmente constituyen la garantía común de sus acreedores*. De ello, se infiere que, una vez constituida la relación jurídica entre el deudor y el acreedor, todos los bienes del primero se encontrarán constreñidos al cumplimiento de la obligación, siendo indistinto el tiempo en el que dichos bienes hayan sido incorporados a su patrimonio a partir de la existencia de ésta.

Así, JIMÉNEZ BOLAÑOS sostiene que *...la esencia de toda obligación se centra en el concepto del vínculo: Es este un vínculo abstracto que liga a la persona del deudor con el acreedor y que, en caso de incumplimiento del primero, faculta al segundo a obtener la satisfacción en el patrimonio del obligado*¹⁴. Dicha facultad, si bien encuentra su fundamento principal en el derecho de garantía general de los acreedores, supone el previo incumplimiento del deudor de su deber de proporcionar el cumplimiento exacto de la prestación, delimitado por el artículo 291-I del Código Civil¹⁵.

A continuación, el embargo se vislumbra en el segundo apartado del referido precepto al señalar que *El acreedor, en caso de incumplimiento, puede exigir que se haga efectiva la prestación por los medios que la ley establece*. En ese sentido, el acreedor podrá utilizar dichos medios, incluido el embargo, sólo a partir del momento en el que el deudor no cumpla con su prestación.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la esencia del vínculo obligacional no sólo se encuentra en el débito, sino también en la responsabilidad¹⁶, de igual manera el embargo se encontrará encaminado a responder por el daño que, con su incumplimiento, hubiese ocasionado

¹³ Por ejemplo, mediante una hipoteca.

¹⁴ JIMÉNEZ BOLAÑOS, J., «La obligación civil romana y las garantías del derecho de crédito», Revista Judicial Costa Rica, núm. 9, 2013, págs. 11-21.

¹⁵ Al respecto, TECHERA BARREIRO sostiene que *De acuerdo a las reglas que rigen el cumplimiento, el acreedor no está obligado a recibir algo distinto a lo acordado. Es decir, el acreedor tiene, en principio, derecho a no aceptar la entrega, realización o no realización, de algo distinto a lo pactado por parte del deudor*. TECHERA BARREIRO, V., «Incumplimiento imperfecto y sus remedios», Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, núm. 9, 2014, págs. 221-252.

¹⁶ *Íbid.*, pág. 14.

el deudor¹⁷. ¿Esto quiere decir que el embargo siempre supone la existencia de responsabilidad?. La respuesta es negativa, pues si bien la responsabilidad tiene como presupuesto el incumplimiento de la prestación, no todo incumplimiento genera responsabilidad.

Al respecto, tratándose de un incumplimiento por imposibilidad sobrevenida, el efecto de ésta será la resolución del contrato, de lo que resulta que el deudor responderá con sus bienes presentes y futuros en caso de no satisfacer la restitución de los bienes o valores entregados al momento de constituir el vínculo obligacional. En tal supuesto, si bien el deudor responde por su incumplimiento, no lo hará por los daños debido a que dicha causal supone que el mismo no es imputable al deudor.

¿Es el embargo una facultad necesaria? El embargo, al encontrarse necesariamente vinculado al proceso es, al igual que éste, una actividad contingente. En ese sentido, aun cuando el deudor haya incumplido con su obligación, existirán otras vías extrajudiciales bien para garantizar la satisfacción del crédito del acreedor, o bien para satisfacer la totalidad o parte de éste mediante la sustitución de la prestación (por ejemplo, a través de la dación en pago).

El embargo, como toda facultad del acreedor, únicamente será activado a instancia de éste. No obstante, desde el momento en el que el acreedor solicite su adopción por parte de la autoridad judicial, generará todos los efectos jurídicos y jurisdiccionales sobre el patrimonio del deudor, incluyendo en cuanto a los primeros la indisponibilidad de los bienes que lo conforman y, en los segundos, la posibilidad de modificar, sustituir o levantar el embargo de forma posterior a la traba del mismo, a iniciativa de la autoridad judicial y sin necesidad de instancia de las partes.

III. NOCIONES PREVIAS

Debido a la complejidad del embargo y la triple dimensión en el que éste repercute en la esfera de los derechos, el presente apartado tendrá como finalidad la delimitación y alcance del vocablo *embargo* en las diferentes expresiones en las que el mismo se presenta. Así,

¹⁷ Por ello, como se verá en el capítulo dedicado al embargo preventivo (pág. 97), incidimos en que la mora constituye un presupuesto de éste, pues la misma supone el incumplimiento y, por lo tanto, la responsabilidad del deudor que configura un crédito, diferente, al capital debido.

analizaremos someramente el alcance de las expresiones *embargo preventivo*, *embargo ejecutivo* y *anotación de embargo*.

1. EMBARGO PREVENTIVO

Partiendo de la clásica distinción entre el embargo preventivo y el ejecutivo, el primero puede entenderse desde un ámbito cautelar abarcando, por tanto, todas aquellas medidas que restrinjan la disposición del patrimonio como el secuestro, la retención, congelamiento, entre otras de similar naturaleza¹⁸. Por su parte, IBARRA DELGADO sostiene que la distinción entre ambos tipos de embargo recae en que mientras que el embargo preventivo asegura la futura ejecución forzada, el embargo ejecutivo tiene dicho carácter con independencia de que se hubiera adoptado o no en el proceso previo de declaración¹⁹.

No obstante -como ya se expuso- una parte de la doctrina distingue al embargo preventivo con otras medidas cautelares. El citado autor IBARRA DELGADO diferencia al primero de aquellas bajo el criterio de la intromisión que cada una de ellas representa en el patrimonio del demandado. Así, en cuanto a la distinción entre embargo preventivo y secuestro sostiene que, si bien ambas medidas se encuentran dirigidas a la futura ejecución forzada e importan una afectación jurídica a un bien del demandado, la característica del secuestro, tanto judicial como conservativo, es *la desposesión del bien y su entrega al custodio propuesto por el beneficiario de la medida*²⁰.

En ese sentido, y siguiendo el criterio de intromisión propuesto por el autor, mientras que el embargo impone la limitación de enajenar determinados bienes, el secuestro supone una medida más rigurosa por cuanto no sólo impone dicha prohibición, sino que además extrae el bien cautelado de manos del demandado, impidiendo su uso²¹. De ahí que MARTÍNEZ BOTOS

¹⁸ RÍOS MUÑOZ, L.P., «El 'embargo ejecutivo' en el derecho comparado. Intento de una definición aplicable al ordenamiento jurídico chileno», *Vox Juris*, vol. 34, núm. 2, 2017, págs. 37-46.

¹⁹ IBARRA DELGADO, D., «El embargo como medida cautelar para la futura ejecución forzada». En: AA.VV., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, (MEZA TORRES, Y., *Dir.*), Editorial Ubi Lex Asesores, Lima, 2017, pág. 168.

²⁰ *Ibid*, pág. 170.

²¹ Al respecto, FUSHIMI resalta que *El embargo implica la indisponibilidad de la cosa embargada, pero esta — como regla general— no sale del patrimonio del embargado, hasta tanto no se decrete su secuestro para su posterior subasta. Mientras, el secuestro implica que el bien embargado sale del ámbito de la guarda y custodia del su propietario embargado, para ser depositado en un depósito judicial, o designando depositario a un tercero.* FUSHIMI, J.F., «Hacia la necesaria declaración de inembargabilidad de las cuentas bancarias. O la muerte civil por

sostenga que el secuestro puede, incluso, constituir una medida complementaria al embargo²², pues, una vez éste se hubiese adoptado sobre un bien mueble, podrá ordenarse el secuestro cuando el primero no asegure el derecho eventualmente existente²³.

Otra nota distintiva entre el embargo preventivo y el embargo ejecutivo se encuentra en la finalidad que persigue cada una de estas medidas. En ese sentido, mientras que el embargo ejecutivo encuentra su fundamento en las sentencias de condena a pagar una suma de dinero, a la cual pretende dotar de efectividad; el embargo preventivo garantiza diferentes sentencias que van más allá del cumplimiento de una obligación pecuniaria, buscando la conservación de los bienes que son objeto de la litis.

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en que, entre los supuestos para la procedencia del embargo preventivo delimitados por el artículo 326-I del Código Procesal Civil, están que la solicitud sea realizada por el coheredero, el condómino o el socio con respecto a los bienes de la herencia del condominio o de la sociedad (núm. 3), o que la pretensión sea la reivindicación, división de herencia, nulidad de testamento o simulación, u otras acciones reales respecto del bien demandado (núm. 4). En el primer supuesto la sentencia versará sobre la división de los bienes en condominio o copropiedad, resultando de ello una sentencia constitutiva, y en el segundo la declaración de un derecho real o la nulidad de un acto.

Respecto a la identidad del embargo preventivo con otras medidas de naturaleza cautelar, las diferencias, al igual que con el secuestro, son evidentes. Así, tratándose del embargo en relación con la retención de fondos, no obstante ambas recaen hasta un monto determinado²⁴,

imposibilidad de llevar adelante cualquier actividad económica», RDCO, núm. 145, 2020 (febrero). Cita online: AR/DOC/151/2020.

²² Al respecto, MARTÍNEZ BOTOS plantea que *Acreditada, en cambio, cualquier circunstancia demostrativa de que los bienes embargados corren el riesgo de desaparecer o desvalorizarse, corresponde desapoderar de aquellos al deudor y ponerlos en manos de otro depositario*. En: MARTÍNEZ BOTOS, R., *Medidas cautelares*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1990, pág. 348.

²³ Éste es el criterio adoptado por el legislador boliviano que en numeral 1 del artículo 326-II del Código Procesal Civil ha señalado que *El secuestro de bienes muebles y semovientes, procederá cuando: El embargo no asegure por sí solo el derecho pretendido por la parte solicitante, siempre que se presente documento que hiciera verosímil el crédito cuya efectividad se trata de garantizar*.

²⁴ Sobre este punto, el Tribunal Supremo de Justicia ha señalado las diferencias entre el congelamiento de cuentas y la retención de fondos, entendiéndose que *...son dos medidas precautorias distintas, ya que la primera impone la prohibición total de disponer el dinero depositado en las cuentas bancarias del obligado o deudor mientras que la segunda, impone la prohibición de retener los fondos de la cuenta bancaria del obligado o deudor hasta un monto determinado. Asimismo, mientras una es innominada (congelamiento de cuentas) la otra es nominada (retención de fondos)*. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Plena). Auto Supremo Nro. 60/2014 de 14 de mayo de 2014.

esta última impide el uso de los fondos y, por lo tanto, su disposición por parte del demandado hasta el monto cautelado.

2. EMBARGO EJECUTIVO

Como se apuntó en el apartado anterior, el embargo ejecutivo tiene como finalidad asegurar la ejecución, actividad posterior a la declaración que sólo es viable respecto de las sentencias de condena²⁵. De ahí que esta medida sea propia de los procesos ejecutivos (siempre que no exista oposición contra la sentencia inicial y de ejecución coactiva).

Respecto al proceso ejecutivo, teniendo en cuenta que éste se encuentra regulado dentro de las clases de proceso monitorio²⁶, conviene preguntarse si realmente en el mismo el embargo tiene una naturaleza cautelar y no ejecutiva. Dicha cuestión recae en la propia naturaleza del proceso monitorio, mismo que según la doctrina²⁷ y la jurisprudencia internacional²⁸ constituye

Disponible en:
<http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/plena/RS2014/rs201401060.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

²⁵ Para una mayor comprensión de este punto, debe tomarse en cuenta lo señalado por MONTERO AROCA y FLORS MATÍES quienes sostienen que *La actividad posterior de adecuación de la realidad fáctica al deber ser establecido en la sentencia, es necesaria sólo cuando ésta es estimatoria de una pretensión de condena. Es entonces cuando la tutela judicial efectiva no se logra con la mera declaración del derecho. El que la sentencia declare que el demandado adeuda una cantidad de dinero al demandante y le condene a pagarla, no supone sin más tutela efectiva*. En: MONTERO AROCA, J Y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2º Ed., 2013.

²⁶ Art. 376 CPC: (*Procedencia*). *El proceso de estructura monitoria procederá en los siguientes casos: 1. Ejecutivos. 2. Entrega del bien. 3. Entrega de la herencia. 4. Resolución de contrato por incumplimiento de la obligación de pago. 5. Cese de la copropiedad. 6. Desalojo en régimen de libre contratación. 7. Otros expresamente señalados por Ley.*

²⁷ PEREIRA CAMPOS Y RODRÍGUEZ se refieren a este proceso como *...eventualmente breve, en el cual, presentada la demanda por el actor, el Juez dicta sentencia definitiva pronunciándose sobre el fondo del asunto, sin escuchar aún a la otra parte y sin que ésta haya tomado necesariamente conocimiento de la existencia del proceso*. En: PEREIRA CAMPOS, S. Y RODRÍGUEZ, C., *El proceso monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*. Disponible en:

https://www.academia.edu/12372090/El_proceso_monitorio_en_el_C%C3%B3digo_Procesal_Civil_Modelo_para_Iberoam%C3%A9rica [Consultado el 1 de junio de 2020]. Por su parte VARELA AGRELO sostiene que *...mediante el monitorio el acreedor mediante un proceso especial y privilegiado puede conseguir la creación rápida de un título ejecutivo que le permita la satisfacción del crédito impagado*. En: VARELA AGRELO, J., «Cuestiones prácticas sobre el proceso monitorio» [En línea], Abogacía, núm. 4, 2010, págs. 173-181.

²⁸ Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza núm. 643/2002 de 8 de noviembre. JUR 2003\30694 que ha señalado que *...el proceso monitorio no parte de un título ejecutivo, sino que tiende a crearlo de forma rápida. Por ello algunos autores lo han calificado de proceso "declarativo por preclusión". Es decir, que el buscado y ansiado "título de ejecución" no es el documento que acompaña necesariamente a la petición inicial, sino que surge con la "no oposición del demandado". Es, pues, esa postura omisiva, pasiva, del demandado lo que configura el título ejecutivo propiamente dicho*.

un proceso declarativo de trámite especial que, lejos de partir de un título ejecutivo, tiende a crearlo.

De acuerdo con lo anterior, si, presentada la demanda el acreedor obtiene un título ejecutivo y en el mismo se despacha el embargo, éste último tendrá, sin duda, naturaleza ejecutiva al igual que la sentencia que lo contiene. En ese sentido, ORTELLS RAMOS, parafraseando a CARRERAS, señala que *La finalidad que caracteriza al embargo, considerado en la totalidad de los actos que lo compone es ejecutiva y no asegurativa, consistiendo en afectar bienes para destinarlos a la satisfacción del ejecutante, mediante enajenación, adjudicación o administración forzosas*²⁹.

La diferencia entre los embargos ejecutivo y preventivo se acentúa más en su regulación dentro del Código Procesal Civil, no obstante dicha norma no señala expresamente al embargo ejecutivo. Así, la diferencia se infiere de la regulación del embargo preventivo en el artículo 326 del citado Código que contiene una serie de supuestos, destinados o no a condena, en los que éste es procedente; a diferencia del embargo ejecutivo que únicamente tiene como fundamento la sentencia inicial del proceso ejecutivo³⁰ cuya naturaleza es siempre de condena.

Más adelante, ORTELLS RAMOS razona acerca de los fundamentos que justifican la distinción entre estos dos tipos de embargo pese a su finalidad siempre ejecutiva, concluyendo en que es lógico pensar que los requisitos de la conversión del embargo preventivo en ejecutivo residen en la existencia de un título ejecutivo y que su titular haya instado la iniciación de la ejecución³¹. Asimismo, que el embargo preventivo, pese a estar destinado a la ejecución crea una situación de garantía y no habilita a la continuación de la ejecución, a diferencia del embargo ejecutivo³².

Pese a la validez de los argumentos antes citados, la distinción del embargo preventivo respecto al ejecutivo adquiere mayor notoriedad como consecuencia de la ambivalencia con la

²⁹ ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, cit., pág. 52.

³⁰ Al respecto, el artículo 380-I del Código Procesal Civil señala que presentada la demanda la autoridad judicial *...dictará sentencia inicial disponiendo el embargo y mandando llevar adelante la ejecución hasta hacerse efectiva la cantidad reclamada, intereses, costas y costos.*

³¹ ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, cit., pág. 53-54.

³² Pese a dichos argumentos, ORTELLS RAMOS insiste en que una normativa expresa para el embargo preventivo y separada del ejecutivo resulta en gran medida irrelevante, aunque, sin desconocer que la estructura del embargo y la interpretación del mismo puede verse afectado, según sea éste preventivo o ejecutivo. (*Ibid*, pág. 54.).

que se ha acentuado al primero en la actual normativa. En ese sentido, a los supuestos ya contemplados en el Código abrogado³³, el legislador ha sumado aquel en el que la pretensión sea el cumplimiento de un contrato de compraventa que por su naturaleza es sinalagmático y genera, por un lado, un derecho de crédito para el vendedor (obligación pecuniaria) y, por otro, una obligación de entregar el bien (obligación no pecuniaria), protegiendo al comprador, en este último caso, de una eventual venta múltiple³⁴.

En conclusión, el embargo ejecutivo, por encontrarse encaminado a la afección de uno o más bienes del deudor a la ejecución, es siempre una medida ejecutiva y no cautelar, amén de compartir ciertos efectos de esta última, como puede ser la individualización de los bienes, la indisposición de éstos y la fijación de la competencia de la autoridad judicial embargante. No obstante, las diferencias recaen en el momento en el que un embargo u otro es adoptado, siéndolo el preventivo en la fase de conocimiento y el ejecutivo en la fase de ejecución; que el embargo preventivo no habilita a la ejecución y el ejecutivo está justamente dirigido a ese fin; y finalmente que este último se adopta por un valor cierto y determinado.

3. ANOTACIÓN DE EMBARGO

En el presente apartado ya no se discuten las diferencias existentes entre el embargo preventivo y el embargo ejecutivo, considerándose que el término anotación es válido para cualquiera de ellos, siempre que el objeto sobre el que recaiga sea registrable. Pese a ello, no se soslaya el hecho de que, independientemente de la anotación, cada embargo produce sus propios efectos.

Hablar de la anotación del embargo nos lleva, inevitablemente, a analizar la eficacia y efectos de este, así como de las consecuencias que genera su anotación en el registro. Asimismo, delimita nuestro estudio a los bienes registrables debido a los alcances que tiene el término *anotación*, dejando de lado aquellos embargos que se hacen efectivos mediante otros actos,

³³ República de Bolivia. Decreto Ley 12760, de 6 de agosto de 1975, Código de Procedimiento Civil, elevado a rango de Ley por la Ley 1760 de 28 de febrero de 1997.

³⁴ Utilizamos la expresión *venta múltiple* sólo para fines de mayor comprensión, dado que conforme al sistema de transmisión de la propiedad en el ordenamiento jurídico boliviano (sistema consensual) la venta múltiple es imposible, por haberse consolidado la adquisición por parte del primer comprador con el sólo consentimiento.

como es el caso del embargo de créditos o del mal llamado embargo de bienes muebles no registrables³⁵.

Los problemas que plantea el embargo de bienes inmuebles siempre se encuentran relacionados al acto de su anotación o a la omisión de ésta (de ahí que anteriormente señaláramos sus consecuencias). En ese sentido, GARCÍA VILA plantea en forma general algunas eventualidades que se dan en este contexto al diferenciar: *a) embargo de bienes que no son del embargado al tiempo del embargo, diferenciando a su vez, a') bienes que nunca fueron del embargado y b') bienes que lo fueron pero han dejado de serlo; b) embargo de bienes que son del ejecutado al tiempo del embargo y que se transmiten después, tratando de diferenciar en todos los casos los supuestos de bienes que estén inmatriculados de aquellos en que no lo esté el embargo de bienes*³⁶.

Debido a que la anotación supone siempre una actividad del registrador, el contexto de la anotación de embargo se encuentra tanto en el plano procesal como registral, de lo que se infiere que éste es competencia de la autoridad judicial, en cuanto a su adopción, posterior a la identificación y selección del bien, y la determinación del valor por el que éste será trabado; y del registrador en cuanto a su eficacia, siempre limitada al examen de correspondencia entre el bien embargado y los datos que salen de sus registros.

El acto de anotación, pese a confundirse con el embargo mismo³⁷, cuando éste recae sobre bienes inmuebles, no es propio únicamente de esta medida cautelar y ejecutiva. Así, la anotación también podrá ser de una demanda³⁸, un acto jurídico³⁹, una nota marginal⁴⁰, etc.,

³⁵ El artículo 411-II del Código Procesal Civil nos acerca a las distintas formas en las que puede ejecutarse un embargo al señalar que *El embargo de inmuebles se hará efectivo por su inscripción en el Registro de Derechos Reales y de igual manera el de muebles sujetos a registro; el de muebles, mediante su aprehensión, pudiéndose designar depositario al propio deudor o a un tercero; y el de créditos, por la notificación al deudor del ejecutado.*

³⁶ GARCÍA VILA, J., *El embargo y la titularidad de los bienes embargados*, cit., pág. 105.

³⁷ OSSORIO SERRANO, J.M., *La anotación preventiva de embargo. Aspectos civiles y registrales*, Universidad de Granada, Granada, 1986, pág. 31.

³⁸ Pese a que el Código Procesal Civil le otorga esta denominación, consideramos que es más acertada aquella otorgada por la Ley de Enjuiciamiento Civil española que la contiene como *anotación de litis*.

³⁹ Por ejemplo, la anotación preventiva de un contrato de compraventa por faltar en el mismo un requisito subsanable.

⁴⁰ En este punto, nos referimos a la nota marginal en virtud de un juicio ejecutivo regulada por el artículo 1554 del Código Civil y no a todas las demás notas marginales que, claro está, no deben confundirse con la anotación preventiva, en el sentido que las primeras tienden a complementar o aclarar las inscripciones.

resultando el embargo de bienes inmuebles uno de los tantos objetos que podrán quedar plasmados en el registro, con fines preventivos.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la anotación de embargo, pese a que algunos autores se han inclinado por señalar que el embargo es un derecho real de carácter procesal⁴¹ y que, en consecuencia, la anotación pareciera confirmar dicho criterio⁴², consideramos que el mismo no puede tratarse de un derecho real por cuanto, si bien impone una limitación al titular del derecho de propiedad, no otorga derechos al acreedor sobre el bien embargado. En ese sentido, dicha limitación únicamente tiene la finalidad de afectar los bienes del deudor con la finalidad de obtener el valor de éstos y, finalmente, satisfacer el derecho de crédito del acreedor.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia se ha referido a la anotación preventiva como *...aquella inscripción provisional, de efectos más o menos transitorios, cuyo objeto consiste en asegurar las resultas de un juicio, en garantizar la efectividad de un derecho perfecto pero no consumado o en preparar una inscripción definitiva y permanente...* (A.S. Nro. 940/2015-L de 14 de octubre)⁴³. Asimismo, concretamente en el caso de que la anotación preventiva tenga como objeto al embargo, la jurisprudencia española ha determinado que *La anotación preventiva de embargo, al dar noticia de la constitución del mismo sobre la finca - con la efectividad erga omnes resultante de la llamada cognoscibilidad legal de lo que el Registro publica -, tiene como fin impedir que un tercer adquirente alegue que celebró el negocio adquisitivo en la confianza de que el derecho del transmitente no soportaba limitaciones ocultas, esto es, en la ignorancia inculpable de que el inmueble no*

⁴¹ RÍOS SALMERÓN, B., citado por RÍOS MUÑOZ. (RÍOS MUÑOZ, L.P., «El 'embargo ejecutivo' en el derecho comparado. Intento de una definición aplicable al ordenamiento jurídico chileno», cit., pág. 39). Por su parte, OSSORIO SERRANO sostiene que la anotación preventiva de embargo no supone un poder contra la persona del deudor *...para exigirle la entrega de la cosa o su realización, puesto que cuando tal realización tiene lugar se lleva a cabo independientemente de la voluntad del propietario de la cosa anotada. Por tanto, consideramos que la anotación supone un poder sobre la cosa, y no sobre la persona del deudor, por lo que este extremo encaja perfectamente entre los derechos de carácter real* (OSSORIO SERRANO, J.M., *La anotación preventiva de embargo. Aspectos civiles y registrales*, cit., pág. 134).

⁴² Tomando en cuenta que la anotación individualiza al objeto del embargo y, por tanto, otorga al acreedor la publicidad y preferencia de su crédito, de lo que también resulta la relación directa entre el acreedor y el objeto embargado, ALTERINI matiza que *El embargo genera con respecto a su objeto una relación directa, o sea que a la manera de los derechos reales, no necesita para su ejercicio de la colaboración del afectado; por el contrario, en los derechos personales es ineludible la intermediación del deudor*. ALTERINI, M.E., «El embargo como derecho real procesal», *Revista del Notariado*, núm. 879, 2005 págs. 85-109.

⁴³ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 940/2015-L de 14 de octubre de 2015 [En línea]. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2015/as201520940.html> [Consultado el 1 de junio de 2020].

*estaba embargado y, por ello, que el embargo no anotado era para él inoponible, es decir, como inexistente (STS de 18 de junio de 2018)*⁴⁴.

De acuerdo con la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, antes glosada, la anotación preventiva de embargo consiste en un asiento registral de naturaleza provisional, realizado con la finalidad de asegurar el resultado de un juicio de carácter pecuniario, mediante la publicidad de un embargo previamente ordenado. Dicha publicidad generará dos efectos: que el tercero adquirente del bien embargado no pueda alegar buena fe y que la inexistencia de la transmisión a tercero, generada por el embargo, sea oponible a éste y favorable al embargante⁴⁵.

IV. NATURALEZA JURÍDICA

Partiendo siempre de la triple dimensión en la que actúa el embargo, y los efectos que éste genera en cada una de sus vertientes sustantiva, procesal y registral, en el presente título analizaremos las distintas teorías acerca de la naturaleza jurídica del embargo. En ese sentido, en el primer apartado se estudiará el embargo desde su regulación en el ámbito del derecho sustantivo, es decir, en el Código Civil; en el segundo apartado analizaremos su regulación en el ámbito del derecho registral; y, finalmente, el tercer apartado estará dedicado al embargo desde el ámbito procesal.

1. DESDE EL DERECHO SUSTANTIVO

En el ámbito del derecho sustantivo el embargo encuentra su fundamento (constituido por las diferentes relaciones jurídico-privadas de índole patrimonial), el objeto de su traba (pudiendo ser derechos reales o personales), sus presupuestos de aplicación, y sus límites⁴⁶. A ello, conviene añadir que sus efectos en muchos casos inciden en los distintos derechos regulados por la norma sustantiva.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 591/2008 de 18 de junio. Rec. 1268/2001.

⁴⁵ El artículo 414-I del Código Procesal Civil señala que *Todo acto jurídico de disposición o de constitución de gravámenes del bien embargado, que se realizare en forma posterior a la efectividad del embargo, será ineficaz respecto al embargante y no afectará el curso del proceso ni sus resultados*. Asimismo, en su segundo apartado añade efectos procesales al señalar que *La ejecución continuará como si el acto de disposición o de constitución de gravámenes no existiere...*

⁴⁶ Así, por ejemplo, el artículo 1470-I del Código Civil regula los límites del embargo al señalar que *El acreedor puede obtener el embargo y la venta forzosa de bienes pertenecientes al deudor según las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito*.

No obstante, en la norma sustantiva se encuentra el fundamento del embargo que -como dijimos anteriormente- se encuentra en las distintas relaciones jurídico-privadas que ésta regula, no es posible que el mismo actúe directa y exclusivamente en el ámbito privado. En ese sentido, si bien el derecho sustantivo contiene al embargo como una facultad en favor de los acreedores resultante de la responsabilidad patrimonial del deudor, tanto para su adopción como para su traba, los primeros no podrán prescindir de la actividad judicial.

Distinto es el caso de las medidas de conservación que en algunos casos admiten la posibilidad de ser adoptadas sin intervención judicial al tener una finalidad distinta a la del embargo. En ese sentido, debido a que el embargo encuentra sustento en la ejecución, siempre procesal, no forma parte de las medidas de conservación y, por lo tanto, no puede ser adoptado unilateralmente por el acreedor.

Lo anterior se infiere de lo regulado por el artículo 1465 del Código Civil, a su vez contenido en el Capítulo IV relativo a la ejecución forzosa, que señala que *El acreedor puede ocurrir ante la autoridad judicial para que disponga la ejecución forzosa de la obligación por el deudor, ya mediante el cumplimiento de la prestación misma o ya por equivalente con el embargo y venta forzosa de los bienes*. De este precepto, se extrae lo siguiente:

1. El presupuesto de la ejecución y, por tanto, del embargo; es el incumplimiento de la prestación por parte del deudor. En ese sentido, supone que la lesión al derecho de crédito se encuentra consumada.
2. El embargo es una facultad concedida a los acreedores, por lo que puede optar por él o por exigir el cumplimiento de la obligación.
3. El embargo forma parte de la ejecución y su finalidad es la obtención del valor equivalente a la prestación.
4. El embargo está supeditado a la ejecución y, en consecuencia, sólo puede obtenerse con intervención judicial.

La lesión al derecho de crédito, consumada con el incumplimiento de la prestación, activa el derecho de garantía general de los acreedores regulado por el artículo 1335 del Código Civil. Esta “garantía”, sujeta todos los bienes presentes y futuros del deudor al cumplimiento de la obligación y, conforme ha señalado el Tribunal Supremo de Justicia, debe entenderse por

acreedor no sólo a ...*las personas que tienen derecho a una suma de dinero o una especie determinada, sino a todas aquellas personas que tienen derecho para accionar y exigir el cumplimiento de una obligación cualquiera* (A.S. Nro. 108/2015 de 13 de febrero)⁴⁷.

De la jurisprudencia glosada, se colige que los bienes del deudor se encontrarán sujetos al incumplimiento de cualquier obligación, sea ésta pecuniaria o no pecuniaria. En ese sentido, si bien el embargo es una medida dirigida esencialmente a la ejecución de obligaciones pecuniarias, nada impide que éste sea ordenado subsidiariamente ante el incumplimiento voluntario o imposible de obligaciones de otra naturaleza.

En cuanto a la denominación de “garantía” que el codificador utiliza para la sujeción del patrimonio del deudor al cumplimiento de su prestación, conviene determinar si ésta realmente reviste la naturaleza de garantía o si, de lo contrario, estamos ante otra figura distinta de aquella. Al respecto, TORIBIOS FUENTES sostiene que este principio de responsabilidad patrimonial no constituye una garantía en sentido estricto por cuanto no refuerza al crédito, de tal manera que el deudor puede realizar, sobre su patrimonio, actos que perjudiquen el derecho del acreedor, bien por su propia actividad, bien por su pasividad en incorporar más bienes al mismo⁴⁸.

Pese a no añadir nada al crédito del acreedor ni ser una garantía en sentido estricto, consideramos que la responsabilidad patrimonial de los deudores más bien otorga una serie de facultades de orden genérico y de fuente legal, y no convencional y específica, como sucede con los derechos reales de garantía tales como la hipoteca, la anticresis o la prenda. En ese sentido, el crédito del acreedor quirografario o sin garantía específica se vería más reforzado por cuanto puede, inclusive, obtener la revocatoria de los actos de disposición sobre cualesquiera de los bienes que conforman el patrimonio de su deudor, situación que no se da ante la existencia de las garantías reales.

No obstante, si bien existe una sujeción general del patrimonio del deudor al derecho del crédito, el problema se presenta por la publicidad que otorga el juego del registro. Así, ante la inexistencia de una garantía específica el deudor podrá disponer de sus bienes sin limitación

⁴⁷ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 108/2015 de 13 de febrero de 2015. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/CO-2015/as201520108.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁴⁸ TORIBIOS FUENTES, F., *Averiguación de bienes en la ejecución civil: Manual para la práctica de la investigación patrimonial del deudor*, La ley, Madrid, 2013, pág. 44.

alguna, exigiendo mayores esfuerzos por parte del acreedor quien para ejercer sus facultades sobre el patrimonio del deudor guardará la más absoluta vigilancia de éste y estará expuesto al derecho adquirido sobre ellos por un tercero, quien estará protegido por el manto de la buena fe como consecuencia de la falta de publicidad del crédito.

Tanto las medidas de conservación como las medidas de ejecución, entre las que se encuentra el embargo ejecutivo, en el ámbito sustantivo ambas forman parte de aquello que la doctrina ha denominado medios de protección del derecho de crédito. Estos medios de protección, en criterio de CERDÁ GIMENO, revisten diferente naturaleza ...*según que el acreedor deba ser protegido preventivamente de un racional y probable peligro de insatisfacción o de lesión de su derecho o que deba serlo frente a una insatisfacción consumada por falta de ejecución o por ejecución defectuosa del deber de prestación del deudor*⁴⁹

De acuerdo con lo anterior, el embargo constituye una facultad derivada de la responsabilidad patrimonial del deudor que se materializa ante la insatisfacción consumada por parte de éste, no pudiendo obtenerse ante la sola amenaza o probabilidad de incumplimiento. Por el contrario, de existir dicha probabilidad el propio artículo 1335 del Código Civil también será fundamento de otras medidas de conservación, tales como la acciones revocatoria o pauliana y subrogatoria.

Analizada la responsabilidad patrimonial como fundamento del embargo, pasamos a estudiar el objeto del mismo cuya regulación también se encuentra en la norma sustantiva. Así, tratándose de una medida tendente a la obtención del valor de los bienes sobre los cuales recaer, previamente éstos deberán reunir los caracteres de la patrimonialidad: ser comerciables y susceptibles de valorización.

En ese sentido, será lógico que el embargo no pueda recaer sobre derechos que nadie pueda adjudicarse y que no posean un valor económico, pues en el primer caso no podrá obtenerse el producto y, en el segundo, su valor será inexistente o indeterminable; tesitura que se contrapone totalmente a los fines que persigue el embargo.

⁴⁹ CERDÁ GIMENO, J., *Medios indirectos de protección del derecho de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 13.

Desde un punto de vista económico, la importancia de los derechos reales se manifiesta a través del objeto sobre los cuales éstos se ejercen. Al respecto, resulta clarificador lo manifestado por ARRUÑADA, quien, utilizando el ejemplo de los derechos reales inmobiliarios, sostiene que *La tierra no sólo constituye per se un importante recurso, sino que también desempeña una función esencial como garantía del crédito, reduciendo los costes de transacción de la actividad crediticia y haciéndola posible a gran escala y sin garantías personales*⁵⁰.

Lo anterior también se extiende a las más variadas formas de aprovechamiento de los bienes derivadas de aquellas facultades otorgadas al titular los derechos reales. Así, en el usufructo el propietario conservará la nuda propiedad, que le reserva la posibilidad de disponer del bien y obtener con ello un provecho económico; el usufructuario podrá usar y gozar del bien usufructuado, con los beneficios que ello implica; el anticresista utilizará el bien y percibirá sus frutos, pudiendo retener el bien como garantía de su crédito, entre otros.

Dichas facultades tienen una característica en común: constituyen activos y, por lo tanto, tienden a incrementar el patrimonio de su titular. Ello concuerda perfectamente con los elementos que conforman la responsabilidad patrimonial del deudor en lo referente a que estos activos pueden devenir en bienes presentes y futuros, pasando a formar parte de la garantía general de sus acreedores.

A ello se suman los derechos de persecución y preferencia que caracterizan a los derechos reales y que, a efectos de una subrogación, a veces creada por el embargo, permiten al acreedor ejercitarlos en defecto del deudor. Al respecto, la persecución permitirá al acreedor embargar la cosa o derecho en poder de cualquiera, y la preferencia hará prevalecer su derecho de crédito con respecto al de otros acreedores, siendo esta última más propia de los derechos reales y no del embargo el cual regula su preferencia de acuerdo con su forma de ejecución, según se trate de bienes muebles, inmuebles o derechos.

Respecto a estos últimos -el embargo de derechos- la norma sustantiva contiene una regulación expresa, aunque dispersa, del embargo de derechos de crédito. Así, por ejemplo, el

⁵⁰ ARRUÑADA, B., *La contratación de derechos de propiedad: Un análisis económico*, Servicios de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2004, pág. 13.

artículo 301 del Código Civil señala que *El pago hecho por el deudor después de haber sido notificado con un mandamiento de embargo o con una oposición, no libera al deudor quien puede ser obligado a pagar de nuevo por el embargante o el opositor...*; el artículo 373 que *La compensación no se opera en perjuicio de los derechos adquiridos por un tercero sobre uno de los créditos, a consecuencia de un embargo...*; y el artículo 377 que *La confusión no perjudica a terceros que han adquirido derechos sobre el crédito por efecto de un embargo...*

Por otro lado, el límite a los derechos que pueden ser afectados por un embargo también se encuentra delimitado por la norma sustantiva, siendo obligatoria la observancia del artículo 21 del Código Civil que señala que *Los derechos de la personalidad son inherentes al ser humano y se hallan fuera del comercio. Cualquier limitación a su libre ejercicio es nula cuando afecta al orden público o a las buenas costumbres*. En consecuencia, tomando en cuenta que el embargo supone un impedimento o barrera⁵¹ en los bienes del deudor, éste no podrá trabarse sobre los derechos de la personalidad.

Otros límites, también contenidos en la norma sustantiva, se refieren a la cantidad del embargo y a aquello que no podrá ser objeto del mismo, bien por una prohibición legal, es decir, aquello que se denomina “inembargable”, o bien, por tener el acreedor un derecho, un privilegio o garantía especial sobre un bien concreto del deudor⁵². El primero de estos límites, el cuantitativo, encuentra su fundamento en el principio de proporcionalidad, según el cual se pretende el equilibrio de los intereses de ambos sujetos procesales⁵³.

El referido principio se manifiesta en el artículo 1470 del Código Civil, señalando que el acreedor puede obtener el embargo y la venta forzosa de los bienes del deudor, pero solo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. De esta manera, se equilibran ambos intereses - el del acreedor y el del deudor- por cuanto el acreedor podrá obtener la tutela provisional y anticipada del derecho que alega, y el deudor no sufrirá un menoscabo de su patrimonio más allá del crédito reclamado.

⁵¹ Ello se desprende de su propio origen etimológico, que proviene de latín *imbaricare*.

⁵² CACHÓN CADENAS añade como objetos excluidos del embargo las situaciones jurídicas pasivas ligadas a derechos, los bienes inmateriales distintos de derechos y las situaciones de hecho. En: CACHÓN CADENAS, M.J., *El embargo...*, cit., pág. 136-143.

⁵³ BARONA VILAR, S., *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil: Una necesidad ineludible*, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2010, pág. 52.

El límite objetivo del embargo por existencia de una garantía específica se encuentra regulado por el artículo 1471 del Código Civil. Este precepto establece que *El acreedor que tiene prenda, hipoteca, anticresis o privilegio sobre bienes determinados del deudor no puede embargar otros si no somete previamente a venta judicial los primeros*. La última oración del citado precepto crea una situación de prelación, por cuanto no prohíbe la venta de otros bienes diferentes a aquel otorgado en garantía específica, sino que establece un orden, siendo embargables, primero éstos, y después todos aquellos que en otra situación serían parte de la garantía general de los acreedores.

Sobre este punto, CACHÓN CADENAS difiere de que dicha prelación determine el orden de los embargos sobre los bienes del deudor, pues al existir apremio sobre determinados bienes, como es el caso de la hipoteca o la prenda, los demás bienes del deudor quedarían libres de la actividad de apremio. De lo contrario, si no existiesen bienes hipotecados o pignorados, o éstos fuesen insuficientes, recién se establecería el orden de los embargos⁵⁴.

Al respecto, el citado autor dota a la norma de un alcance negativo, al señalar que ésta, que en la Ley de Enjuiciamiento Civil abrogada se encontraba contenida en el artículo 1447, no establecía el orden de los embargos sino aquellos bienes que estarían librados del apremio. No obstante, considerando que el embargo es, por su finalidad, una medida que señala el alcance cuantitativo de la ejecución debe trabarse, inclusive, sobre aquellos bienes afectados a una garantía específica, como veremos más adelante⁵⁵.

Respecto a los bienes inembargables, su fundamento se encuentra en la tutela de distintos derechos que, en criterio del legislador, pueden verse afectados por efecto de un embargo. Así, entre los bienes inembargables se encuentran: los sueldos y salarios, las pensiones, jubilaciones, montepíos, rentas de vejez o invalidez, las prendas de uso personal y los muebles imprescindibles que guarnecen la vivienda del deudor y de su familia, los libros relativos a la actividad laboral del deudor, las máquinas, herramientas, instrumentos y otros objetos de trabajo de que se sirve el deudor indispensables para el ejercicio de su profesión u oficio, los artículos de consumo y subsistencia personal y familiar por un período de seis meses⁵⁶, etc.

⁵⁴ CACHÓN CADENAS, M., *El embargo...*, cit., págs. 257-259.

⁵⁵ Remitir a los presupuestos del embargo preventivo

⁵⁶ Art. 318 del Código Procesal Civil

No obstante la regulación expresa de los bienes inembargables se encuentra en la norma procesal, el Código Civil contiene una serie de supuestos en los que no se aplicarán los efectos de la norma sustantiva cuando su objeto sea inembargable. Así, el artículo 369 señala que no operará la compensación de créditos inembargables; de igual manera el artículo 1335 exceptúa de la responsabilidad patrimonial del deudor aquellos bienes inembargables, así como el 1439 la improcedencia de la cesión de estos bienes.

En cuanto al embargo de los derechos reales, si bien no cuenta con una regulación específica en la norma sustantiva, no cabe duda de que su aplicación exigirá revisar las normas del Código Civil por cuanto las reglas de su constitución, extinción, naturaleza y otras se hallan contenidas en el mismo. Por ejemplo, si el embargo fuese trabado sobre un derecho de usufructo, no podrá soslayarse el hecho de que éste tendrá efectos no sólo en el patrimonio del deudor sino también en el del propietario, que en cualquier caso deberá conservar su nuda propiedad⁵⁷, o que el embargo se encontrará supeditado al plazo fijado entre el deudor y el propietario, con independencia del alcance que tiene el crédito del embargante.

Otro ejemplo de ello es el embargo del derecho de anticresis que, al igual que el del usufructo, deberá observar las reglas contenidas en el Código Civil. En ese sentido, por tratarse de un pacto accesorio, el embargo estará subordinado a la existencia de un derecho de crédito del deudor y no podrá exceder de los intereses que genere el capital pues conforme señala el artículo 1429-I del Código Civil, el derecho a percibir los frutos del inmueble se imputarán primero a los intereses y después al capital.

Por último, el punto de intersección entre el embargo y la norma sustantiva también se encuentra en los efectos que aquel genera⁵⁸. Así, en el caso de que el embargo recaiga sobre bienes inmuebles, si bien el mismo no priva al deudor de sus facultades de uso y de disposición, en cambio, si hace ineficaz respecto al embargante todo acto jurídico que el deudor constituya sobre dichos bienes, de lo que resulta que en la esfera privada no podrá surtir plenamente sus efectos entre las partes contratantes.

⁵⁷ En ese sentido, de plantearse una tercería de dominio excluyente por parte del propietario de un bien cuyo usufructo fue embargado ésta deberá declararse probada respecto a la nuda propiedad, manteniéndose en cuanto al usufructo. Así lo ha entendido, por ejemplo, la jurisprudencia española en la STS 415/1997 de 19 de mayo.

⁵⁸ CACHÓN CADENAS, M., *El embargo...*, cit., pág. 68.

Asimismo, estando a salvo las facultades de uso y disposición, el deudor podrá transmitir el derecho de propiedad a un tercero adquirente e incluso entregarle el bien embargado. Sin embargo, una vez inmersos en la fase de ejecución, el tercero deberá entregar el bien al adjudicatario, viéndose afectado el carácter indefinido de su derecho de propiedad, que igualmente se encuentra regulado por la norma sustantiva.

Además de los citados efectos del embargo, éste también se manifiesta en otros derechos sustantivos como la reserva de propiedad del vendedor, resultante de este tipo de contratos. En ese sentido, el artículo 585-II del Código Civil señala que *En la venta de muebles no sujetos a registro, la reserva de propiedad es oponible a los acreedores del comprador, sólo cuando resulta del documento con fecha cierta anterior al embargo*. De esta norma se infiere la protección del crédito del vendedor que prevalecerá frente a los derechos del acreedor embargante, ambos, la preferencia y el objeto, propios de la esfera sustantiva.

Lo propio ocurre con otras relaciones privadas como la venta, cuyo cumplimiento de pago podrá ser suspendido por parte del comprador cuando la cosa vendida se encuentre sujeta a vínculos de embargo o secuestro. Así lo establece el artículo 638-II, núm. 2. del Código Civil que, asimismo, añade: *...si el vendedor no libera la cosa en el término que debe fijar el juez, el comprador puede demandar la resolución del contrato y el resarcimiento del daño...*

En conclusión, sin perjuicio de encontrar también sus límites, objeto y efectos, desde el punto de vista de la norma sustantiva, el embargo se encuentra regulado como una facultad inherente al derecho de crédito y condicionado al incumplimiento consumado del mismo. De tal manera, insistimos en que éste no opera en el ámbito privado, requiriendo siempre de la actividad judicial para la consecución de sus fines, destacando su importancia como medida esencial de la fase de ejecución.

2. DESDE EL DERECHO REGISTRAL

No existe en el Derecho Registral una regulación específica del embargo. No obstante, debido a la naturaleza provisional de éste y a los efectos necesariamente temporales que produce, la norma en materia registral lo contempla en su modalidad de anotación preventiva. En ese sentido, el artículo 1552 del Código Civil señala que podrá anotarse preventivamente,

entre otros derechos, el de aquel que obtiene a su favor providencia de secuestro o mandamiento de embargo ejecutado sobre bienes inmuebles del deudor.

Por su denominación y los efectos que produce, la anotación preventiva de embargo ha llegado a confundirse, por una parte de la doctrina⁵⁹, con un derecho real. Este error, creemos, recae en la mirada fusionada que se tiene sobre la anotación y el embargo, entendiéndola como una sola medida, distinta del embargo mismo. A ello se suma el carácter constitutivo que la norma procesal pretende otorgar a la anotación del embargo⁶⁰ y los efectos, propios de esta medida, que trascienden a otros derechos, imponiendo límites al ejercicio del derecho de propiedad del deudor⁶¹, otorgando facultades dispositivas al órgano jurisdiccional y poderes directos e inmediatos al acreedor sobre los bienes embargados⁶².

Pese a su denominación, cabe preguntarse si en la anotación preventiva de embargo, es realmente el embargo aquello que se anota. Esta cuestión encuentra su fundamento en que, si bien para su práctica se requiere de un embargo previamente ordenado y ejecutado, su anotación otorgará publicidad al crédito reclamado y concederá la preferencia de éste a partir de su plasmación en el registro. En ese sentido, el orden de las anotaciones no condicionará en nada a los embargos, reconociendo meramente la diligencia de los acreedores y la prelación respectiva en el cobro de los créditos⁶³.

Lo anterior encuentra su raíz en la naturaleza cautelar de la anotación preventiva que, así como cuando tiene por objeto una demanda, pone en conocimiento de terceros la existencia de una litis; cuando su objeto es el embargo, registralmente cumple la misma función de publicidad, pero no de cualquier litis, sino de una cuya finalidad es la satisfacción de una prestación pecuniaria. De ahí que, el artículo 415-I del Código Procesal Civil señale que *El*

⁵⁹ Así, ERDOZÁIN LÓPEZ, cita a RAMOS FOLQUÉS y señala que su tesis *...está construida sobre dos grandes pilares: por un lado, el principio de prioridad; y, por otro, el de la buena fe registral*. ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C., *Anotaciones preventivas de embargo, prelación de créditos y transmisiones a terceros*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 61.

⁶⁰ Art. 411-II del Código Procesal Civil señala que *El embargo de inmuebles se hará efectivo por su inscripción en el Registro de Derechos Reales y de igual manera el de muebles sujetos a registro...*

⁶¹ Aunque, como señala CACHÓN CADENAS, se tratan de limitaciones meramente procesales sobre la facultad dispositiva. En: CACHÓN CADENAS, M.J., *El embargo*, cit. Pág. 76.

⁶² GUASP, citado por CACHÓN CADENAS. *Íbid.*, págs. 67-68.

⁶³ Ambos, en clara manifestación del principio *prior in tempore, potior in iure*.

orden de la fecha de inscripción en el registro correspondiente de los embargos ejecutados, fija el orden de preferencia de los acreedores para hacer efectivos sus créditos.

Es más, en la práctica, la anotación preventiva de embargo es asentada por el registro utilizando las expresiones *juicio ejecutivo* o *juicio coactivo*, tal como puede observarse en la siguiente imagen, en la cual el asiento registral manifiesta la existencia de los juicios dentro de los cuales se ordena la medida cautelar y no el embargo propiamente dicho:



Lo anterior, se refuerza por lo expresado por ERDOZÁIN LÓPEZ, a cuyo juicio *...las anotaciones preventivas de embargo deben ser definidas tanto desde un punto de vista formal como material, insistiendo en que en el primero de ellos -el formal- ...ha de participar de los rasgos previstos en la definición general de las anotaciones preventivas. Podrían, pues, consistir en un asiento a través del cual se publica una situación nacida extrarregistralmente, para conocimiento de terceros, y mediante la cual se alcanza un doble objetivo: por un lado, prevenir a futuros adquirientes o acreedores de la existencia de un litigio, de cuyas resultas la finca sobre la cual conste la anotación puede llegar a responder; por otro,...* servir de

*protección al anotante frente a eventuales reclamaciones de terceros, no basadas en mejores títulos...*⁶⁴

De acuerdo con el citado autor, pese a anotarse un embargo, en el ámbito registral dicha anotación otorgará publicidad a un hecho extrarregistral, el crédito, que nace de una relación material y previa al proceso y, por tanto, del embargo mismo. Asimismo, su efecto inmediato, a diferencia de lo que ocurre con los derechos reales, no será su oponibilidad *erga omnes*, sino únicamente frente a otros créditos que se hayan anotado, con posterioridad al embargo, sobre los mismos bienes.

Por otro lado, insistimos, no es el crédito ni el embargo el que se hace público, sino el litigio existente que reclama la satisfacción del primero, de lo que resulta que todos aquellos adquirentes de los bienes embargados y los acreedores del mismo deudor se someterán al resultado del proceso. Dicho esto, la preferencia, aun cuando está determinada por la norma sustantiva, se materializará a través del proceso cuya publicidad haya sido plasmada, con prioridad, en el registro⁶⁵.

Ahora bien, teniendo en cuenta que fuera de las pretensiones pecuniarias, el embargo también guarda una finalidad real en pretensiones como la reivindicación, la división de herencia, la nulidad por simulación, entre otros, corresponde otorgarle un tratamiento análogo al de la anotación preventiva de demanda. Al respecto, consideramos que dicha analogía debe aplicarse en cuanto a la anotación, cuya naturaleza es siempre registral, y no al objeto de ésta cuyos efectos difieren⁶⁶ y se encuentran previstos, no por la norma registral, que se agota con la mera anotación, sino por la procesal y sustantiva.

Así, por ejemplo, pese a que tanto la anotación preventiva de demanda como la de embargo otorgan publicidad a una litis, en la primera la sentencia del proceso no perjudicará a

⁶⁴ ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C., *Anotaciones preventivas de embargo, prelación de créditos y transmisiones a terceros*, cit., pág. 48.

⁶⁵ Ello, incluso, es aplicable aun cuando todos los créditos, anotados o no, sean acumulados a un concurso. Así, consolidada la acumulación, el juez decidirá la preferencia -entre acreedores embargantes- en virtud del litigio que haya sido publicado con anterioridad.

⁶⁶ Al respecto, como se analiza en el capítulo correspondiente al embargo preventivo, pese a que tutela pretensiones reales al igual que la anotación preventiva de demanda, su oponibilidad se amplía a los derechos personales de terceros pues, al tratarse en uno y otro caso de un embargo, también genera la preferencia.

los titulares de derechos sobre la cosa litigiosa⁶⁷, quienes tendrán a salvo la vía correspondiente para hacerlo valer en un proceso diferente⁶⁸. En cambio, la anotación preventiva de embargo, siempre que éste tenga por fundamento una pretensión pecuniaria, reservará, en fase de ejecución la notificación a todos aquellos acreedores que tengan un derecho registrado sobre los bienes embargados, con la finalidad de hacer valer su preferencia o derecho de crédito correspondiente⁶⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, el tratamiento análogo de la anotación preventiva de embargo con el de la anotación preventiva de demanda, cuando el primero tenga por fundamento pretensiones reales sobre el bien embargado, se justifica por lo siguiente:

1. Ambas son anotaciones preventivas y, por lo tanto, obedecen a la legislación registral, con independencia del objeto que anotan.
2. Por su naturaleza, ambas -la anotación de embargo y de demanda- son asientos temporales.
3. Corresponden a situaciones jurídicas no inscribibles⁷⁰.
4. Ambas se encuentran sujetas a la caducidad, conforme a lo señalado por el artículo del 1553-I del Código Civil.
5. Por su naturaleza cautelar, ambas constituyen anotaciones de fuente judicial y, por tanto, se encuentran sujetas a las mismas reglas de levantamiento. En ese sentido, el artículo 1560-II del Código Civil señala que *Las anotaciones hechas por orden judicial se cancelarán sólo a mérito de otra que emane del mismo juez...*⁷¹.

⁶⁷ PARDO NÚÑEZ, C., *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 11.

⁶⁸ El artículo 229-I del Código Procesal Civil señala que *La cosa juzgada alcanza a las partes y a sus sucesores a título universal*. Esta disposición es aplicable en tanto los derechos de terceros no deriven de aquellos que hayan sido anulados y que correspondan a una de las partes del proceso preexistente, por aplicación del segundo apartado del precepto citado.

⁶⁹ En ese sentido, el artículo 415 del Código Procesal Civil fija la preferencia de los acreedores para hacer efectivo el cobro de sus créditos conforme a la fecha de inscripción. Asimismo, en su artículo 416 señala que, entre otras medidas previas al remate, se dispondrá las certificaciones sobre hipotecas o gravámenes contra el bien embargado.

⁷⁰ DÍEZ-PICAZO, citado por Talma Charles. En: TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, op. cit., pág. 48.

⁷¹ Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional ha modulado los alcances de este precepto al señalar que *...es posible disponer la cancelación de la medida precautoria por una autoridad diferente a la que ordenó la misma, tratándose de casos de caducidad...* Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Nro. 64/2014 de 3 de enero de 2014.

En conclusión, la anotación preventiva de embargo constituye un asiento de naturaleza registral y en ningún caso genera derechos reales ni puede ser confundido con las garantías jurídico-reales del derecho de crédito. Ello obedece principalmente a dos motivos: el objeto de la anotación, tanto si se trata de una expectativa, de una garantía real o de una litis, se encuentran reguladas por la norma sustantiva; y la anotación, en su concepción autónoma y registral, es independiente de la actividad judicial, pudiendo también constituirse por una actividad extrajudicial motivada por la conservación del patrimonio del deudor como garantía del crédito⁷².

3. DESDE EL DERECHO PROCESAL

Si en el derecho sustantivo el embargo principalmente encuentra su fundamento y en el registral su publicidad y correspondiente oponibilidad, en el ámbito procesal éste se entiende como una medida que persigue directamente la efectividad de la sentencia y, por lo tanto, del proceso (máxima manifestación de la actividad jurisdiccional), así como la materialización de los derechos reconocidos en ella. En ese sentido, cumplido el primer objetivo -la efectividad de la actividad jurisdiccional- conseguirá la adecuación de la realidad fáctica a lo declarado en la sentencia, es decir, la satisfacción del derecho de crédito, si el objeto del proceso es el cumplimiento de una prestación pecuniaria, o la restitución del bien, constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre el mismo, si su objeto es una pretensión real.

Por su género, el embargo pertenece a las medidas cautelares; por su especie, a aquellas medidas concretamente destinadas a asegurar la ejecución de sentencias de condena (si el embargo es ejecutivo) y a aquellas que tienen por función mantener el *statu quo* de las situaciones de derecho sobre los bienes (si el embargo es preventivo)⁷³. Asimismo, como se analizará en el capítulo correspondiente, otra de las funciones del embargo recae en que éste sirve para delimitar el alcance cuantitativo de la ejecución, claramente influenciada por el

⁷² ORTELLS RAMOS grafica la diferencia existente entre el embargo y los derechos materiales que el mismo tutela, mediante la formulación del siguiente ejemplo: *...si se hace valer en el proceso un derecho material de garantía, bien pretendiéndose su constitución, bien su cumplimiento, y el proceso termina sin sentencia sobre el fondo del asunto, aquel derecho permanece subsistente y eficaz. Contrariamente, si se ha obtenido un embargo preventivo otra media cautelar y el proceso termina sin pronunciamiento sobre el fondo, la media cautelar se extingue.* En: ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, cit., págs. 48-49.

⁷³ Sin perjuicio de ello, el embargo ejecutivo también tiende a mantener el *statu quo* de estas situaciones. No obstante, a diferencia del embargo preventivo que tutela pretensiones reales, cumple esta función con miras a obtener el valor de los bienes para la correspondiente satisfacción del crédito del embargante.

capital, los intereses y otros créditos⁷⁴ o, en su caso, por la extinción de todos⁷⁵ o alguno de éstos.

Su regulación, como no podía ser de otra manera, se encuentra en el Código Procesal Civil, precisamente, en el Título II del Libro Segundo, dedicado al Proceso Cautelar. Éste constituye el conjunto de reglas y fases a través del cual el embargo podrá ser otorgado por la autoridad judicial que actualmente conoce o conocerá el proceso principal. De ahí que, como señala unánimemente la doctrina⁷⁶, las medidas cautelares sean instrumentales a la *litis*.

Aun cuando el Código Procesal Civil no lo señala expresamente, es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que el embargo puede ser de dos clases: preventivo y ejecutivo. En el primer caso, éste será aquel que se obtiene en la fase de conocimiento y, en el segundo, en la fase de ejecución. A ello se añade que, como se ha señalado anteriormente, el embargo ejecutivo encuentra su fundamento en las sentencias de condena a pagar una suma de dinero y el embargo preventivo garantiza diferentes sentencias que buscan la conservación de los bienes que son objeto de la *litis*.

Indistintamente se trate de uno u otro tipo de embargo, su carácter instrumental se manifiesta en la sujeción de la medida al proceso principal. En ese sentido, el embargo será levantado por caducidad, si es adoptado antes del proceso principal; por constituir una medida injusta, durante la fase de conocimiento o de declaración; o por estimarse el derecho del acreedor, en la fase de ejecución, una vez rematado y adjudicado el bien embargado⁷⁷.

De lo anterior, se colige que las medidas cautelares y, en consecuencia, el embargo, no cumplirían un fin en sí mismas. No obstante, BARONA VILAR sostiene que esta concepción totalmente instrumental se ha superado y que *...el objeto del proceso cautelar no es el del objeto*

⁷⁴ Por ejemplo, el daño, la cláusula penal y las arras.

⁷⁵ Piénsese en el caso de que se declare nulo el contrato que obliga a la restitución del capital, extinguiendo también la responsabilidad por el incumplimiento o el retraso en su cumplimiento. [Art. 536 C.C. (*Nulidad de la cláusula penal*) *La nulidad del contrato trae la de la cláusula penal; pero la de ésta no acarrea la de aquél*].

⁷⁶ Así lo sostienen, entre otros, PODETTI (En: PODETTI, J.R., *Tratado de las medidas cautelares*, Ediar, Buenos Aires, 1956, pág. 16); JOVÉ (En: JOVÉ, M., *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, José María Bosch, Barcelona, 1995, pág. 142); y BARONA VILAR (En: BARONA VILAR, S., *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil: Una necesidad ineludible*, cit., pág. 44.).

⁷⁷ Art. 427-I del Código Procesal Civil: *Toda medida cautelar que hubiere recaído sobre el bien rematado se levantará una vez aprobado el remate.*

principal, de manera que lo que se pretende mediante el cautelar no es sino adoptar instrumentos que permitan garantizar la efectividad de la resolución que en su día se dicte...⁷⁸.

De acuerdo con la autora, cuyo criterio compartimos por su ecuanimidad⁷⁹, el proceso cautelar es un proceso autónomo y contiene fases y régimen de competencia, contradicción e impugnaciones propio. Ello, en lo que concierne al embargo, supone su concepción como pretensión dentro de este proceso. Así, mientras que en el proceso principal la pretensión puede ser la satisfacción de una prestación pecuniaria o la restitución de un bien, vía acción reivindicatoria; la del proceso cautelar será la adscripción de un bien a la futura ejecución o repeler sobre éste la realización de actos de disposición, respectivamente.

No existe en el Código Procesal Civil una definición de embargo. No obstante, de su texto pueden extraerse los diferentes elementos y presupuestos que lo determinan. Así, el artículo 326 del Código Procesal Civil, previo a enumerar los diferentes presupuestos concretos para la adopción de esta medida, señala que ésta podrá ser pedida por *El acreedor de una obligación en dinero o en especie...* Ello, en términos procesales, obedece a la legitimación y a la naturaleza de la obligación que hará procedente el embargo preventivo.

A continuación, el precepto citado enumera las diferentes situaciones que harán posible la aplicación de esta medida. En ese sentido, señala las siguientes: *1. El deudor no tuviere domicilio en el territorio del Estado Plurinacional. 2. El crédito constare en documento público o privado reconocido y no contare con una garantía suficiente. 3. el coheredero, el condómino o el socio con respecto a los bienes de la herencia del condominio o de la sociedad, respectivamente, acreditaren la verosimilitud del derecho y el peligro de la demora. 4. La persona que tuviere que demandar reivindicación, división de herencia, nulidad de testamento o simulación, u otras acciones reales respecto del bien demandado mientras dure el juicio, presentará prueba documental que haga verosímil su pretensión 5. Se demandare el cumplimiento de un contrato de compraventa, si el derecho fuere verosímil.*

⁷⁸ BARONA VILAR, S., *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil: Una necesidad ineludible*, cit., pág. 42.

⁷⁹ Pues es evidente que, aun cuando el proceso cautelar es ciertamente autónomo en su aspecto formal, su finalidad y existencia siempre se encuentra ligada al proceso principal.

En la norma procesal, además de sus presupuestos, tanto generales -en cuanto medida cautelar- como específicos, el embargo encuentra su estructura. De acuerdo con ello, el Código Procesal Civil regula las reglas de su competencia, modificación, ejecución e impugnación, regulándose en cuanto a este último normas especiales, a diferencia de lo que ocurre con otras medidas cautelares, debido a su complejidad y los efectos que resultan de esta medida.

No sorprende por ello que algunas de las normas generales del proceso cautelar se encuentren enfocadas desde el embargo, pese a ser de aplicación a todas las demás medidas cautelares. Un ejemplo de ello es lo señalado por el artículo 321-I y II del Código Procesal Civil, relativo a la modificación de las medidas cautelares, de cuyo texto se desprende: *I. El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ella no cumple adecuadamente la función de garantía. II. El deudor podrá solicitar el cambio de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantizare suficientemente el derecho del acreedor. De la misma manera, podrá pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor o la reducción del monto por el cual la medida cautelar hubiere sido dispuesta, siempre que corresponda.*

Lo anterior encuentra su fundamento en la concepción del embargo como la medida cautelar primaria y por excelencia⁸⁰. Ello se justifica por la amplitud que caracteriza a esta medida por cuanto, conforme sostiene BARONA VILAR, *...permite garantizar no solo la pretensión dineraria específica, sino también su función genérica...*⁸¹. Asimismo, su carácter primario se manifiesta en que otras medidas cautelares, como el secuestro o la inhibición de bienes, llegan a complementar a un embargo previamente ordenado⁸².

Los presupuestos para la adopción del embargo son los mismos regulados para todas aquellas medidas cautelares. En ese sentido, de acuerdo con el artículo 311-III del Código Procesal Civil deberá acreditarse la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. No obstante, por su especialidad, además el embargo exigirá la determinación del alcance de la

⁸⁰ ALVARADO VELLOSO, A., *Las cautelas procesales. Crítica a las medidas precautorias*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pág. 19.

⁸¹ BARONA VILAR, S., «El proceso cautelar en el nuevo Código Procesal Civil, un paso esencial en la tutela de los ciudadanos», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, págs. 16-69.

⁸² Así, el núm. 1 del artículo 326-II del Código Procesal Civil señala que El secuestro de bienes muebles y semovientes, procederá cuando: *...El embargo no asegure por sí solo el derecho pretendido por la parte solicitante...*

medida y el bien a embargarse⁸³, cuando la pretensión principal que la sustente sea la ejecución de una obligación pecuniaria.

Son también de aplicación al embargo las reglas generales de oportunidad y competencia para la adopción de medidas cautelares, reguladas por los artículos 310 y 312 del Código Procesal Civil, respectivamente. No obstante, en cuanto al régimen de impugnaciones existe una especial variación. En ese sentido, además de la impugnación vía oposición (art. 308 CPC) o vía recurso (art. 322 CPC) la norma procesal prevé las tercerías de dominio y de derecho preferente, cuando se embargue un bien de propiedad del tercerista o cuando éste alegue un crédito preferente al del embargante.

Asimismo, por la especial complejidad de esta medida cautelar, la norma procesal hace una primera mención de ésta al regular, mediante su artículo 57, la oposición al embargo. En consecuencia, esta oposición especial faculta no sólo a quien alegue tener el dominio sobre el bien embargado, sino también a todos aquellos que tengan la condición de detentadores o un derecho exigible sobre el bien, denotándose la amplitud de la intervención del tercero que interviene en el proceso en virtud del cual se ha ordenado un embargo.

Por otro lado, pese a que la norma sustantiva regula algunos límites del embargo, que más que objetivos son cuantitativos, remite a la norma procesal⁸⁴ los bienes que en razón a una situación concreta serán inembargables. Así, el artículo 318 del Código Procesal Civil enumera dichos bienes y el artículo 319 lo referente al uso de bienes embargados que se encontrasen afectados a los servicios públicos.

Finalmente, quedando claro que el embargo constituye un cauce, el más importante, para la ejecución de la sentencia, la norma procesal también regula todo lo referente a la resolución del embargo, la traba y su correspondiente ejecución hasta la obtención de la satisfacción del

⁸³ No obstante, la jurisprudencia española ha determinado que *...resulta relativamente innecesario mencionar qué concretos bienes deben ser objeto de embargo cautelar* (Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 37/2009 de 16 febrero. JUR 2009\197933). Diferente es la posición de CACHÓN CADENAS, quien justifica la necesidad de individualizar los bienes que serán objeto de apremio señalando que *...individualizado el objeto del apremio con antelación al comienzo de esa actividad, es posible adoptar las medidas de aseguramiento que resulten adecuadas a la naturaleza de los bienes, a fin de evitar que la finalidad del embargo se malogre antes de que se pueda completar el apremio*. CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, cit., págs. 35-36.

⁸⁴ El artículo 1336 del Código Civil señala que *Son inembargables los bienes expresamente señalados en el Código de Procedimiento Civil y en leyes especiales*.

crédito. Al respecto, el artículo 327 del Código Procesal Civil remite la ejecución del embargo preventivo y el secuestro a lo dispuesto en el Capítulo II, Título V del Libro Segundo relativo a la ejecución coactiva de sumas de dinero.

V. EFECTOS

A tiempo de analizar la naturaleza jurídica del embargo, en el apartado anterior ya hacíamos mención de algunos de los efectos que resultan de la aplicación de esta medida. Tal es el caso del poder dispositivo del órgano jurisdiccional, la preferencia del embargante frente a otros acreedores, la inexistencia de los actos de disposición posteriores al embargo o la aparente indisposición del bien embargado en perjuicio del deudor, entre otros. A continuación, revisaremos en forma general cada uno de ellos, reservando un análisis más exhaustivo para los apartados correspondientes a cada ámbito del embargo.

1. PODER DISPOSITIVO DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

Es indudable que, para la adopción de cualesquier medidas cautelares, incluido el embargo, rige el principio dispositivo requiriéndose instancia de la parte que acredite la verosimilitud del derecho y se vea afectada por el peligro en la demora. No obstante, una vez decretado el embargo se despliegan una serie de facultades para la autoridad judicial, quien podrá ampliar, reducir, levantar o sustituir el embargo por otra medida, aún de oficio.

Asimismo, además de la iniciativa cautelar de la autoridad judicial, propia de sus facultades jurisdiccionales, el embargo también le otorgará ciertas facultades con efectos sustantivos sobre los bienes embargados. Dicha facultad, ha sido entendida por algún autor⁸⁵ como una verdadera potestad real. Así, CACHÓN CADENAS sostiene que *En virtud de la práctica del embargo el órgano jurisdiccional adquiere la potestad de llevar acabo válidamente actos dispositivos sobre los bienes embargados. Éste es el efecto fundamental del embargo*⁸⁶.

Este poder se origina a partir de la traba del embargo, con independencia de que éste se hubiese anotado en el registro para el caso de los bienes sujetos a registro. Al respecto, no obstante se encuentre acordado el embargo por parte de la autoridad judicial, éste adquiere plena

⁸⁵ GUASP, citado por CACHÓN CADENAS. En: CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, cit., pág. 67.

⁸⁶ *Ibid.*, pág. 69.

eficacia en la fase de traba, pues sólo a partir de ésta se habrá verificado e individualizado el bien, produciéndose los efectos prácticos de la resolución de embargo.

Respecto a la traba del embargo, OSSORIO la define como la *Diligencia mediante la que se hace efectiva una orden judicial que dispone un embargo*⁸⁷. Así, mientras que la resolución cautelar es el título del embargo⁸⁸, la traba es la ejecución del mismo⁸⁹. De ello, resulta que la verdadera afección de los bienes a la ejecución se encuentra en la traba de ellos, por cuanto a efectos de la satisfacción un embargo sólo será válido si recae sobre un bien determinado⁹⁰.

En ese sentido, el órgano judicial no podrá tener facultades de disposición sobre todo el patrimonio o sobre cualquier bien del deudor, sino únicamente sobre aquel que ha sido objeto de apremio a través de la traba. Asimismo, sólo a partir de este acto procesal la autoridad judicial tendrá plena competencia para resolver acerca de cualquier vicisitud que surja como efecto de un embargo. Piénsese, por ejemplo, en el caso del conocimiento sobre la interposición de una tercería que, de no haberse trabado el embargo sobre un bien concreto, no facultaría a terceros la posibilidad de deducir una tercería y, en consecuencia, imposibilitaría al órgano jurisdiccional valorar sobre la afectación de un derecho distinto al del embargante.

Respecto a la naturaleza de este poder de disposición, TALMA CHARLES sostiene que ésta es pública y procesal, y añade que, por tanto, *...es distinta del poder de disposición que sigue conservando el propio ejecutado; ambos poderes de disposición coexisten sin excluirse, pero según una relación de subordinación a favor del poder público*⁹¹. Ello es justamente el fundamento para sostener que el embargo no origina una indisposición del bien por parte del

⁸⁷ OSSORIO, M., *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales* [CD-ROM], Heliasta, Buenos Aires, 1974, pág. 951.

⁸⁸ ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, cit., Pág. 162.

⁸⁹ Al respecto, GARBARINO SARAVIA, al analizar lo regulado por el Código General del Proceso uruguayo, sostiene que *El art. 380.1 del CGP distingue entre la providencia que dispone el embargo, de la traba del mismo. Ambos son actos procesales, pero el primero es dictado por el Juez, y el segundo por el Alguacil. La traba tiene por finalidad la realización práctica de la providencia judicial*. En: GARBARINO SARAVIA, A., «La individualización de las personas físicas y el embargo genérico», *Revista AEU*, vol. 92, núm. 7-12, 2006, págs. 245 – 257.

⁹⁰ No obstante, de acuerdo con lo planteado por CAMBIASSO se deduce la validez de este tipo de embargo, por cuanto sostiene que *El embargo genérico se diferencia del específico en que éste puede conducir a la ejecución, en tanto que el genérico funciona como una medida cautelar, que vincula al juicio los bienes cuya extensión comprende, sin solución de continuidad, pero no conduce a la ejecución*. En: CAMBIASSO, S., «Los artículos 61 de la Ley Registral y 380.6 del CGP y temas conexos», *Revista AEU*, vol. 92, núm. 7-12, 2006, págs. 181 – 220.

⁹¹ TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pág. 282.

deudor quien podrá seguir realizando actos de disposición sobre el bien con posterioridad a la traba⁹², los cuales estarán subordinados al resultado del proceso y no afectarán en forma alguna al embargante y a la continuación del proceso⁹³.

Pese a reconocerse la iniciativa cautelar por parte de la autoridad judicial, esta únicamente surte efectos en cuanto al desarrollo del proceso y, más concretamente, de la eficacia del embargo. Así, mientras que la autoridad podrá limitar el embargo, modificarlo o sustituirlo por otra medida, en cambio, no podrá disponer arbitrariamente del bien embargado⁹⁴ o vender el mismo por un valor discrecional⁹⁵, siendo de obligatoria observancia las reglas establecidas por la norma procesal.

Por otro lado, la naturaleza procesal del poder dispositivo del órgano jurisdiccional y, por tanto, distinta de aquel que ejerce el deudor, se manifiesta en las formas de extinción del primero. En ese sentido, mientras que la facultad de disposición del deudor en su calidad de propietario del bien se extingue con la transmisión de su derecho propietario, por propia voluntad o por efecto de la ley, el poder dispositivo de la autoridad judicial podrá enervarse mediante una oposición al embargo declarada probada o por el cumplimiento de la obligación en el plazo señalado por el artículo 408-II Código Procesal Civil⁹⁶.

Frente a las teorías que refieren que la venta judicial se equipara al contrato de compraventa regulado por la norma sustantiva, NAVARRETE VILLEGAS sostiene que, *En la compraventa, el no pago del precio permite al vendedor exigir el cumplimiento o la resolución*

⁹² En ese sentido, la indisponibilidad de los bienes embargados únicamente opera en favor del acreedor, al extremo de que la norma procesal señala la inexistencia, respecto de aquel, de los actos de disposición efectuados por el deudor sobre los bienes embargados. Al respecto, CHIAPPINI sostiene que *En realidad, la enajenación siempre es válida. Cosa distinta es la ficción conforme a la cual el bien no salió del patrimonio del deudor embargado*. CHIAPPINI, J., «El adquirente de un bien embargado, ¿por cuánto responde?», *El Derecho*, núm. 254-759, 2013.

⁹³ Así lo señala el artículo 414-I del Código Procesal Civil, de donde se desprende que *Todo acto jurídico de disposición o de constitución de gravámenes del bien embargado, que se realizare en forma posterior a la efectividad del embargo, será ineficaz respecto al embargante y no afectará el curso del proceso ni sus resultados*.

⁹⁴ TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, cit., pág. 282.

⁹⁵ Así, el artículo 417-I del Código Procesal Civil señala que *Practicado el embargo, la autoridad judicial de oficio o a petición de parte, dispondrá la tasación del bien embargado, salvo que las partes, de común acuerdo, dentro del proceso autoricen la venta al mejor postor*.

⁹⁶ Este precepto señala que *La autoridad judicial examinará cuidadosamente el título presentado por el acreedor y si considerare que tiene suficiente fuerza coactiva, dictará sentencia, ordenando el embargo y llevar adelante la ejecución coactiva hasta que se haga efectiva la suma reclamada, intereses, costas y costos, dentro del plazo de tres días, bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía o embargado*. De lo que se deduce que, cumplido el pago por parte del coactivado, quedará sin efecto el remate del bien embargado, extinguiendo, por extensión, el poder de disposición de la autoridad judicial.

*del contrato con indemnización de perjuicios en ambos casos (artículo 1489, Código Civil). En la enajenación forzosa ni el ejecutante ni el ejecutado pueden pedir la entrega forzada del precio ofrecido en la subasta por el rematante. Tampoco puede acordarla de oficio el órgano jurisdiccional*⁹⁷. Asimismo, a diferencia del contrato de compraventa, la venta forzosa no requiere del consentimiento del titular del bien embargado, siendo justamente ése el fundamento del poder dispositivo del juez, esto es, el incumplimiento voluntario de la obligación por parte del deudor.

Por último, a diferencia de los actos de disposición realizados por el deudor, la venta judicial por su naturaleza se presume legítima y, por lo tanto, su nulidad se remite a causales taxativas y diferentes de aquellas previstas para la nulidad de los demás actos jurídicos. Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que *...la venta judicial es un acto jurídico procesal legítimo que emana de la jurisdicción que ejerce el juez en el caso sometido a su conocimiento en el que ha dispuesto en Sentencia firme la enajenación pública de un bien mediante la subasta que sirvió para garantizar (mediante hipoteca) el cumplimiento de una obligación (embargo y remate del bien... (A.S. Nro. 122/2015 de 24 de febrero)*⁹⁸.

2. POSICIÓN DEL EMBARGANTE RESPECTO A LOS BIENES EMBARGADOS

Debido a que el embargo -como mencionamos anteriormente- tiene como fundamento la relación jurídico material constituida entre el acreedor y el deudor, existe, a partir del nacimiento de ella y antes del proceso, la facultad del primero de obtener la satisfacción forzosa por medio del patrimonio de este último. Dicha facultad tiene una fuente legal y estará reconocida al acreedor, independientemente de la iniciación de un proceso contra su deudor para el cobro de su crédito.

No obstante, a partir de la traba del embargo, que supone la existencia de un proceso pendiente o su eventual iniciación, la responsabilidad patrimonial transmutará de una mera facultad del acreedor a una garantía del crédito, distinta a aquellas constituidas voluntariamente por las partes y que gozan de naturaleza real. En consecuencia, como señala CACHÓN CADENAS

⁹⁷ NAVARRETE VILLEGAS, L.G., *Embargo y realización de bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, págs. 74-75.

⁹⁸ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 122/2015 de 24 de febrero de 2015. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2015/as201521122.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

*el embargo no otorga al ejecutante un derecho real, ni, en general, ningún derecho de carácter material*⁹⁹.

De lo anterior se colige que, si el crédito es quirografario, en virtud de la responsabilidad patrimonial del deudor y por medio de la actividad jurisdiccional, éste adquirirá una garantía específica, con los efectos de individualización y preferencia. Sin embargo, al tratarse de una garantía procesal, encontrará su fundamento en el proceso estando subordinada al resultado y modos de extinción de éste, y no como sucede con las garantías jurídico reales que están directamente condicionadas a la existencia del crédito.

No obstante, TALMA CHARLES niega que el embargo cree un vínculo entre su objeto y el crédito cuya satisfacción se persigue en el proceso y sostiene que *...la cosa embargada queda afecta al proceso ejecutivo garantizando, tan solo, el resultado satisfactorio del proceso (el embargo, y su anotación, tratan de asegurar el resultado del proceso)*¹⁰⁰. Por nuestra parte, consideramos que, si bien mediatamente el embargo garantiza el resultado del proceso, el efecto inmediato es la garantía del crédito que le sirve de fundamento, por cuanto no puede soslayarse el hecho de que la expectativa del acreedor en uno y otro caso (antes o durante el proceso) es la satisfacción del crédito, finalidad que ante la omisión del deudor cumple el proceso y sin la que éste no tendría razón de ser.

Por otro lado, a diferencia de las garantías jurídico reales, el embargo no confiere al embargante un derecho exclusivo ni limitado sobre el bien afectado, de lo que resulta que la medida podrá levantarse en cualquier momento o sustituirse por otra menos rigurosa. Asimismo, de no satisfacer íntegramente el crédito, el embargo podrá trascender a otros bienes o derechos del deudor, denotándose el carácter más amplio del embargo respecto de las garantías reales.

Salvando las evidentes diferencias que existen entre el embargo y las garantías reales que otorgan la posesión, como la anticresis o la prenda, conviene preguntarse si el embargo se acerca, cuanto menos respecto a sus efectos, a la hipoteca. Al respecto, partiremos del embargo anotado por cuanto sin su asiento en el registro no podríamos siquiera plantearnos los efectos análogos que aparentemente resultan en uno y otro caso.

⁹⁹ CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, cit., pág. 71.

¹⁰⁰ TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, cit., pág. 283.

Así, la nota común entre ambas figuras - la hipoteca y el embargo- recae en que ambos individualizan bienes y los afectan a la satisfacción del crédito¹⁰¹, en el primero, a través del cumplimiento, y en el segundo, a través de la ejecución. Así también, que ambos existen, independientemente de su anotación e inscripción en el registro, de lo que también resulta su inoponibilidad frente a terceros quienes podrán alegar buena fe.

A lo anterior se suma el hecho de que tanto la hipoteca como el embargo, pese a que afectan un bien a la satisfacción del crédito, no implican por sí solas la desposesión del deudor ni limitan sus facultades de disposición. De tal manera, en uno y otro caso el deudor podrá seguir utilizando el bien afectado e incluso celebrar actos con posterioridad a la constitución o a la traba, respectivamente.

Por su parte, entre las diferencias destacan el momento, la formación y las facultades de cada una de ellas. De esta manera, mientras que la hipoteca se constituye con anterioridad a un proceso y su formación obedece al consentimiento de ambas partes, el embargo sólo existe en virtud de un proceso iniciado o por iniciarse y prescinde del consentimiento del deudor, quien siempre podrá oponerse al embargo, pero sólo después de su ejecución¹⁰² y dentro del proceso en el que fue acordado.

Para finalizar, pese a algunas similitudes entre el embargo y las garantías jurídico reales, debe considerarse al primero como una garantía de naturaleza procesal, dimanante del incumplimiento del deudor y, por lo tanto, destinada a la ejecución. En ese sentido, de acuerdo con su naturaleza especial y diferente a la de las garantías reales, se encontrará condicionada por el proceso, en cuanto a su inicio, extinción y los principios que lo conforman. De ello resulta que el embargante no tiene más derechos que los delimitados por la cuantía de su crédito ni posee más facultades que la satisfacción del mismo¹⁰³, a diferencia de lo que ocurre con algunas

¹⁰¹ CACHÓN CADENAS, M.J., *El embargo*, cit., pág. 100.

¹⁰² Es de aplicación general a todas las medidas cautelares su adopción *inaudita altera pars*. Así, el artículo 315-I del Código Procesal Civil señala que *Las medidas cautelares se decretarán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente ni observación planteados por la o el cautelado con la medida podrá impedir su ejecución.*

¹⁰³ A ello, conviene añadir que, si bien en un principio el embargo otorga al embargante una posición privilegiada respecto a la que tenía antes del proceso, eventualmente ésta puede ser enervada por acción de otro acreedor. Al respecto, NAVARRETE VILLEGAS señala que *...nuestro legislador procesal civil permite que en ciertas circunstancias por motivos concretos, otros acreedores del mismo ejecutado puedan enervar esta facultad procesal del ejecutante haciendo valer créditos dotados de preferencia, por la vía de la tercería de prelación o de mejor derecho y de preferencia para el pago.* NAVARRETE VILLEGAS, L., *Embargo y realización de bienes*, cit., pág. 110.

garantías reales que confieren modos de autotutela¹⁰⁴ y afectan, de modo exclusivo y excluyente, determinados bienes.

3. POSICIÓN DEL DEUDOR Y DE TERCEROS RESPECTO A LOS BIENES EMBARGADOS

Al igual que sucede con las facultades del acreedor, los efectos sobre el patrimonio del deudor se originan desde el momento mismo de constituirse la relación jurídico material entre ambos. En ese sentido, si de un lado el acreedor podrá obtener la satisfacción de su crédito con la venta forzosa de los bienes del deudor; del otro, éste sujetará sus bienes a su propio cumplimiento, aquello que el codificador denomina el *derecho de garantía general de los acreedores*¹⁰⁵.

Como se ha mencionado en el apartado anterior, es esa responsabilidad patrimonial la que permite al acreedor embargar los bienes del deudor en la cantidad suficiente para la garantía de la satisfacción. Así, desde el momento en el que el embargo sea trabado se generará en el derecho propietario del deudor una especie de limitación con respecto a sus facultades de disposición.

¿Esto quiere decir que el embargo genera la indisposición del bien? La respuesta a esta cuestión no es absoluta por cuanto la solución variará en relación con el tipo de bien o derecho sobre el cual se ha trabado la medida. Al respecto, si bien es aceptado por la legislación y la doctrina que el deudor puede realizar actos de disposición con posterioridad al embargo, esto no sería aplicable, por ejemplo, al embargo de sumas de dinero las cuales, a partir de la traba, impiden que el deudor utilice las mismas y, en consecuencia, que pueda disponer de ellas.

Ahora bien, no obstante el deudor no vea limitada su disposición sobre el bien embargado, el efecto respecto a estos actos será el de su subordinación al resultado del proceso. De tal manera, si el proceso culmina con la ejecución, los actos posteriores no podrán surtir efectos, aunque no por ello serán nulos; y si en cambio se declara la inexistencia del crédito o éste se extingue por cualquiera de las causas señaladas por la ley, éstos quedarán subsistentes.

¹⁰⁴ Es el caso del derecho de retención otorgado en favor del acreedor anticresista.

¹⁰⁵ Aunque, pese a su denominación, la garantía no se constituye hasta la traba del embargo, siendo más acertada la denominación de *responsabilidad patrimonial universal* utilizada por la doctrina española en relación con el artículo 1911 del Código Civil de ese país.

Lo anterior se sustenta en lo regulado por el artículo 414 del Código Procesal Civil según el cual *I. Todo acto jurídico de disposición o de constitución de gravámenes del bien embargado, que se realizare en forma posterior a la efectividad del embargo, será ineficaz respecto al embargante y no afectará el curso del proceso ni sus resultados. II. La ejecución continuará como si el acto de disposición o de constitución de gravámenes no existiere. La autoridad judicial a pedido del acreedor, ordenará la cancelación de dichos actos en los registros correspondientes, con notificación del tercero en cuyo favor se hubiere realizado el acto.*

Del texto del precepto citado, nótese que no se utiliza la expresión inexistencia sino ineficacia. De ello se desprende que el acto de disposición sobre el bien embargado ha adquirido validez, mas no plena sino relativa. Asimismo, como señala la propia norma, no obstante el embargante no ve afectado su derecho de crédito, el proceso continuará *...como si el acto de disposición o de constitución de gravámenes no existiere.*

Sin embargo, la última parte del precepto es manifiestamente contraria a la finalidad que persigue, por cuanto si bien acepta la posibilidad de realizar actos de disposición sobre los bienes embargados y les dota de una ineficacia -que no, nulidad-, posteriormente añade que a pedido del embargante la autoridad judicial podrá ordenar la cancelación de estos actos en los registros.

Sobre este punto, no obstante la norma prevé la notificación al tercero que ha celebrado los actos con el deudor, la misma será practicada (al menos eso se desprende de su literalidad) con posterioridad a la cancelación de la anotación de embargo. Al respecto, consideramos que la posibilidad de realizar dicha cancelación coloca al tercero en una situación de vulnerabilidad, pues si en principio su derecho se encuentra subordinado al resultado del proceso, a ello se añade que éste se encontrará privado de proseguir con la publicidad y oponibilidad aun cuando el embargo sea levantado y no se llegue a practicar la ejecución dentro del proceso.

Del mismo modo, y entendiendo que el acto de disposición se subordinará al proceso dentro del cual fue trabado el embargo, conviene plantearse si sobre el tercero adquirente opera una especie de subrogación de éste en el lugar del deudor y, de ser así, cuáles son los alcances de la misma. Al respecto, la jurisprudencia española ha resuelto que *No existe subrogación a favor de la demandante...frente a los adjudicatarios de los bienes embargados...pues*

*efectivamente tales adjudicatarios adquieren los bienes con la carga correspondiente pero no asumen la deuda de forma que, cualquiera que fuera el alcance de la misma, en modo alguno sería aplicable a ellos el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil pues únicamente sería el bien el que respondería con su valor de dicho embargo y no los compradores con su propio patrimonio (STS 72/2012 de 27 febrero)*¹⁰⁶.

De lo anterior se colige que no opera la subrogación del tercero adquirente en la persona del deudor, existiendo únicamente una sujeción real del bien embargado al crédito reclamado por el embargante. En consecuencia, resulta lógico que el tercero no asuma la responsabilidad del deudor y, por lo tanto, no deba responder por el crédito de aquel ni ser compelido a cumplir dicha obligación con su propio patrimonio.

Ahora bien, distinto es el caso del tercero que no podría verse afectado por el embargo, por tener sobre el bien embargado un derecho real o personal oponible al del embargante. No obstante, el efecto en ambos casos no será la nulidad del embargo, sino la carga del tercero de hacer valer su derecho en el mismo proceso mediante las tercerías¹⁰⁷.

Así, en el primer caso -el tercero que alega tener un derecho real sobre el bien embargado- el codificador ha previsto que, si el derecho alegado es la propiedad, corresponderá la tercería de dominio (art. 360-II CPC); y si, en cambio, se trata de cualesquier otros derechos reales, éstos serán planteados mediante oposición (art. 57 CPC).

La interposición, tanto de la tercería de dominio como de la oposición al embargo, no se encuentra restringida al tercero, pudiendo deducirla hasta antes de la realización del bien embargado bastando que acredite su derecho sobre éste. No obstante, su prosperidad se encontrará supeditada a la constitución, con anterioridad, de los derechos que se alegan en ambas clases de oposición. En ese sentido, resulta paradigmático el artículo 427 del Código Procesal Civil que señala: *No se podrá alterar derechos de terceros emergentes de actos jurídicos debidamente registrados con anterioridad al embargo o de aquellos documentos que*

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 72/2012 de 27 febrero. RJ 2012\5289.

¹⁰⁷ NAVARRETE VILLEGAS, L., *Embargo y realización de bienes*, cit., pág. 38.

tengan fecha cierta, pudiendo los interesados deducir oposición por vía incidental dentro del plazo de diez días de la notificación al ejecutado, ocupantes y poseedores.

Analizando la primera de estas oposiciones, la de tercería de dominio, ésta supone el embargo de bienes que no pertenecen al ejecutado, lo que lleva a que el *verus dominus* oponga su derecho y pretenda el levantamiento del embargo por ilegítimo. Al respecto, GARCÍA VILA sostiene que *Para que el ejecutor...resulte legitimado para realizar actos de disposición sobre determinados bienes, es preciso, por un lado el embargo de los mismos, y, por otro, que éstos formen parte del patrimonio del embargado*¹⁰⁸.

De lo anterior, resulta que, para que el órgano jurisdiccional adquiriera el poder de disposición sobre los bienes del ejecutado no bastará con la existencia de un embargo, de manera que si éste, pese a ser trabado, recae sobre un bien que no se halla dentro del patrimonio del ejecutado, el mismo no podrá formar parte de su responsabilidad patrimonial. En consecuencia, deberá levantarse el embargo por tratarse de una medida ilegal.

Pese a que, tanto en la tercería de dominio como en la acción reivindicatoria, debe acreditarse la titularidad sobre el bien, la diferencia recae en la pretensión que se interpone en cada una de ellas. Así, mientras que la tercería de dominio¹⁰⁹ está dirigida al levantamiento del embargo, la acción reivindicatoria busca la restitución del bien sobre el cual el titular ha perdido la posesión¹¹⁰.

Por su parte, en el caso de la oposición del detentador o de quien alegue tener un derecho exigible sobre el bien embargado, conviene delimitar el significado y alcance de cada una de estas condiciones. Respecto a la primera, la detentación, implica la posesión actual y corporal de una cosa¹¹¹, y sus dos requisitos son: a) la existencia de un título que por su naturaleza es apto para autorizar el ejercicio de un poder de hecho sobre la cosa, y b) el deber de restituirla a

¹⁰⁸ GARCÍA VILA, J., *El embargo y la titularidad de los bienes embargados*, cit., pág. 106.

¹⁰⁹ Para un estudio más profundo sobre la tercería de dominio *vid.* PLANCHADELL GARGALLO, A., *La tercería de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; MONTERO AROCA, J. Y FLORS MATÍES, J., *Tercería de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; MONTERO AROCA, J., «Tercerías de dominio y de mejor derecho en el proceso de ejecución laboral», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 41, 1994, págs. 7-21.

¹¹⁰ MAS BADÍA, M., *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 75.

¹¹¹ Tenencia. En: *Diccionario Aranzadi* [En línea]. Disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I37f82cd0254411e0b4f201000000000&srguid=i0ad82d9b00000168da5df6f7464ddec&src=withinResuts&spos=1&epos=1>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

una persona determinada a quien, por lo tanto, se le reconoce implícita o explícitamente el derecho de propiedad¹¹².

En cuanto a la alegación del tercero de tener un derecho exigible sobre el bien, previamente conviene puntualizar que no existen derechos sino obligaciones exigibles, en la medida en que los derechos se ejercen y no se exigen. En ese sentido, corresponde delimitar qué se entiende por obligaciones exigibles. Este término es continuamente relacionado con los derechos personales o de crédito en los que, por contraparte, existe una obligación condicional o modal. Así, este tipo de obligaciones serán exigibles cuando el plazo, condición o carga al que se hallaba sujeto, se ha cumplido¹¹³.

Por ejemplo, podrá oponerse al embargo: todo acreedor cuyo crédito sea anterior al embargo y cuente con plazo vencido; el vendedor en los contratos de venta con reserva de propiedad cuyo último pago se encuentre pendiente¹¹⁴; el vendedor respecto al pago del precio, entre otros. No obstante, consideramos que estos supuestos, por su naturaleza crediticia, bien podrían oponerse vía tercería de derecho preferente.

Para el caso de la oposición del tercero que alega un derecho de crédito prioritario al del embargante, el codificador ha previsto la tercería de pago preferente¹¹⁵. Esta tercería, en palabras de GARBERÍ LLOBREGAT y BUITRÓN RAMÍREZ ...*constituye un incidente dentro de un proceso*

¹¹² Estos requisitos se extraen de la definición otorgada por el Tribunal Supremo de Justicia mediante el A.S. Nro. 394/2016 de 19 de abril. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 394/2016 de 19 de abril de 2016. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2016/as201620394.html> [Consultado el 1 de junio de 2020].

¹¹³ No obstante, en cuanto al ejercicio de la acción pauliana y el cumplimiento del requisito de exigibilidad del derecho cuya “garantía” se pretende conservar, el Tribunal Supremo de Justicia ha ampliado el concepto de la misma al señalar que ésta ...*no supone necesariamente tener un título ejecutivo, sino que el crédito, con la finalidad de justificar la medida conservatoria, presente determinados caracteres de certidumbre y seguridad para el acreedor* Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 86/2017 de 2 de febrero de 2017. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2017/as201720086.html> [Consultado el 1 de junio de 2020].

¹¹⁴ Pese a tratarse de un contrato con prestaciones recíprocas, la doctrina ha entendido que el vendedor ostenta una garantía impropia y, por lo tanto, un crédito pendiente frente al comprador. En tal sentido, aun cuando el vendedor figure como titular en el registro, éste no tiene un derecho real sobre el bien objeto de la venta sino uno de naturaleza personal.

¹¹⁵ Sobre la tercería de derecho preferente *vid.* LAFUENTE TORRALBA, A.J., *La tercería de mejor derecho en el proceso civil*, Tesis doctoral. Director: Javier López Sánchez. Universidad de Zaragoza. Facultad de Derecho, 2009; FERNÁNDEZ CARRON, C., *La tercería de mejor derecho*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010; FERNÁNDEZ CARRON, C., «El embargo de bienes (III): las tercerías de dominio y de mejor derecho». En: *El proceso de ejecución forzosa: problemas actuales y soluciones jurisprudenciales* (GUTIÉRREZ BERLINCHES, A. coord.), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2015.

*de ejecución pendiente, por medio del cual un tercero ajeno a la ejecución, acreedor de la parte ejecutada...solicita que le sea satisfecho su crédito con preferencia al de este último...*¹¹⁶.

Conforme sale de su propia denominación, la tercería de pago preferente no supone un mejor derecho, sino el de uno que merece más protección que el del embargante¹¹⁷. Esta protección se sustenta en la prioridad con la que el tercerista ha inscrito o anotado su derecho, siendo a partir de entonces público y, por lo tanto, oponible frente a terceros, o que dicha preferencia emane de un privilegio otorgado por la ley por razones de *humanidad, de justicia o de convivencia política*¹¹⁸.

En conclusión, y conforme a la regla general establecida por el artículo 427 del Código Procesal Civil, no podrán alterarse los derechos de terceros como consecuencia de un embargo cuando éstos: 1) Emergen de actos jurídicos debidamente registrados con anterioridad al embargo, y 2) Emergen de documentos con fecha cierta. En ambos supuestos, quedará a salvo, tanto la oposición como la tercería correspondiente, en las condiciones mencionadas en los párrafos anteriores. Por el contrario, si dichos actos se constituyen con posterioridad a la anotación del embargo, quedarán subordinados a la regla del artículo 414 del Código Procesal Civil, siendo ineficaces respecto al embargante e inexistentes a efectos de la continuación del proceso.

VI. EMBARGABILIDAD E INEMBARGABILIDAD

La embargabilidad y la inembargabilidad son cuestiones relacionadas con el objeto del embargo¹¹⁹. Por objeto del embargo se entiende a todo aquello que, formando parte del patrimonio del deudor en el momento de la traba, es afectado a la ejecución. Sin perjuicio de poder trabarse, por extensión, el embargo sobre los bienes que el deudor adquiera en el futuro, por aplicación de la responsabilidad patrimonial contenida en el artículo 1335 del Código Civil.

¹¹⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J. Y BUITRÓN RAMÍREZ G., *La tercería de mejor derecho*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 24.

¹¹⁷ VÁZQUEZ BARROS, S., *Las tercerías de dominio y de mejor derecho: la traba de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 611.

¹¹⁸ GARCÍA PÉREZ, C. *et al*, *Los créditos con privilegios generales: supuestos y régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2009, pág. 7.

¹¹⁹ CACHÓN CADENAS, M.J., *El embargo*, cit., pág. 103.

Así, delimitado el primer presupuesto, la pertenencia de los bienes al deudor, conviene analizar los diferentes elementos que deben contener los bienes o derechos que serán objeto del embargo y, por otro lado, aquellos que, por disposición de la ley, la naturaleza de los bienes o la fuerza de los hechos, serán inembargables. A continuación, pasamos a analizar cada uno de ellos.

1. EMBARGABILIDAD. CARACTERÍSTICAS

Como mencionábamos anteriormente, el primer presupuesto de la embargabilidad es la pertenencia de los bienes al patrimonio del deudor. Sin embargo, también podrán ser embargados aquellos bienes que, pese a no ser de titularidad del deudor, se encuentren afectados como garantía al crédito del embargante¹²⁰. De ahí que, ante la existencia de una fianza real o personal que garantice el crédito, la responsabilidad patrimonial se amplíe a bienes no pertenecientes al deudor, pero sólo respecto a los bienes afectados a dicha garantía¹²¹.

Ahora bien, el presupuesto antes señalado supone la existencia de otros caracteres en el objeto del embargo que hacen posible la aplicación de esta medida. En ese sentido, conforme señala mayoritariamente la doctrina¹²², el objeto será embargable cuando reúna las siguientes características: patrimonialidad, alienabilidad y embargabilidad -esta última de fuente legal-, a la que también añadimos la prescindibilidad o suntuosidad. Seguidamente, pasamos a analizar cada una de ellas.

1.1. Patrimonialidad

El carácter de patrimonialidad supone la posibilidad de que el bien objeto del embargo sea susceptible de valorización. El mismo se justifica por el destino del embargo que no es otro que la venta y posterior obtención del valor del bien embargado. Así, contrariamente, no tendría sentido alguno el embargo de bienes que no son susceptibles de valorización y, por tanto, de producto alguno por cuanto la medida no cumpliría los fines para los que se encuentra destinada: la satisfacción del crédito del embargante.

¹²⁰ No obstante, tratándose de un crédito quirografario, la embargabilidad siempre se encontrará delimitada a la responsabilidad patrimonial del deudor y no de terceros.

¹²¹ Sin embargo, si ésta se extingue o si se obtiene el beneficio de excusión, no se embargarán los bienes del fiador.

¹²² Así, NAVARRETE VILLEGAS, L.G., *Embargo y realización de bienes*, op. cit., págs. 16-20; CACHÓN CADENAS, M., *El embargo...*, cit., pág. 147, entre otros.

Tal es así que, en los casos de subrogación del bien embargado como consecuencia de la venta judicial del bien embargado, la destrucción de éste o su sustitución por iniciativa del deudor, el embargo persistirá sobre el producto o valor de dichos bienes. A ello, conviene añadir que, aun cuando no se trate de bienes corporales, el embargo podrá ser trabado sobre otros activos del deudor como los créditos, los cuales, etimológicamente, refieren a una cantidad cierta¹²³.

De acuerdo con lo anterior, el embargo no podrá ser trabado sobre bienes que carecen de contenido patrimonial. En consecuencia, como señala NAVARRETE VILLEGAS, no podrán embargarse: a) los derechos de la persona en cuanto a tal, b) los derechos derivados de la relación familiar, c) los derechos de carácter político, social o corporativo, y d) las situaciones de hecho o de derecho que por sí mismas no tienen existencia¹²⁴.

1.2. Alienabilidad

La alienabilidad supone la cualidad objetiva de un bien para ser enajenado¹²⁵ y constituye una característica que se desprende de la patrimonialidad. En ese sentido, si el bien o derecho es susceptible de valorización, siempre existirá la posibilidad de ser transmitido, salvo prohibición expresa de la ley¹²⁶.

Así, por ejemplo, no obstante los bienes de los menores de edad pueden tener un valor intrínseco, no por ello podrán ser enajenados por su progenitor o tutor, a menos que exista necesidad y utilidad¹²⁷; o el caso de los bienes gananciales que, aun cuando también pueden ser valorizados, no puede celebrarse sobre ellos la venta entre los cónyuges¹²⁸. De acuerdo con los ejemplos citados, la alienabilidad de los bienes se rige por la siguiente máxima: toda

¹²³ Pese a que de algunos textos se extrae que el término crédito proviene de la creencia o la confianza, KOCH sostiene que esas dos características *...no abarcan de ningún modo, en la práctica, el concepto de crédito; pueden ser, desde luego, supuestos para la concesión de un crédito, más no se identifican con él...* KOCH, A., *El crédito en el Derecho; traducción y notas de Derecho español por José María Navas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, pág. 20.

¹²⁴ NAVARRETE VILLEGAS, L.G., *Embargo y realización de bienes*, cit., pág. 18.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ Art. 109 C.C. (*Prohibiciones de enajenar*) *Las prohibiciones legales de enajenar se rigen por las leyes que las establecen. Las prohibiciones voluntarias sólo se admiten cuando son temporales y están justificadas por un interés legítimo y serio.*

¹²⁷ Art. 47-I CFPF

¹²⁸ Art. 591 C.C.

alienabilidad supone la patrimonialidad de los bienes o derechos, pero la patrimonialidad de éstos no siempre implica su alienabilidad.

Como vimos en el apartado correspondiente, el fundamento del poder dispositivo del órgano jurisdiccional sobre los bienes del deudor se encuentra en el incumplimiento de la prestación por parte de éste. Por el contrario, de haber existido voluntad del deudor, no sería necesario que dicho órgano tome su lugar y venda, forzosamente o contra su voluntad, los bienes embargados.

De acuerdo con lo anterior, si los bienes no se pudiesen vender, no por voluntad del deudor, sino por una causa ajena a la misma e impuesta por la ley, tampoco el órgano jurisdiccional podría transmitirlo por cuanto no se habría cumplido el presupuesto esencial para el ejercicio de su poder dispositivo¹²⁹. Al respecto, piénsese en el derecho real de hipoteca que al estar adscrito como garantía de un crédito y, por lo tanto, ser accesorio del mismo, no puede ser enajenado separadamente de aquel, aun cuando dicho crédito que lo sustenta sí sea transmisible; o en los derechos de uso y habitación que, por disposición expresa de la ley¹³⁰, son intransmisibles.

En el entendido de que el embargo puede recaer sobre diferentes clases de bienes o derechos, de los cuales unos son registrables y otros no, unos se efectivizan mediante su apremio y otros mediante el ejercicio de los mismos por parte del embargante en lugar del deudor; el desenlace del embargo no siempre será la venta judicial. En ese sentido, la alienabilidad del objeto del embargo exige su comprensión en un sentido más amplio con miras a la satisfacción del crédito.

Al respecto, CACHÓN CADENAS sostiene que *...entre las diversas modalidades de apremio previstas en el ordenamiento, hay algunas...que tienen carácter principal o prioritario, frente a otras...que son de naturaleza secundaria o subsidiaria*¹³¹. La primera de estas modalidades refiere al modo común de obtener la realización de los bienes embargados: la venta judicial. Por el contrario, el apremio bajo la modalidad secundaria o subsidiaria exige una

¹²⁹ CASERO LINARES, L., *El embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 106.

¹³⁰ Amén de que, por su propia naturaleza son personales, por cuanto permite al usuario servirse de la cosa en la medida de sus propias necesidades o de su familia; el artículo 252 del Código Civil señala que *Los derechos de uso y de habitación no pueden cederse ni arrendarse*.

¹³¹ CACHÓN CADENAS, M.J., *El embargo...*, cit., pág. 145.

actividad por parte del embargante y no simplemente una expectativa de obtener el producto de la venta de los bienes, la cual se manifiesta mediante el ejercicio de los derechos cuya titularidad pertenece al deudor.

A este último grupo consideramos que también pertenece, por su carácter subsidiario, la adjudicación del bien por parte del embargante. Ello se extrae del texto de la propia norma procesal que, a través de su artículo 422-II, señala que *Si en la segunda subasta tampoco hubiere postor, el acreedor podrá adjudicarse el bien en el valor de la última base*. De lo que se denota que, siendo la venta judicial la modalidad primaria de realización de los bienes embargados, ante su imposibilidad, por ausencia de postores, subsidiariamente podrá el embargante obtener estos bienes en defecto de aquellos.

Respecto a la adjudicación, entendida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional como *...la venta pública de bienes al mejor postor, por mandato y con intervención de la justicia* (S.C. Nro. 2621/2012 de 21 de diciembre de 2012)¹³², DÓMENECH GARRET, al analizar su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sostiene que *...cabe distinguir la adjudicación para pago y adjudicación en pago. La adjudicación en pago es el modo de cumplimiento de una obligación, mediante la cesión al acreedor de un bien como equivalente de la prestación debida. La adjudicación para pago supone una transferencia plena al adjudicatario de la propiedad del bien adjudicado*¹³³.

Conforme al criterio de la citada autora, dentro de la primera de estas adjudicaciones -la adjudicación en pago- se encontraría aquella modalidad que, como mencionamos anteriormente, exigen el ejercicio de una actividad por parte del embargante para la satisfacción de su crédito. A modo de ejemplo, pertenecería a esta categoría el embargo de créditos que, independientemente sean realizables en el acto o a corto plazo¹³⁴, suponen una prestación a favor

¹³² Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Nro. 2621/2012 de 21 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.derechoteca.com/gacetabolivia/sentencia-constitucional-plurinacional-no-26212012-del-21-de-diciembre-de-2012/>. [Consultada el 1 de octubre de 2019].

¹³³ DÓMENECH GARRET, M.C., *Resumen técnico: Adjudicación por subasta en la LEC* [En línea], Tirant lo Blanch, 2009.

¹³⁴ Respecto a la distinción entre los créditos realizables en el acto de aquellos realizables a corto plazo MICHINEL ÁLVAREZ, basando su criterio en lo expresado por CACHÓN CADENAS, sostiene que los primeros deben ser *pecuniarios, vencidos y jurídicamente exigibles al tercero deudor*. MICHINEL ÁLVAREZ, M.A., *Embargo internacional de créditos*, Universidade de Vigo, Servicio de Publicaciones, 1999, pág. 15.

del deudor que, en su lugar, podrá ser captada por el embargante hasta la entera satisfacción de su derecho.

Por otra parte, conviene señalar que la inalienabilidad de los bienes puede ser temporal¹³⁵. Así, por ejemplo, el patrimonio familiar, que, no obstante es inalienable e inembargable por expresa disposición del artículo 128-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar, gozará de este carácter mientras no fallezca la última persona beneficiaria o llegue a su mayoría de edad, por acuerdo voluntario de los beneficiarios, por extinción del vínculo conyugal o de convivencia, siempre que no existan hijos menores de edad, entre otros¹³⁶.

Sin perjuicio del ejemplo anterior, otros bienes, como los de dominio público, también gozan de inalienabilidad. Sin embargo, al igual que el patrimonio familiar tendrán este carácter mientras no sobrevenga un hecho que cambie dicha condición¹³⁷. En ese sentido, salvo aquellos bienes absolutamente inembargables por mandato legal, todos son potencialmente alienables y, por lo tanto, susceptibles de afectarse a una ejecución.

2. INEMBARGABILIDAD

Como se analizó anteriormente, la embargabilidad supone la inexistencia de una causa legal o fáctica que impida el embargo. No obstante, aun cuando los bienes reúnan las características de titularidad, patrimonialidad y alienabilidad; de existir una inembargabilidad impuesta por ley, el embargo será improcedente independientemente las causas que sustenten tal impedimento.

Este es el caso de bienes como los sueldos y salarios, las pensiones, jubilaciones, montepíos, los bienes de uso personal, entre otros, que son inembargables por disposición

¹³⁵ NAVARRETE VILLEGAS, L.G., *Embargo y realización de bienes*, cit., pág. 19.

¹³⁶ Art. 132-I CFPF

¹³⁷ Para el caso de estos bienes, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha desarrollado la teoría de la desafectación, expresando que *...una de las formas de cambiar el estatus jurídico de un bien de dominio público en privado es mediante "la desafectación", que significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndole salir, por lo tanto del dominio público para ingresar al dominio privado...Esta modificación del estatus del patrimonio del Estado (desafectación), conlleva a generar efectos sobre el derecho de propiedad y respecto al bien desafectado pase de un dominio público a ser un bien enajenable, cuando la ley lo expresa de esa manera...* Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 472/2016 de 12 de mayo de 2016. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2016/as201620472.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

expresa del artículo 318 del Código Procesal Civil. No obstante, como veremos en el siguiente apartado, dicha inembargabilidad puede ser absoluta o relativa.

Pese a que, en principio, deben entenderse inembargables todos aquellos bienes y derechos que no gocen de las características antes analizadas -titularidad, patrimonialidad y alienabilidad- en el presente apartado estudiaremos la inembargabilidad originada en la ley, es decir, la de aquellos bienes a los que el legislador ha reservado expresamente tal carácter. En consecuencia, a *contrario sensu* no serán inembargables los bienes y derechos para los que la ley no señale una prohibición, aun cuando tampoco regule su embargo, como es el caso de los derechos reales¹³⁸.

Debido a que son distintos los motivos que llevan al legislador a dotar de inembargabilidad a determinados bienes y derechos, y ello siempre implica una limitación para las facultades del acreedor y la responsabilidad patrimonial del deudor; debe considerarse que los supuestos de inembargabilidad constituyen un *numerus clausus* dentro de la norma procesal¹³⁹. En ese sentido, aun cuando del propio texto del artículo 318 del Código Procesal Civil se desprende que serán inembargables otros bienes expresamente señalados por la ley, su límite en todos los casos estará siempre determinado por esta última.

2.1. Bienes relativamente inembargables

Respecto a los bienes relativamente inembargables, CACHÓN CADENAS, citando a CARRERAS, señala que sobre éstos podrá decretarse el embargo cuando se den determinados supuestos¹⁴⁰. Este es el caso de objetos como el salario o las pensiones y jubilaciones que, pese a ser a *priori* inembargables, dicha excepción no se aplicará cuando la pretensión que sustente el embargo sea de asistencia familiar¹⁴¹.

¹³⁸ En ese sentido, deberá aplicarse la máxima establecida por el artículo 14-IV de la Constitución Política del Estado que señala: *En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban.*

¹³⁹ El fundamento de ello estaría en la naturaleza de orden público de la inembargabilidad. En ese sentido, NOVELLINO apunta que *Algunos han llegado al extremo de sostener que, siendo la inembargabilidad de orden público, cualquiera uti civitis puede demandar el desembargo.* NOVELLINO, N.J., «Técnica jurídica del embargo y desembargo», La Ley Online. Cita online: AR/DOC/2197/2007.

¹⁴⁰ CACHÓN CADENAS, M.J., *El embargo...*, cit., pág. 107.

¹⁴¹ Art. 318.1 y 2 CPC.

Otro caso de excepcionalidad y, por lo tanto, de embargabilidad relativa, lo constituye el embargo de prendas de uso personal y muebles imprescindibles que guarnecen la vida del deudor y de su familia. De esta manera, pese a ser en primera instancia inembargables, si se comprueba la suntuosidad de estos bienes operará su embargabilidad.

A diferencia de la inembargabilidad absoluta, la inembargabilidad es relativa cuando los bienes son potencialmente embargables. Para ello, deberán cumplirse los supuestos de excepcionalidad señalados por la ley, sin los cuales persiste el carácter de inembargabilidad sobre estos bienes. A continuación, pasamos a analizar cada uno de los supuestos de inembargabilidad relativa regulados por el artículo 318 del Código Procesal Civil.

2.1.1. Sueldos y salarios

El salario es definido por el Convenio sobre la protección del salario (núm. 95)¹⁴² de la OIT como *...la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar*¹⁴³. La misma norma, protege el salario mediante su artículo 10 al señalar que *1. El salario no podrá embargarse o cederse sino en la forma y dentro de los límites fijados por la legislación nacional. 2. El salario deberá estar protegido contra su embargo o cesión en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia.*

Por su parte, la Constitución Política del Estado integra el referido instrumento internacional a la norma interna y señala mediante su artículo 46-I que *I. Toda persona tiene derecho: Al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación, y con remuneración o salario justo...* De este precepto, se desprende que el derecho al salario deriva del derecho al trabajo, el cual supone el desgaste físico y psíquico por el que el trabajador debe ser remunerado. Asimismo, esta remuneración deberá ser justa y, conforme ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, no se

¹⁴² Convenio sobre la protección del salario, adoptado en Ginebra en la 32ª reunión CIT del 1 de julio de 1949 (Entrada en vigor: 24 septiembre 1952).

¹⁴³ Art. 1 del Convenio Nro. 95 de la OIT.

satisfará el derecho a la protección del salario sólo con el pago total de la remuneración, sino que además el obrero deberá tener la libertad de disponer o gastar su salario de la manera que estime más conveniente (SC 1775/2013 de 21 de octubre)¹⁴⁴.

Así, siendo evidente que cualquier trabajador puede constituirse en deudor de una suma de dinero¹⁴⁵, originando con dicho acto la responsabilidad patrimonial establecida por el artículo 1335 del Código Civil, su salario puede verse afectado, vía embargo, al cumplimiento de su obligación. Al respecto, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha señalado que *La inembargabilidad del salario tiende además a garantizar no sólo los derechos del trabajador, sino también, de cuantas personas dependan de él; es decir, si el obrero resulta ser padre de familia, entonces, su salario mensual constituye una garantía para la existencia digna de su entorno...* (SC 1775/2013 de 21 de octubre)¹⁴⁶.

De lo anterior, se infiere que, si bien la inembargabilidad del salario tiende a proteger los derechos del trabajador en relación con el derecho al trabajo, a una remuneración justa y de la que pueda disponer libremente; esta protección se hace extensiva a la familia y a su existencia digna¹⁴⁷. Ello, se fundamenta en el hecho de que la familia se encuentra conformada por los hijos, y que estos representan al *futuro capital humano del Estado Plurinacional* (SC 195/2018-S2 de 14 de mayo)¹⁴⁸.

A su vez, dicha protección a la familia por parte del Estado también es fundamento para que excepcionalmente pueda embargarse el salario, para los casos de asistencia familiar devengada. Esta excepción, configura la inembargabilidad del salario como una de orden relativo, por cuanto cumplido el supuesto previsto por la norma -la asistencia familiar- podrá embargarse éste.

Pese a la aparente claridad de la norma en cuanto a la inembargabilidad del salario, el principal problema se encuentra en cuanto a la determinación de qué debe tenerse por salario y, en su caso, desde qué momento éste pierde tal calidad y pasa a ser un bien embargable. Así,

¹⁴⁴ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Nro. 1775/2013 de 21 de octubre de 2013.

¹⁴⁵ RÍOS SALMERÓN, B., *La inembargabilidad del salario*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Murcia, Murcia, 1986, pág. 27.

¹⁴⁶ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Nro. 1775/2013 de 21 de octubre de 2013.

¹⁴⁷ Esta última, característica esencial de un Estado Social de Derecho, como es el Estado boliviano.

¹⁴⁸ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Nro. 195/2018-S2 de 14 de mayo de 2018.

consideramos que en caso de existir pluralidad de cuentas bancarias que sean de titularidad del demandado, gozará de protección aquella donde normalmente se realicen los depósitos por concepto de remuneración laboral.

RÍOS SALMERÓN señala que *...el deber jurídico-público que el Estado soporta, de proporcionar medios de ejecución forzosa por débitos desatendidos, encuentra sus límites allí donde la ejecución colocaría al deudor o a sus allegados en una situación de miseria*¹⁴⁹. Al respecto, conviene preguntarse cuál sería la situación de la inembargabilidad cuando el deudor no cumple con este supuesto constitucional, es decir, cuando no cae en situación de miseria.

En ese sentido, no obstante se presume inembargable la cuenta donde se realizan los depósitos por concepto de salario, corresponde analizar la situación de aquellas sumas de dinero que, una vez cancelada dicha remuneración, pasan a formar parte de los ahorros del demandado. Ello nos coloca en la tesitura de determinar si el salario, indistintamente su acumulación en cuenta, jamás pierde esa calidad o, de lo contrario, si puede dejar de serlo y de ser así, desde qué momento.

Esta cuestión se refuerza por el propio texto del artículo 48-IV de la Constitución Política del Estado que señala la inembargabilidad de los *salarios o sueldos devengados*. Así, a *contrario sensu*, corresponde preguntarse por aquellos salarios o sueldos no devengados, es decir, que han sido efectivamente pagados al trabajador y pasan a formar parte de su activo patrimonial.

De acuerdo con lo anterior, resulta lógica la inembargabilidad del salario antes de pagarse al trabajador, como puede pretenderse mediante un embargo de créditos no realizables en el acto o cuya realización sea periódica. En consecuencia, este tipo de embargo sería improcedente por pretender retenerse dineros correspondientes al salario que aún no ha sido cancelado al trabajador, afectándose con ello sus derechos constitucionales.

No obstante, -como ya dijimos- una vez cancelado el salario, éste pasa a formar parte del activo patrimonial del trabajador, pudiendo a partir de entonces ser empleado de diferentes maneras. De acuerdo con esto, podrá simplemente acumularse o ahorrarse, adquirir con él distintos bienes muebles o inmuebles, constituir sobre éste depósitos a plazo fijo, adquirirse

¹⁴⁹ RÍOS SALMERÓN, B., *La inembargabilidad del salario*, cit. pág. 33.

otros derechos, etc.; lo que supone sobre todos ellos los caracteres de patrimonialidad y alienabilidad.

Es evidente que el salario deja de tener dicha calidad a partir de que es cancelado, salvándose los casos en que sea la única fuente de ingresos del trabajador y de su familia, y que con ello se procure sus necesidades básicas. En ese sentido, es válido considerar que, si cualesquiera de los bienes del trabajador son embargables, indistintamente su origen, también lo sean las cantidades pagadas por concepto de salario y cuyo destino sea el de adquirir más activos. De ello, asimismo, se infiere que sobre el salario no opera una subrogación real, como si lo hace el crédito adeudado, por cuanto de otra manera todos los bienes adquiridos con éste, por ese sólo hecho, serían inembargables.

En la misma línea se encontrarían los salarios desorbitados, pues al igual que ocurre con el empleo de éste para la adquisición de otros activos, ello supone la excedencia del límite constitucional impuesto por el artículo 46-I de la norma suprema: la existencia digna para el trabajador y su familia. Así, asegurada la existencia digna, todo aquello que la sobrepase podría considerarse suntuoso y, en consecuencia, embargable¹⁵⁰.

De acuerdo con lo expuesto, la inembargabilidad absoluta del salario -salvo los casos de asistencia familiar, claro está- resulta una disposición que en la búsqueda de proteger al trabajador ha menoscabado los derechos del acreedor, impidiendo que éste obtenga la satisfacción de su crédito, aún cuando el trabajador cubra, sobradamente, la existencia digna de sí mismo y de su familia. A ello se suma que dicha inembargabilidad no cumple con lo señalado por el mencionado Convenio sobre la protección del salario de la OIT por cuanto esta norma señala en su artículo 8.1 que *Los descuentos de los salarios solamente se deberán permitir de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites fijados por la legislación nacional...*; de lo que se deduce que el ánimo del referido instrumento internacional no ha sido privar, en absoluto, de la embargabilidad del salario, condicionando el mismo a los “límites” de la propia legislación interna.

¹⁵⁰ Máxime si con ello, se estarían menoscabando los derechos del acreedor bajo una excesiva e injustificada protección del trabajador que eventualmente puede tener a su disposición un instrumento legal para burlar sus obligaciones.

En ese sentido, resultaba más adecuada la regulación contenida por el Código de Procedimiento Civil abrogado, cuyo artículo 179-1) señalaba la inembargabilidad del ochenta por ciento del total mensual percibido por concepto de sueldo o salario. Asimismo, si se toma en cuenta que el ordenamiento boliviano reconoce hasta seis prestaciones sociales diferentes del sueldo o salario, no existiría óbice alguno para embargar el mismo hasta un monto determinado, atendiendo a la situación socioeconómica del trabajador.

2.1.2. Pensiones, jubilaciones, montepíos, rentas de vejez o invalidez y otros beneficios sociales

El artículo 318.2 del Código Procesal Civil regula la inembargabilidad de las pensiones, jubilaciones, montepíos, rentas de vejez o invalidez y demás beneficios sociales establecidos legalmente. En ese sentido, a efectos de analizar el alcance de dicha norma, previamente corresponde delimitar qué se entiende por cada uno de estos derechos.

A) Pensiones

En su sentido más amplio, se entiende por pensiones al *...conjunto de medidas que pone en funcionamiento la Seguridad Social para prever, reparar o superar determinadas situaciones de infortunio o estados de necesidad concretos, que suelen originar una pérdida de ingresos o un exceso de gastos en las personas que los sufren*¹⁵¹. Su regulación, se encuentra en las distintas normas en materia de seguridad social y específicas de los sectores vulnerables, teniendo como fuente primaria a los artículos 67 y 70.1 de la Constitución Política del Estado.

El primero de estos preceptos señala que *...todas las personas adultas mayores tienen derecho a una vejez digna, con calidad y calidez humana... El Estado proveerá una renta vitalicia de vejez, en el marco del sistema de seguridad social integral, de acuerdo con la ley*. Por su parte, el artículo 70.1 de la norma suprema señala que toda persona con discapacidad goza del derecho a ser protegido por su familia y por el Estado.

Nótese que ambos colectivos, los adultos mayores y las personas con discapacidad, por su condición forman parte de los grupos vulnerables y que, por lo tanto, gozan de especial

¹⁵¹ Pensiones. En: *Diccionario Aranzadi* [En línea]. Disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I6efa8720fe2d11df9dd801000000000&srguid=i0ad6adc5000001692767f7699bfef482&src=withinResuts&spos=9&epos=9>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

protección por parte del Estado. Así, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha entendido, respecto a las características esenciales de inmediatez y subsidiariedad inherentes a la acción de amparo constitucional, su procedencia excepcional en cuanto a los ...*grupos vulnerables con relación a mujeres embarazadas, adultos mayores, pueblos indígenas, discapacitados, niños, niñas y adolescentes, en el marco de la tutela reforzada vinculada a los grupos de prioritaria atención* (S.C. Nro. 311/2018-S2 de 28 de junio)¹⁵², de lo que se infiere la especial protección que otorga el Estado a estos colectivos sociales.

Los fundamentos antes expuestos, configuran la inembargabilidad de las pensiones que otorga el Estado en razón a la vulnerabilidad de los grupos a quienes ellas están dirigidas. En ese sentido, pese a su patrimonialidad (por cuanto su destino es, evidentemente, económico) no podrán ser objeto de un embargo debido a su colisión con lo dispuesto por los diferentes tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad y por la propia Constitución. No obstante, al igual que los sueldos y salarios, si el crédito consiste en una obligación de asistencia familiar se utilizará el mismo criterio antes expuesto en atención a la especial protección que merecen los niños y adolescentes como parte de los señalados grupos especiales de protección.

B) Jubilaciones, rentas de invalidez y vejez

La inembargabilidad de las jubilaciones, entendiéndose por éstas a todas aquellas remuneraciones o compensaciones que se otorgan a favor del trabajador cuando éste ha cesado en su actividad laboral por el cumplimiento de la edad máxima o de los aportes a la seguridad social establecidos en la ley, encuentra su fundamento en el derecho a una vejez digna, con calidad y calidez humana señalada por el artículo 67 de la Constitución Política del Estado.

Por su parte, de igual manera las rentas de vejez tienen sustento en el citado precepto. Concretamente, la renta universal de vejez (denominada renta dignidad) creada y regulada por la Ley Nro. 3791¹⁵³. A dichos efectos, son aplicables los fundamentos señalados en el apartado

¹⁵² Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Nro. 311/2018-S2 de 28 de junio de 2018.

¹⁵³ Estado Plurinacional de Bolivia. Ley Nro. 3791 de 28 de noviembre de 2007, Ley de la Renta Universal de Vejez.

anterior en relación con los grupos sociales vulnerables que gozan de especial protección por parte del Estado, siendo este el caso de los adultos mayores.

Respecto a las personas con discapacidad, será inembargable el bono mensual para personas con discapacidad grave y muy grave regulada por el artículo 3 de la Ley Nro. 977¹⁵⁴. Esta disposición encuentra su fundamento en la protección otorgada a este colectivo por el artículo 70.1 de la Constitución Política del Estado y los diferentes tratados internacionales. En cambio, sus límites, al igual que para otras pensiones, bonos o prestaciones sociales, están en la exigibilidad de un crédito cuya prestación sea la asistencia familiar a favor de niñas, niños y adolescentes.

C) Montepíos

Los montepíos, al igual que las prestaciones sociales antes analizadas, son otorgadas a favor de personas en situación de vulnerabilidad, concretamente, a los cónyuges que se encuentren en estado de viudedad y a los menores a cargo de éstos al fallecimiento de su progenitor¹⁵⁵. Así, atendiendo a dicha naturaleza, el montepío es inembargable por cuanto históricamente su objeto ha sido el de otorgar asistencia a favor de las personas antes mencionadas, como una forma de socorro a la familia ante la vicisitud del fallecimiento de uno de sus miembros.

De acuerdo con lo anterior, la inembargabilidad de los montepíos, entendiéndose éstos en su acepción de pensión o prestación y no de institución o establecimiento, se encuentra suficientemente justificada en la protección de la mujer embarazada o de los progenitores y, por extensión, a los menores que conformen la familia del difunto. De igual manera, el límite a la inembargabilidad se encuentra en la obligación de otorgar asistencia familiar a favor de estos últimos.

¹⁵⁴ Estado Plurinacional de Bolivia. Ley Nro. 977 de 29 de septiembre de 2017, Ley de inserción laboral y de ayuda económica para personas con discapacidad, *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional*, 27 de septiembre de 2017, núm. 998.

¹⁵⁵ El Diccionario de la Real Academia Española define montepío como el *Depósito de dinero, formado ordinariamente de los descuentos hechos a los individuos de una corporación, o de otras contribuciones, para socorrer a sus viudas y huérfanos*. En: *Montepío*, Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=PjrAw3G>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

D) Otros beneficios sociales establecidos por la ley

En este último supuesto, el codificador se refiere a otros colectivos que, al igual que los ya estudiados, se encuentren en situación de vulnerabilidad y, por lo tanto, sean beneficiarios de cualesquiera de los beneficios sociales que otorgue el Estado. Así, por ejemplo, se encuentran aquellas mujeres en estado de gravidez, los padres (ambos hasta que su hija o hijo cumplan un año), los pueblos indígenas, entre otros.

Al respecto, la norma ya se había pronunciado sobre la protección hacia las mujeres en estado de gestación a través de la Ley Nro. 975¹⁵⁶, misma que en su artículo 2 señala que *La mujer en gestación en el puesto de trabajo que implique esfuerzos que afecten su salud, merecerá un tratamiento especial, que le permita desarrollar sus actividades en condiciones adecuadas, sin afectar su nivel salarial ni su ubicación en su puesto de trabajo*. Dicha protección, ha sido ampliada a los padres mediante el Decreto Supremo Nro. 12 de 19 de febrero de 2009, cuya incidencia más que sobre los derechos de aquellos recae en los del ser en gestación que, a decir del Tribunal Constitucional Plurinacional *...merece el resguardo privilegiado e incondicional del Estado, frente a la restricción, supresión, o amenaza a su salud e integridad, reconocido universalmente y de manera especial por la Constitución Política del Estado, las leyes y la jurisprudencia constitucional* (S.C. Nro. 1394/2016-S3 de 2 de diciembre)¹⁵⁷.

Establecido lo anterior, en materia de embargos serán inembargables las diferentes asignaciones familiares que reconoce el Estado a favor de las mujeres en estado de gestación, como los subsidios de maternidad prenatal y natal. Ello, debido a que dichas asignaciones tienden a proteger al ser en gestación que bajo ningún argumento pueden ser conculcadas, ni siquiera, ante la existencia de un crédito.

En ese sentido, la inembargabilidad de esta clase de prestaciones obedece a una de tipo absoluto al momento de cumplirse los supuestos que las originan -en el caso de los progenitores, que sus hijos no cumplan un año-. Así, pese a que resultan asignaciones temporales, ello no configura su inembargabilidad relativa por cuanto, cumplidos los supuestos que extinguen esta prestación, tampoco podrían ser consideradas parte de la responsabilidad patrimonial.

¹⁵⁶ Estado Plurinacional de Bolivia. Ley Nro. 975 de 2 de marzo de 1988.

¹⁵⁷ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Nro. 1394/2016-S3 de 2 de diciembre de 2016.

2.1.3. Prendas de uso personal y muebles imprescindibles del deudor y su familia

Por disposición del artículo 318.3 del Código Procesal Civil son inembargables las prendas de uso personal y los muebles imprescindibles del deudor y su familia. Respecto a los primeros, en principio deben entenderse por prendas de uso personal aquellos elementos, concretamente prendas de vestir¹⁵⁸, que son propias del deudor y que utiliza en su vida diaria, de manera que de verse afectadas se estaría comprometiendo su dignidad personal.

El fundamento constitucional de esta norma se encuentra en lo regulado por el artículo 22 de la Constitución que reconoce el deber del Estado de proteger la dignidad y libertad de las personas. Respecto a la primera de ellas -la dignidad humana- el Tribunal Constitucional ha determinado que ésta es *...la percepción de la propia condición humana, y de las prerrogativas que de ella derivan*¹⁵⁹. Pese a ello, primará más la protección a los niños, niñas y adolescentes en los casos de asistencia familiar; lo que configura su inembargabilidad relativa.

En el caso de los muebles imprescindibles del deudor y su familia (también conocidos por otras legislaciones¹⁶⁰ como el menaje de la casa), en palabras de ARAZI *et al* éstos son *aquellos que cumplen una función necesaria dentro del hogar, atendiendo a un nivel mínimo de bienestar*¹⁶¹. A diferencia de otros bienes y derechos inembargables, el límite a esta inembargabilidad no sólo se encuentra expresada en la propia norma, como es el caso de los créditos por asistencia familiar, sino que también se infiere del propio supuesto que la determina.

En ese sentido, serán embargables todos aquellos bienes de los que el deudor y su familia puedan prescindir, como aquellos de naturaleza suntuaria o cuya cantidad así lo permita por poseer el deudor más de un artículo con iguales características¹⁶². En consecuencia, para que los muebles del deudor y de su familia sean inembargables deberán concurrir las siguientes características:

1. Que cumplan una función importante dentro del hogar

¹⁵⁸ Con mayor claridad, el artículo 984-3) del Código Civil de Costa Rica las denomina ropa necesaria para uso personal del deudor, de su cónyuge y de los hijos dependientes que con él vivan.

¹⁵⁹ En este sentido, se han pronunciado las SSCC 0338/2003-R de 19 de marzo, 0433/2003-R, 1275/2004-R y 0013/2005-R, respectivamente.

¹⁶⁰ Así, por ejemplo, el Código Civil de Costa Rica.

¹⁶¹ ARAZI, R. *et al*, *Medidas cautelares*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 102.

¹⁶² ARAZI, R. *et al*, *Medidas cautelares*, cit., pág. 102.

2. Que garanticen un mínimo de bienestar y dignidad
3. Que exista un solo artículo de estos bienes
4. Que no existan otros bienes que puedan suplir su ausencia

A modo de ejemplo, cumplirán una función importante dentro del hogar aquellos bienes sin los cuales el deudor y su familia no pueden proveerse las necesidades básicas diarias como la alimentación, la higiene, la seguridad, la información, la recreación, entre otros. Al respecto, resulta interesante el entendimiento al que ha llegado la jurisprudencia argentina, concretamente, la Cámara 5° Civil y Comercial de Córdoba, que sobre la particular inembargabilidad del televisor ha determinado que *...es una cosa que dentro del patrimonio de la persona ostenta un valor particular, especial y fundamental, que no puede ser desconocido, en la familia actual, en el hogar del presente, vehiculiza cultura, información y esta declaración la conecta con los bienes inembargables a tenor del artículo 542 del Código de Procedimiento Civil y Comercial (CPCC) en el sentido que la norma resguarda bienes de la naturaleza del descripto*¹⁶³.

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Argentina ha sostenido un criterio parcialmente contrario al antes expuesto en el sentido que si bien el televisor *...posibilita al usuario la percepción de ideas, conocimiento y noticias conforme al nivel medio de vida alcanzado por la población (conf. Palacio-Alvarado Velloso, “Código Procesal Explicado y Anotado”, Rubinzal-Culzoni editores, T. 5to., pág. 22), sin embargo, y aún reconociendo que puede cumplir tales fines, lo cierto es que principalmente se trata de un medio que tiende al esparcimiento o la diversión del televidente, y su aporte cultural puede ser suplido perfectamente mediante la utilización de otros medios, como la radio o los diarios, ello salvo que se demuestre, en el caso concreto, que satisface necesidades primarias, por lo que resulta necesario que el propietario alegue y pruebe las razones que hagan del televisor una cosa de uso indispensable en su hogar (Sentencia de 13 de marzo de 1996)*¹⁶⁴

¹⁶³ Información contenida en el sitio web Comercio y justicia. Disponible en: <https://comercioyjusticia.info/blog/justicia/el-televisor-es-indispensable-para-la-cultura-y-la-educacion/>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

¹⁶⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Sala B, “López, Ignacio c/Olmo, Raymundo s/Ejecución de Sentencia”, 13 de marzo de 1996 (IJ-III-946).

En la misma situación se encontrarían los bienes cuya función sea guardar los artículos de uso personal del deudor y de su familia. En consecuencia, son inembargables los muebles modulares, siempre que se pruebe que su uso está destinado al fin antes señalado¹⁶⁵. De igual manera, aquellos enseres o menaje del hogar que esté destinado a la alimentación diaria de los miembros de la familia.

La característica de bienestar mínimo que deben reunir los bienes del deudor y de su familia para ser inembargables, se encuentran íntimamente relacionadas con el carácter suntuario de éstos. En ese sentido, sería factible el embargo de aire acondicionado, microondas, artículos electrónicos, entre otros, por cuanto sin ellos la familia puede desenvolver una vida decorosa, amén de que pueden ser reemplazados por otros artículos (el aire acondicionado por ventiladores, ventanas; el microondas por el horno de la cocina, etc.) sin que ello represente una considerable transgresión a su nivel de vida anterior al embargo.

Respecto a la existencia de un solo artículo de estos bienes, la excepción a su inembargabilidad se fundamenta en la función esencial que cumplen dentro del hogar y que sólo a través de éstos puede realizarse. Si, de lo contrario, existe más de un artículo que cumpla la misma función, aun cuando *a priori* fuesen indispensables, dejan de serlo por ser fácilmente reemplazables por otros artículos de igual calidad.

2.1.4. Máquinas, herramientas, instrumentos y otros objetos de trabajo para el ejercicio de una profesión u oficio

Respecto a la inembargabilidad de aquellos bienes necesarios para que el deudor pueda ejercer su profesión u oficio, LIZARRALDE DE FABÁ sostiene que dicha norma *propende a proteger el trabajo individual de a fin de que el deudor obtenga el salario o remuneración suficiente para su sustento*¹⁶⁶. De acuerdo con ello, la inembargabilidad de estos bienes tiene relación con aquella determinada para el sueldo o salario de los trabajadores, por cuanto estos bienes tienen relación directa con la fuente de producción de recursos económicos.

¹⁶⁵ LIZARRALDE DE FABÁ, E.A., *Derecho de Embargo. Criterios doctrinarios y jurisprudenciales*, Editorial Juris, Rosario, 1994, pág. 90.

¹⁶⁶ LIZARRALDE DE FABÁ, E.A., *Derecho de Embargo. Criterios doctrinarios y jurisprudenciales*, cit., pág. 91.

De acuerdo con lo anterior, este tipo especial de inembargabilidad estará determinada por la naturaleza de la profesión u oficio que ejerza el deudor. Por ejemplo, LEVY LANDAJO sostiene que en un consultorio médico o un dentista serán inembargables el instrumental, la camilla, el estetoscopio, el sillón, el torno, la vitrina, etc.¹⁶⁷. Al respecto, la jurisprudencia argentina ha establecido que la falta de taxatividad que comprenden estos bienes brindan *...al juez un amplio margen de discrecionalidad para determinar en cada caso concreto si los bienes sujetos a desapoderamiento constituyen arts. de uso necesario e imprescindible para atender al desenvolvimiento digno del deudor, máxime si se trata de un bien destinado a sus tareas laborales*¹⁶⁸.

Distinto sería el caso de que el deudor realice su actividad a través de una sociedad comercial. En ese sentido, la citada autora añade que esta inembargabilidad *...no alcanza según lo tiene decidido la jurisprudencia, a las instalaciones, instrumental mecánico, maquinarias que conforman en sí el patrimonio del establecimiento*¹⁶⁹. Ello, encuentra su fundamento en que el patrimonio de la empresa, amén de estar destinado al ejercicio del comercio y no precisamente al de una profesión u oficio, supera a la persona misma del deudor siendo distinto al patrimonio personal de éste.

En la regulación de este tipo de inembargabilidad, el propio artículo 318.5 del Código Procesal Civil introduce una excepción al señalar que las máquinas, herramientas, instrumentos y otros objetos de trabajo para el ejercicio de una profesión u oficio por parte del deudor serán embargables para *...el caso de bienes prendados o cuando la deuda provenga de la adquisición de esos bienes*.

En el primer caso -los bienes prendados-, el legislador parece decantarse por el carácter patrimonial de estos bienes por cuanto, si bien *a priori* son inembargables, no existe prohibición alguna para que sean objeto de garantía especial de un crédito. Por tal motivo, desde el momento en el que el deudor, haciendo uso de la facultad de disposición sobre los bienes de su propiedad,

¹⁶⁷ LEVY LANDAJO, M., «La ejecución en el proceso laboral – Parte III – Embargo (continuación)», Revista laboral – Sociedad Argentina de Derecho Laboral, 14-12-2007, cita online: IJ-XXXI-380.

¹⁶⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, y de Minería de Neuquén – I Circunscripción Judicial, “Esandi Eduardo Enrique c/Parra Silvia Haydee y Otro s/Ejecucion de Honorarios E/a Parra Silvia Haydee y Otro c/Beltran Pedro Luis y Otros s/Interdicto”, 29 de diciembre de 2016 (337.031/06). Cita online: IJ-CDLXXXVII-282.

¹⁶⁹ LEVY LANDAJO, M., «La ejecución en el proceso laboral – Parte III – Embargo (continuación)», op. cit.

los constituye en garantía, sujeta los mismos al cumplimiento de su obligación, resultando su embargabilidad por voluntad del propio deudor, quien, de antemano, conoce que su incumplimiento devendrá en la eventual venta judicial de estos bienes y asume el riesgo que ello implica.

Respecto a la embargabilidad de estos bienes cuando la deuda provenga de su adquisición, tal disposición emana de la naturaleza del contrato de venta y de las obligaciones que de éste emergen. Al respecto, el artículo 636-I del Código Civil señala que *El comprador está obligado a pagar el precio en el término y lugar señalados por el contrato*; y, a continuación, en el artículo 637-3) establece que si el comprador ha sido constituido en mora deberá pagar, además, los intereses sobre el precio pactado. De esto se infiere que el embargo podrá alcanzar no sólo el valor total del bien enajenado, sino también otros que permitan cubrir suficientemente los intereses devengados.

2.1.5. Artículos de consumo y subsistencia del deudor y su familia

Este presupuesto, regulado en el artículo 318.6 del Código Procesal Civil, establece la inembargabilidad de los artículos de consumo y subsistencia del deudor y su familia, por el tiempo de seis meses. Respecto a los primeros, debe entenderse por artículos de consumo aquellos bienes que se agotan o desaparecen en su primer uso, y en cuanto a los segundos, aquellos que son indispensables para la supervivencia¹⁷⁰ del deudor y su familia.

Nótese la diferencia cualitativa que existe entre estos bienes y aquellas prendas de uso personal regulada por el artículo 318.2 del Código Procesal Civil. En ese sentido, no obstante estos últimos bienes -como se mencionó anteriormente- permiten al deudor y su familia el desenvolvimiento de una vida decorosa, no se entienden más trascendentales que aquellos que permiten que ésta se mantenga con vida. Así, serán bienes indispensables para la supervivencia los alimentos y las medicinas, pues los primeros son necesarios para la vida de todo ser y los segundos para mantenerla, en el caso de que la salud sufra un deterioro lo suficientemente grave como para que la vida dependa de dichas medicaciones.

¹⁷⁰ El Diccionario de la Real Academia Española otorga la siguiente definición de subsistir: *1. intr. Dicho de una cosa: Permanecer, durar o conservarse. 2. intr. Mantener la vida, seguir viviendo...* En: *Real Academia Española*. Disponible en: <https://drae.es/palabras/subsistir> [Consultado el 1 de junio de 2020].

Ahora bien, dentro de estos bienes consideramos que deben incluirse aquellos insumos que permiten la producción de los alimentos del deudor y su familia. Por ejemplo, la cocina, los utensilios y otras herramientas que permitan la preparación del alimento diario.

Atendiendo a la naturaleza de estos bienes, resulta incongruente la disposición final del precepto estudiado, por cuanto los seis meses, amén de no estar justificados por la misma norma, resultan irrelevantes en comparación con la necesidad que éstos representan en la vida del deudor. Sin embargo, si se atiende al carácter amplio de la denominación “artículos de consumo” en el mismo caben algunas materias primas, el dinero, y, por supuesto, los alimentos.

De este modo, en el caso de aquellas materias primas, no todas son necesarias para la supervivencia, pues habrá que determinar el fin al que están destinadas; en cuanto al dinero, si bien éste es necesario, incluso, para la compra de alimentos, el margen de seis meses es suficiente para que el deudor procure los recursos necesarios para la satisfacción del crédito; y respecto a los alimentos, éstos estarán librados a la valoración de su necesidad, la cantidad de los miembros que conforman la familia del deudor y su carácter comerciable, como puede resultar de aquellos granos de trigo, arroz o soya que son constante objeto del tráfico jurídico y comercial.

2.1.6. Mausoleos, sarcófagos y nichos perpetuos

Entre todos los bienes que reúnen el privilegio de la inembargabilidad, los mausoleos, sarcófagos y nichos perpetuos reflejan una realidad que el codificador no advirtió, regulándolos siempre a partir de un enfoque de Derecho Público que, antaño, imperaba en la administración de los mismos. Ello se justifica en el hecho de que en sus orígenes fueron administrados por las comunidades religiosas y en el Derecho Romano formaban parte de las *ius divini iuris*¹⁷¹.

En consecuencia, sin tomar en cuenta la naturaleza privada que pueden tener estos bienes, la norma los afecta de inembargabilidad omitiendo la otorgación de tutela para aquellos créditos que surjan de la adquisición de derechos reales de sepultura por parte del deudor. En ese sentido, consideramos que a estos bienes bien hubiese podido aplicárseles la excepción

¹⁷¹ BOTASSI, citado por DE BENEDETTO, en: DE BENEDETTO, E.G., «Cementerios privados», Revista de Derechos Reales y Registral, núm. 6, 2017. Cita online: IJ-CDLXIX-37.

establecida para las máquinas, herramientas e instrumentos de trabajo necesarios para la profesión u oficio del deudor.

Atento a esa realidad, en el Derecho comparado el legislador argentino ha introducido la regulación de los cementerios privados, definiendo éstos como aquellos *...inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos*¹⁷². Así, tratándose de derechos reales que afectan la propiedad inmueble, los mausoleos, sarcófagos y nichos perpetuos pueden objeto de transmisión y, en consecuencia, generar obligaciones sinalagmáticas con la responsabilidad patrimonial que su incumplimiento conlleva.

De acuerdo con lo anterior, causa cierta extrañeza que el legislador no haya regulado su embargabilidad en los supuestos en los que estos derechos reales de sepultura sean el objeto de la obligación. En ese sentido, tratándose de la inembargabilidad de estos bienes, ellos se acercan más a un modo de inembargabilidad absoluta que a aquel de naturaleza relativa.

Lo anterior se fundamenta en la protección legal que merece la memoria de los difuntos y que se encuentra reconocida, por ejemplo, en la normativa penal¹⁷³. De ello, se infiere la particularidad que presentan el embargo de este tipo de bienes -mausoleos, sarcófagos y nichos perpetuos- que, a diferencia de otros, suponen la colisión entre el derecho de crédito de los acreedores y el respeto por la memoria de los difuntos.

Sin perjuicio de lo expuesto, insistimos en la necesidad de aplicar, por analogía, la embargabilidad relativa de los mausoleos, sarcófagos y nichos perpetuos siempre que éstos sean objeto del crédito y que no se haya consolidado el fallecimiento. De este modo, consolidado el mismo y empleado a la finalidad a la que está destinada -la inhumación de restos humanos- no sería admisible el embargo en protección de la memoria de los difuntos.

2.1.7. El patrimonio del deudor, cuando exista garantía específica a favor del crédito reclamado

¹⁷² Artículo 2103 del Código Civil y Comercial argentino.

¹⁷³ El artículo 284 del Código Penal regula la ofensa a la memoria de los difuntos que, pese a tener como bien jurídico protegido algo incorporeal, podría trascender al ámbito físico o corporal, como sucede en la legislación penal colombiana, cuyo artículo 204 del Código Penal señala: *Irrespeto a cadáveres. El que sustraiga el cadáver de una persona o sus restos o ejecute sobre ellos acto de irrespeto, incurrirá en multa. Si el agente persigue finalidad de lucro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, sin sobrepasar las diez (10) unidades multa.*

Este modo de inembargabilidad relativa, por excelencia, protege la totalidad del patrimonio del deudor ante la existencia de una garantía especial constituida sobre los bienes del deudor. No obstante, dicha protección se encuentra supeditada a la suficiencia de los bienes afectados a tal garantía para la satisfacción del crédito reclamado.

Este tipo de inembargabilidad, a diferencia de aquellos bienes catalogados por el artículo 318 del Código Procesal Civil, es de naturaleza genérica pues no obedece a la naturaleza de los bienes concretos que serán objeto de la traba sino a una situación jurídica determinada por la garantía. Así, constituida la misma sobre bienes concretos del deudor, corresponderá aplicar la excepción a su responsabilidad patrimonial, pues el embargo no podrá cumplir su fin de garantía ante la existencia de hipotecas, anticresis o prenda que cubrirán suficientemente dicha función.

No obstante, esta inembargabilidad no es absoluta, pues si bien *a priori* existe garantía específica sobre estos bienes, ello no implica un óbice para que estos mismos bienes -y no otros que conforman el patrimonio del deudor- puedan ser objeto de un embargo ejecutivo posterior. En ese sentido, en esta instancia el embargo no solo cumplirá un fin de garantía sino de medio para delimitar el alcance cuantitativo de la ejecución que, entre la interposición de la demanda y la sentencia, habrá sufrido modificaciones.

De comprobarse la existencia del incremento sobre el crédito insatisfecho y la insuficiencia del bien garantizado para responder por el mismo, este solo hecho bastará para que se amplíe la responsabilidad patrimonial del deudor, habilitando al acreedor la facultad para trabar embargo sobre otros bienes. De ahí que, no obstante las garantías específicas *a priori* garantizan la ejecución del capital, consideramos que esta deberá cubrir, asimismo, los intereses, daños y costas y costos procesales.

2.2. Bienes absolutamente inembargables

En este segundo grupo se encuentran aquellos bienes que, atendiendo a un interés público, son absolutamente inembargables (de ahí que, en su mayoría, se encuentran regulados en la Constitución). En ese sentido, a diferencia de los bienes inembargables estudiados en el apartado anterior, no existe posibilidad de que éstos admitan una excepción a tal inembargabilidad, siendo, por lo tanto, taxativa. De este modo, si no se cumple con el presupuesto objetivo, esto es, aquello que será embargado, el bien podrá ser afectado a una traba.

Entre estos bienes absolutamente inembargables se encuentran: el patrimonio cultural del pueblo boliviano (art. 99 CPE); los bienes de patrimonio del Estado y las entidades públicas (art. 399-II CPE); las áreas de explotación minera otorgadas por contrato (art. 371-I CPE); la pequeña propiedad (arts. 394-II CPE y 394-II de la Ley INRA); la propiedad comunitaria y colectiva (art. 394-II CPE); los sueldos y salarios devengados, derechos laborales, beneficios sociales y aportes a la seguridad social no pagados (art. 48-IV CPE); las indemnizaciones (art. 92 Ley General del Trabajo); el solar campesino (núm. 1, art. 41-I de la Ley INRA); el patrimonio familiar (art. 128-II CFPF), entre otros.

Embargo preventivo

CAPÍTULO SEGUNDO: EMBARGO PREVENTIVO

Conviene delimitar en primer lugar que el embargo y la anotación preventiva son dos figuras que, aunque combinadas producen nuevos efectos jurídicos, difieren respecto de la fuente de la que proceden y de los efectos que cada una produce de manera independiente. En ese sentido, mientras que el embargo resulta ser una medida cautelar, por lo tanto, de carácter judicial que produce efecto entre las partes que intervienen en un proceso e individualiza e inmoviliza el patrimonio del deudor; la anotación preventiva es el asiento registral que, si bien emana de una decisión judicial, es ejecutada por medio de la autoridad administrativa correspondiente y que otorga publicidad a la referida medida haciéndola oponible frente a terceros.

Resulta tan importante el embargo como su plasmación registral, pues es indudable el grado de seguridad que ésta otorga a los justiciables en sus relaciones, concretamente, en la responsabilidad frente al incumplimiento y su publicidad frente a terceros. Es por ello relevante el ámbito en el que se aborda el embargo en el presente título, por cuanto es a través de la tutela cautelar que los justiciables cuentan con un medio de protección que no les exige certeza sobre el derecho que se pretende en juicio, anticipada en el tiempo y que cumple una función doble; por un lado, tutelando los eventuales derechos de las partes y, por otro, la propia actividad jurisdiccional desarrollada por los tribunales en el ejercicio de sus facultades.

Es en esa función que la tutela cautelar tiene al embargo como corolario, el cual sustentado en las características antes descritas potencia dicha finalidad cautelar a través de la selección e individualización de los bienes que serán objeto de la traba. Así, la solución que otorga el embargo resulta equitativa pues precautela el derecho de crédito del demandante mientras éste se encuentra discutido sin implicar la desposesión del bien de manos del ejecutado.

El embargo es además la medida que ha servido de fundamento para el desarrollo de posteriores medidas cautelares, pues de él derivan medidas tales como el secuestro judicial, la inhibición de bienes y la intervención judicial. En ese sentido, es el propio Código Procesal Civil el que establece en diferentes disposiciones que éstas últimas serán adoptadas como medidas complementarias al embargo¹⁷⁴

¹⁷⁴ Arts. 326.2-I, 329, 330.2 y 335 del C.P.C.

I. FUNDAMENTO

El embargo preventivo es la medida cautelar por excelencia¹⁷⁵, pues no obstante tiene por finalidad la ejecución forzosa de obligaciones pecuniarias, apreciándose por ello también su ámbito ejecutivo, esta medida permite *a priori* la individualización y el aseguramiento de todos los bienes y derechos que conforman el patrimonio del deudor¹⁷⁶ y que son la garantía general de sus acreedores.

Pese a que el antiguo Código de Procedimiento Civil de fecha 6 de agosto de 1975, al igual que la mayor parte de las legislaciones iberoamericanas¹⁷⁷, no contenía una definición de embargo preventivo, tampoco el legislador en el actual Código Procesal Civil ha llenado ese vacío conceptual a pesar de ser la medida cautelar más desarrollada tanto en la norma sustantiva como procesal y, por qué no decirlo, de amplia aplicación práctica ante los tribunales.

Asimismo, el embargo es quizá la medida cautelar más analizada por la doctrina y la que tiene más importancia histórica. En el derecho romano encontramos su origen en la evolución que sufrida por la responsabilidad de los deudores como consecuencia de la *Lex Poetilia Papiria* y de la propia involución del modo de ejecución personal¹⁷⁸, pasando de la personalísima *manus iniectio* a la esencialmente patrimonial *pignus ex causa iudicati capio*.

La *pignus ex causa iudicati capio* constituye el precedente romanístico del actual embargo, pues a decir de CABANELLAS era un *Tipo de prenda judicial que constituía una forma de ejecución en el procedimiento per formulam (por fórmula) y extraordinario, consistente en un derecho de prenda sobre bienes concretos del deudor, con la posibilidad de proceder a su venta con intervención de los agentes de la autoridad que había decretado su constitución, en caso de no haberse satisfecho el crédito en el plazo de dos meses, para reintegrarse al acreedor*

¹⁷⁵ RODRÍGUEZ BEREJIO-LEÓN, M., «Las medidas cautelares de aseguramiento en los procesos tributarios», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 26, 2012, págs. 17-38.

¹⁷⁶ También se incluyen los bienes futuros como las rentas, por disposición del artículo 1472 del Código Civil que establece que el embargo comprende los frutos de la cosa embargada.

¹⁷⁷ Sin embargo, el nuevo Código Procesal Civil de Costa Rica (de 3 de febrero de 2016) otorga una idea de su fundamento al señalar en su artículo 86.1 que *Para impedir que el deudor, mediante el ocultamiento o la distracción de bienes, pueda eludir una eventual responsabilidad patrimonial, el acreedor podrá pedir que se decrete embargo preventivo*. Asimismo, el *Código de Processo Civil* brasileiro (de 16 de marzo de 2015) en su artículo 831 se limita a señalar el alcance del embargo (*penhora*) al establecer que éste deberá recaer sobre tantos bienes cuantos basten para pagar el principal actualizado, intereses, costas y honorarios de los abogados.

¹⁷⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, M., «La posición del deudor en la historia. De la responsabilidad personal a la patrimonial», *Revista General de Derecho Romano*, núm. 16, 2011.

con su precio o lograr su adjudicación, si la venta no se llegara a efectuar¹⁷⁹. De acuerdo con la citada definición, esta figura reúne todos los elementos inherentes al embargo pues, no obstante su ámbito cautelar, es ordenada como una medida destinada a la ejecución forzosa e interviene el martillero judicial como auxiliar de la actividad jurisdiccional. Sin embargo, en lo referente al tiempo que se otorga al deudor para que pague y la posibilidad de adjudicación, éstos son más propios del proceso ejecutivo que del embargo.

El embargo preventivo resulta una medida fundamental para la consecución de la justicia material¹⁸⁰, encontrando su fundamento y razón de ser en la tutela judicial efectiva. En ese sentido, por un lado, permite la inmovilización del patrimonio del deudor y, por lo tanto, el aseguramiento del derecho de crédito del acreedor y, por otro, refuerza la efectividad de la actividad jurisdiccional al hacer posible la ejecución de una sentencia de condena pecuniaria.

Así, la diferencia principal entre el embargo preventivo y el embargo ejecutivo radica, en primer lugar, en la fase en la que ambos son ordenados. En ese sentido, el embargo preventivo pertenece a la fase de declaración del proceso, por lo tanto, su finalidad directa será asegurar la sentencia y, con ella, la ejecución. En cambio, el embargo ejecutivo, como su nombre lo indica, será ordenado en virtud de la fase de ejecución, misma que podrá ir precedida de declaración o sin ella¹⁸¹.

La fase en la que es ordenado el embargo preventivo determina los presupuestos y alcances propios de esta medida frente a su ámbito ejecutivo. De acuerdo con ello, conforme a su naturaleza cautelar, no exige certeza, es menos riguroso para el demandado, más propenso a modificación y contiene supuestos de aplicación que, en el ejecutivo, no son fundamentales pues en este último el único presupuesto lo constituye la sentencia o resolución equivalente¹⁸², siendo indistinta la situación del condenado, del crédito o la naturaleza de la relación que fue objeto de la sentencia.

II. PRESUPUESTOS

¹⁷⁹ CABANELLAS DE TORRES, G., *Diccionario de derecho romano y latines jurídicos*, Editorial Heliasta, 2007, pág. 759.

¹⁸⁰ El Tribunal Constitucional Plurinacional ha resaltado el valor de la justicia material mediante las sentencias constitucionales 832/2016-R de 9 de agosto y 293/2017 S-2 de 3 de abril, entre otras, al manifestar que la estructura del sistema de administración de justicia boliviano no puede concebirse como un fin en sí mismo.

¹⁸¹ Es el caso de la ejecución forzosa de los acuerdos conciliatorios, los cuales por su propia naturaleza carecen de declaración previa y, sin embargo, siempre que su contenido implique una actividad posterior, son directamente ejecutables.

¹⁸² Los laudos arbitrales o acuerdos conciliatorios, por ejemplo.

Sin perjuicio de los presupuestos inherentes a toda medida cautelar¹⁸³ y atendiendo a la naturaleza propia que presenta el embargo preventivo, conviene delimitar los presupuestos de estas medidas, según el objeto sobre el cual recae y la finalidad que la misma persigue. Al respecto, es importante mencionar como principio general del embargo preventivo que éste únicamente procederá cuando la pretensión sea de condena a pagar una suma de dinero, cuya característica para su efectivo cumplimiento sea que la suma esté determinada o liquidada y sea legalmente exigible.

1. OBLIGACIÓN DE PAGAR SUMA DE DINERO

Indudablemente el presupuesto principal del embargo preventivo es la existencia de una obligación de naturaleza pecuniaria, así se desprende de lo establecido en los artículos 1470 y 1471 del Código Civil. El primer precepto menciona que el acreedor puede obtener el embargo y la venta forzosa de los bienes del deudor en la medida necesaria para satisfacer su crédito y, el segundo, establece la imposibilidad que tiene el acreedor de embargar otros bienes si no somete previamente a venta judicial aquellos sobre los cuales tiene prenda, hipoteca, anticresis o privilegio, siendo todos ellos derechos reales de garantía y, por lo tanto, de naturaleza pecuniaria.

Por su parte, resulta más preciso lo establecido por el legislador español en el artículo 727.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁸⁴ al señalar que el embargo preventivo procede *...para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos...* En ese sentido, del precepto citado se infiere que, si bien el embargo preventivo encuentra su fundamento en una obligación pecuniaria, ello no es impedimento para que las obligaciones que en principio no son pecuniarias, también llamadas obligaciones en especie, puedan servir de fundamento para un embargo, con la condición de que las mismas sean computables a metálico.

Nos preguntamos, por tanto, cuándo una obligación en especie se computa en metálico, convirtiéndose en una obligación pecuniaria. ORTELLS RAMOS sobre este punto sostiene que *La transformación de la obligación de hacer, no hacer y dar cosa distinta a dinero, en obligación de pagar equivalente monetario de la prestación debida, no se produce en virtud del simple*

¹⁸³ Peligro en la demora, verosimilitud del derecho y caución. V. artículos 311 y 320 del Código Procesal Civil.

¹⁸⁴ España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 8 de enero de 2000, núm. 7, Referencia: BOE-A-2000-323.

*incumplimiento de la obligación por el deudor, sino a causa de la imposibilidad del cumplimiento o de la ejecución forzosa en forma específica...*¹⁸⁵.

Consideramos que, si bien es cierto que en muchos casos la imposibilidad es el fundamento para que una obligación en especie se convierta en pecuniaria, ésta más bien obedece únicamente a aquellas situaciones en las que la obligación es, por su naturaleza, *intuitu personae*. En ese sentido, en todos los casos el elemento indispensable para la transmutación de una obligación en especie a su equivalente en pecuniaria será el sólo incumplimiento, pues la imposibilidad al igual que el incumplimiento voluntario, resultan un modo de incumplir las obligaciones y, por lo tanto, generan como efecto la ejecución forzosa, siendo indistinto el hecho que motive el incumplimiento de la obligación.

Así, la única diferencia que traerá aparejada cada uno de los modos del incumplimiento será el incremento de la suma sobre la cual recaerá el embargo. Por ejemplo, si se tratase de un incumplimiento voluntario éste además del monto o capital objeto de la obligación se extenderá sobre los daños y perjuicios. Por su parte, si el incumplimiento fuera causado por la imposibilidad sobrevenida y, por lo tanto, no imputable al deudor, éste responderá únicamente por la suma a la que se encuentra obligado y que, naturalmente, sea posible¹⁸⁶ o cuya imposibilidad sea temporal¹⁸⁷.

Dicha imposibilidad, más que al incumplimiento de las obligaciones pecuniarias, obedece a aquellas obligaciones en especie que, para efectos del embargo, tendrán que convertirse a metálico, ora porque exista una imposibilidad parcial, ora porque dicha imposibilidad sea transitoria o temporal. En el primer supuesto, recogiendo lo normado por el artículo 382 del Código Civil y a efectos de concretar la cuantía del embargo, habrá que determinar previamente la liquidez de la parte que el deudor no podrá cumplir conforme a la naturaleza de la prestación.

Por su parte, el caso de la imposibilidad temporal o transitoria aniquila por completo cualquier posibilidad de obtener un embargo preventivo, por cuanto *a priori* no será necesaria la transmutación de la obligación a su equivalente en metálico debido a que la imposibilidad no es definitiva. Asimismo, conforme al artículo 380 del Código Civil, puede incluso darse la

¹⁸⁵ ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, cit., pág. 81.

¹⁸⁶ Art. 382 C.C.

¹⁸⁷ Art. 380 C.C.

posibilidad de que la obligación quede extinguida si al deudor ya no se le puede considerar obligado al cumplimiento o, en su caso, si es el propio acreedor quien pierde interés en el cumplimiento.

Al respecto, FERNÁNDEZ CAMPOS sostiene que no ocurrirá lo mismo para el caso de la imposibilidad de una de las obligaciones cuando éstas son producto de un contrato sinalagmático o con prestaciones recíprocas, pues como señala el citado autor en este supuesto *...sí permitiría al acreedor instar la resolución de la obligación (ex artículo 1124) cuando se duda si será posible o no la realización de la prestación, y ésta por incertidumbre impide al acreedor satisfacer su interés por otra vía...*¹⁸⁸ Desde otra perspectiva, el legislador boliviano no ha previsto para tales situaciones la posibilidad de resolver la obligación, sino más bien se ha inclinado por una posición continuista de la obligación al normar en el artículo 576 del Código Civil la “suspensión” del cumplimiento mientras la parte incumplida no mejore su situación patrimonial o preste garantía suficiente. Aún a pesar de ello concluiremos en que un embargo bajo la imposibilidad temporal es impensable por carecer de una pretensión patrimonial que le sirva de situación jurídica cautelable.

1.1. Cantidad determinada o determinable

No obstante, el embargo preventivo únicamente exige la verosimilitud y no la certeza del derecho que se pretende, éste, por virtud del carácter proporcional que le envuelve, deberá señalar un alcance cuanto menos provisional. Será justamente dicho alcance el que fijará los límites del embargo que sea trabado sobre los bienes del deudor.

En consonancia con lo establecido en el artículo 1470 del Código Civil el embargo de los bienes del deudor será trabado sólo en la medida necesaria para satisfacer el crédito del acreedor. De la lectura de dicho precepto se infiere que el límite del embargo se encuentra delimitado por el crédito del acreedor, el cual naturalmente deberá ser líquido a día de la solicitud de la medida.

De lo contrario, si se pidiese el embargo preventivo sobre una suma de dinero indeterminada por tratarse del caso de una obligación periódica o de tracto sucesivo que la haga, *a priori*, indeterminable; es decir, que el mismo acreedor solicite la medida con temeridad o

¹⁸⁸ FERNÁNDEZ CAMPOS, J., «La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 20, 2002, págs. 35-53.

mala fe, en observancia del principio de proporcionalidad el embargo deberá ser rechazado. Analizando el Derecho comparado, encontramos que la legislación española sanciona con nulidad el embargo indeterminado de bienes, pues conforme dispone el artículo 588.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil *Será nulo el embargo sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste.*

Llegados a este punto y, analizando la problemática que plantea esta clase de embargo conviene plantearse las siguientes preguntas: ¿La determinación o el alcance del embargo indican que el mismo debe recaer sobre una cantidad cierta? ¿Hace referencia al bien o derecho concreto sobre el cuál será trabado? ¿Basta con la su mera identificación? ¿Qué sucede en el caso de los derechos expectaticios o futuros del deudor, como los derechos de crédito que éste pudiera tener? ¿Cuál es la situación en los derechos de crédito no realizables en el acto? ¿Y en las obligaciones divisibles, el embargo se extiende a las cantidades futuras?

Consideramos que la respuesta al primer interrogante -si la determinación del embargo recae sobre cantidad cierta- es que el alcance de esta medida cautelar obedece a su suficiencia para satisfacer el crédito del embargante. Al respecto, si bien el embargo preventivo afecta los bienes y derechos del deudor de manera mediata; su alcance, reflejado en el crédito reclamado, se ve afectado por dicho embargo de manera inmediata.

Dicha afectación actúa de tal manera que, aun cuando los bienes trabados son objeto de subrogación real, ésta se traslada a otros bienes o trasciende al valor de los mismos. Este último caso se refiere al del bien sobre el cual se levanta el embargo una vez aprobado el remate, trasladándose en consecuencia al producto hasta su debida entrega al acreedor, con lo que se habrá ejecutado forzosamente la obligación.

Siendo evidente que la determinación del embargo se identifica con el alcance cuantitativo de la obligación y que los bienes o derechos del deudor o del tercero obligado por él más bien proyectan su materialización, estos últimos podrán ser reemplazados por otros o podrá incluso incrementarse su afectación producto de la ampliación de la suma que determina el alcance del embargo. En ese sentido, se abre paso a la respuesta de la tercera y cuarta cuestión, esto es, si basta con la mera identificación del bien o derecho y qué sucede en el caso de los derechos de crédito que el deudor pudiera tener. Al respecto, FUENTES DEVESA considera que bastará con fijar *los rasgos identificativos del bien o derecho cuyo embargo se propone a fin de que no ofrezca duda alguna su determinación, lo cual no acarrea en absoluto la prohibición*

*del embargo de cosas futuras o de expectativas jurídicas, siempre se identifiquen de un modo indudable...*¹⁸⁹

En ese juicio de embargabilidad, antes que la identificación del bien, previamente habrá que determinar dos presupuestos: que el bien o derecho sea parte del patrimonio del deudor o que exista certeza indudable que en el futuro se integrará a su patrimonio, y que éstos no sean inembargables por disposición de la ley. Es tal la importancia de la titularidad del bien que la norma prevé algunos medios de protección de los derechos que facultan a su verdadero titular para obtener el levantamiento de un embargo trabado sobre sus bienes; así, por ejemplo, tenemos la tercería de dominio, la oposición al embargo, los beneficios de excusión, orden y división, etc.

A pesar de ser evidente la ampliación del campo de acción del embargo en el nuevo Código Procesal Civil, consideramos que el legislador fue extremadamente cauto, pues si bien hace mención al derecho de crédito hasta en tres oportunidades¹⁹⁰, no ha regulado ninguna figura relacionada con la manifestación de bienes o con la investigación de los mismos, ni ha establecido de forma concreta el trámite para practicar esta clase de embargos, atendiendo a su vez a la naturaleza de los créditos objeto del embargo, es decir, tratándose de aquellos realizables o no realizables en el acto.

En cuanto a la determinación de los bienes, por ausencia de regulación, la norma procesal civil boliviana deja toda la carga de la averiguación del patrimonio del deudor sobre los acreedores. Al respecto, no presentará mayor problema la determinación de aquellos bienes que por su naturaleza son registrables, tal es el caso de los bienes inmuebles, algunos muebles, acciones comerciales y los derechos de autor. Sin embargo, no ocurrirá lo mismo respecto a la gran mayoría de los bienes muebles o de los derechos de crédito a favor del deudor, los cuales adolecen de un registro que facilite su búsqueda e individualización, amén de que éstos derechos se encuentren inmersos en documentos públicos o privados, dificultándose aún más la tarea de indagación en el último caso.

¹⁸⁹ FUENTES DEVESA, R., «Los apremios administrativos y concurso: Los embargos indiscriminados», en AA. VV., *El procedimiento concursal en toda su dimensión*. (MARTÍN MOLINA, P., CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J. y LOPO LÓPEZ, M., coords.) Dykinson, Madrid, 2014, pág. 266.

¹⁹⁰ El artículo 411-II establece desde cuándo se tiene por ejecutado el embargo de créditos, el artículo 413-II establece de forma muy general las facultades que tendrá el acreedor que ha obtenido el embargo de un crédito de su deudor y, por último, el artículo 415 establece su orden o prelación frente a otros embargos.

1.2. *Mora*

Si bien el Código Civil no contiene una definición de la mora, partiremos de lo establecido por el artículo 339 de la citada norma, la cual señala que *El deudor que no cumple exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño si no prueba que el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento es atribuible a imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa que no le es imputable*. Dicho precepto regula, por un lado, los efectos del deudor que definitivamente no cumple y de aquél que simplemente se halla en una situación de retraso en el cumplimiento de su prestación, y por otro, la causa de dispensa para aquellos deudores cuyo incumplimiento no es voluntario.

Por su parte, la jurisprudencia nacional ha definido la mora como *...el retardo o retraso culpable e ilegal en el cumplimiento de la obligación; siendo el término vencido y el requerimiento del acreedor su presupuesto*. (A.S. Nro. 622/2015-L de 3 de agosto)¹⁹¹. Al respecto, nótese la connotación negativa que tiene la mora en relación con las obligaciones por cuanto, tal como señala la citada jurisprudencia, la misma va más allá de un simple retraso o incumplimiento, puesto que el mismo supone que dicho retraso o incumplimiento es “culpable” del deudor y, por lo tanto, únicamente atribuible a él.

Dicho incumplimiento es ilegal puesto que va en contra del principio de obligatoriedad de los contratos, establecido por el artículo 519 del Código Civil que manifiesta que *El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes...* Asimismo, concordante con dicho principio el artículo 291-I de la misma norma amplía su objeto al señalar que *El deudor tiene el deber de proporcionar el cumplimiento exacto de la prestación debida...*

Sobre los presupuestos para la procedencia de la mora, la referida jurisprudencia citada *supra* sostiene que los mismos son dos: el término vencido y el requerimiento del acreedor. En cuanto al primero, debe entenderse que éste se refiere a la exigibilidad de la obligación, es decir, a la fecha cierta en la que el deudor debía cumplir con su prestación.

En cuanto a la necesidad de requerimiento por parte del acreedor, este presupuesto únicamente será necesario en aquellos casos que no estén contemplados por el artículo 341 del

¹⁹¹ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 622/2015-L de 3 de agosto de 2015. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2015/as201520622.html> [Consultado el 1 de junio de 2020].

Código Civil. Dicho precepto señala que *La constitución en mora tiene efecto sin intimación o requerimiento cuando:*

- 1) Se ha convenido en que el deudor incurre en mora por el sólo vencimiento del término*
- 2) La deuda proviene de hecho ilícito*
- 3) El deudor declara por escrito que no quiere cumplir la obligación*
- 4) Así lo dispone la ley en otros casos especialmente determinados*

La mora, como presupuesto del embargo preventivo, supone un retraso o incumplimiento de la obligación determinado por el plazo vencido. De acuerdo con ello, una vez el deudor se haya constituido en mora, se hará exigible el cumplimiento forzoso de dicha obligación, reemplazando la voluntad de éste por la actividad judicial, activando con ella todos los mecanismos de protección del derecho de crédito, entre los cuales estará sin lugar a duda el embargo.

Además de ser un presupuesto del embargo, la mora constituye también un elemento que delimita el alcance cuantitativo del mismo, pues como ya señalábamos anteriormente la mora entraña un incumplimiento culpable del deudor. Así, el legislador ha sancionado la mora del deudor con la responsabilidad patrimonial a la que será sometido por efecto de su incumplimiento, manifestándose en distintos preceptos del Código Civil, entre los cuales se encuentra el resarcimiento del daño (art. 339 C.C.), los riesgos de la cosa (art. 342), etc. En ese sentido, el embargo no solamente será trabado sobre el capital adeudado sino también sobre el resarcimiento de los daños y perjuicios moratorios, calculables desde el día en que el deudor, naturalmente, se constituyó en mora.

1.3. Obligación sujeta a plazo o condición

Siendo patente que el embargo preventivo, por su naturaleza cautelar, es una medida instrumental al proceso principal, éste irá necesariamente ligado a la pretensión del referido proceso. En consecuencia, si la pretensión es el cumplimiento de una obligación pecuniaria cuya exigibilidad se encuentra determinada por la mora en la que haya incurrido el deudor, esta mora supondría, por sí misma, la inexistencia de plazo o condición pendiente, pues no puede concebirse la existencia de mora si previamente la obligación no es exigible y, a su vez, dicha exigibilidad se adquiere cuando el plazo o la condición se ha cumplido.

1.3.1. La imposibilidad de la ejecución y las “medidas precautorias” del art. 1444 del Código Civil

Ante la imposibilidad de la ejecución y, por tanto, de la obtención del embargo de los bienes del deudor como consecuencia de la sujeción de la obligación a un plazo o condición, convendrá analizar la naturaleza y el alcance de aquellos “actos conservatorios” señalados por el artículo 495-1) del Código Civil. Este precepto establece de manera muy sucinta que *mientras la condición suspensiva esté pendiente el acreedor puede realizar actos conservatorios*. La cuestión reside en si nos encontramos ante medidas cautelares -como el embargo- o simplemente ante medidas de garantía o protección que no requieren de auxilio judicial y que constituyen una autotutela.

Consideramos que el citado artículo 495-1) guarda relación con las denominadas “medidas precautorias” reguladas por el artículo 1444 del Código Civil, entre las cuales se encuentran la inscripción de hipoteca o anticresis, la interrupción de la prescripción, el inventario de los bienes y papeles del deudor difunto o insolvente, la intervención del acreedor en la partición a la que fuera llamado su deudor, la demanda de reconocimiento de un documento privado y la intervención de un juicio promovido por el deudor o contra él. Todas estas medidas, lejos de tener naturaleza precautoria o cautelar, constituyen actos de conservación que el acreedor puede realizar con o sin auxilio judicial. Por ejemplo, en el caso de la inscripción de la hipoteca, el acreedor podrá solicitarla directamente al registrador de la propiedad con la finalidad de proteger extrajudicialmente su crédito, sin perjuicio de realizarla con miras a una ejecución forzosa en caso de consumarse el incumplimiento.

Lo propio sucederá con el inventario de los bienes o papeles del deudor difunto, pues en estos casos bastará con que el acreedor realice dicho inventario con intervención de un Notario de Fe Pública, con independencia de que vaya a iniciar un proceso judicial en lo posterior. Empero, en los casos de la interrupción de la prescripción; intervención en la partición a la que fuese llamado el deudor; demanda de reconocimiento de un documento privado e intervención de un juicio promovido por el deudor o contra él; la naturaleza de dichas situaciones hará necesaria la intervención de la autoridad judicial, ora en la vía de las diligencias preparatorias, ora en el proceso principal.

A pesar de que estas últimas medidas constituyen una serie de actos jurisdiccionales, dicha naturaleza no las convierte por sí mismas en verdaderas medidas precautorias o cautelares

sino únicamente en actos de mera conservación. En ese sentido entre unos y otros destacan las siguientes diferencias:

1. Las medidas cautelares son siempre judiciales y requieren, por lo tanto, de la intervención de la autoridad judicial y de la instauración de un proceso judicial,
2. Las medidas de conservación pueden realizarse de forma extrajudicial y no necesariamente se encuentran subordinadas al inicio de un proceso,
3. No obstante, en ambas clases de medidas la fuente principal es la ley. La facultad de adoptar o ejecutar las medidas cautelares proviene de la actividad judicial o administrativa. Sin embargo, las medidas de conservación pueden ser realizadas por iniciativa del acreedor,
4. En las medidas cautelares el objeto de protección puede recaer sobre una gran variedad de derechos, tales como la propiedad, el crédito, la posesión, los derechos de autor, etc.
5. Las medidas de conservación únicamente tienen como objeto de protección el Derecho de crédito de los acreedores.

1.3.2. Obtención del embargo por otros medios de protección del derecho de crédito

Habiéndose precisado la diferencia entre ambas medidas -las cautelares y las conservatorias- y la imposibilidad de ejercitar medidas ejecutivas para la protección de aquellos créditos pendientes de vencimiento, a continuación, analizaremos algunos supuestos específicos en los que podrá obtenerse el embargo por medio de otros medios de protección del derecho de crédito¹⁹².

A) Beneficio de separación de patrimonios

En relación con los medios de protección del derecho de crédito, CERDÁ GIMENO sostiene que los mismos *...pueden reducirse a tres categorías supremas: derechos de garantías encaminados a reforzar el vínculo obligatorio y a asegurar al acreedor del exacto cumplimiento de la obligación mediante la constitución de una garantía personal o real u otorgando a un crédito una preferencia con respecto a los demás; medidas conservativas merced a las cuales*

¹⁹² CERDÁ GIMENO define a los medios de defensa y protección del derecho de crédito como *...un conjunto de facultades o de acciones que el ordenamiento jurídico atribuye al acreedor para preservar o realizar su interés en la relación obligatoria, cuando éste se ha visto insatisfecho totalmente, ha recibido una satisfacción incompleta o defectuosa o existe la posibilidad o el peligro de que la violación o la insatisfacción pueda producirse.* CERDÁ GIMENO, J., *Medios indirectos de protección del derecho de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 13.

*el acreedor tiende a impedir que el patrimonio del deudor mengüe con peligro para el acreedor, y procura conservar íntegros los derechos y bienes del tal patrimonio; finalmente, medidas ejecutivas para realizar el crédito cuando siendo insolvente el deudor deba desenvolver su eficacia...*¹⁹³ Así, con respecto a las medidas conservativas, el autor incluye entre ellas a la facultad de separación del patrimonio del deudor difunto del heredero¹⁹⁴.

El beneficio de separación de patrimonios regulado por el artículo 1055 del Código Civil, constituye, por su naturaleza, una medida conservativa del patrimonio del deudor, por lo que a diferencia de las medidas ejecutivas no requiere de una suma exigible y mucho menos de la mora para desplegar sus efectos. Así también se infiere de lo establecido en la parte *in fine* del artículo 1058 del Código Civil el cual señala que *La separación se impide o cesa cuando el heredero paga a los acreedores y a los legatarios y ofrece fianza para el pago de aquellos cuyo derecho está controvertido o sujeto a condición suspensiva o a término.*

En tal sentido, siendo evidente que el beneficio de separación tiene como finalidad última el pago de las obligaciones pecuniarias dejadas por el deudor difunto, es perfectamente posible obtener el embargo de los bienes y derechos que haya dejado a su fallecimiento mientras la autoridad judicial decida sobre la petición de separar su patrimonio del de sus herederos. Sobre este punto, a pesar que el legislador del Código Civil, al momento de regular las facultades de la autoridad judicial en esta acción, evita referirse a las medidas cautelares optando por denominarlas como medidas de seguridad y conservación, conviene considerar la admisibilidad de las primeras en virtud de lo establecido por el artículo 479 del Código Procesal Civil, en el sentido que las cuestiones relativas a la vocación sucesoria, al estado civil de los herederos, anulabilidad del testamento, separación de patrimonios y a la desheredación¹⁹⁵ se debatirán en proceso ordinario, admitiendo por lo tanto la aplicación de medidas cautelares para garantizar la ejecución de la sentencia en dicho proceso de conocimiento.

¹⁹³ CERDÁ GIMENO, *Medios indirectos de protección del derecho de crédito*, cit., pág. 18.

¹⁹⁴ *Ibid.*, pág. 19.

¹⁹⁵ Ésta supone por sí misma una figura bastante compleja, lo que justifica la dilucidación de cualquier problema respecto de aquella por la vía ordinaria. En ese sentido, MANZANO FERNÁNDEZ señala que *...parece que, al menos doctrinalmente, es posible tomar como base del concepto de desheredación, bien la exclusión del legitimario en aquella atribución patrimonial que le hubiera correspondido en concepto de legítima de no haber sido desheredado; bien en lo anterior, más en aquellos derechos y facultades que, como legitimario, le pertenecerían de no haber sido excluido.* MANZANO FERNÁNDEZ, M.M., «La exclusión del hijo en la herencia del testador. (Una visión actualizada de la desheredación en el Código Civil)», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 756, 2016, págs. 1847-1884.

B) Acción pauliana o revocatoria

Otro de los supuestos en los que, pese a contener una obligación pendiente de vencimiento permiten la obtención del embargo preventivo, lo constituye la acción pauliana o revocatoria regulada por el artículo 1446 del Código Civil. Esta posición encuentra sustento en la naturaleza de este medio de protección, el cual conforme a la clasificación realizada por CERDÁ GIMENO se encuadra dentro de las medidas conservativas del patrimonio del deudor.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo de Justicia al señalar que *La acción pauliana o revocatoria es el instituto jurídico mediante el cual el acreedor está facultado para demandar que los actos jurídicos de su deudor, respecto a él, sean ineficaces y surtan efectos, conservándose de esta forma su patrimonio antes de quedar insolvente* (A.S. Nro. 26/2016 de 20 de enero)¹⁹⁶. Tal definición denota que la acción pauliana no tiene como finalidad reforzar el derecho de crédito ni ejecutar forzosamente el mismo, presentando como único objetivo el de resguardar los derechos y bienes de su deudor ante la amenaza de que el crédito sea insatisfecho.

En cuanto a los presupuestos que deben concurrir para la procedencia de este medio de protección del derecho de crédito, el mismo artículo 1446 del Código Civil enumera las siguientes:

1. Que el acto impugnado origine un perjuicio para el acreedor provocando o agravando la insolvencia del deudor
2. Que el deudor conozca el perjuicio ocasionado por su acto al acreedor
3. Que, en los actos a título oneroso, el tercero conozca el perjuicio que el acto ocasiona al acreedor, no siendo necesario este requisito si el acto es a título gratuito
4. Que el crédito sea anterior al acto fraudulento, excepto cuando el fraude haya sido dispuesto anticipadamente con miras a perjudicar al futuro acreedor
5. Que el crédito sea líquido y exigible. Sin embargo, no se tendrá el término por vencido si el deudor resulta insolvente o si desaparecen o disminuyen las garantías con que contaba el acreedor.

¹⁹⁶ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 26/2016 de 20 de enero de 2016. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2016/as201620026.html> [Consultado el 1 de junio de 2020].

De acuerdo con los presupuestos citados y para la finalidad que persigue el presente título, resulta necesario analizar el último de ellos consistente en la exigibilidad que deberá tener el crédito para acceder a la revocatoria de los actos de disposición patrimonial que tiendan a frustrar su cumplimiento. Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia ha dejado entrever que el referido presupuesto no es de concurrencia obligatoria en todos los casos pues como ha manifestado: *En este contexto, es necesario incidir que cada uno de los requisitos señalados debe concurrir necesariamente para la procedencia de la revocatoria, conforme lo señala la norma precitada, que fue interpretada por la extinta Corte Suprema de Justicia y asumida por éste Tribunal Supremo de Justicia, determinando una línea jurisprudencial consolidada. Sin embargo, cabe aclarar que algunos requisitos tienen su excepción prevista por la misma norma, aún a ello, la concurrencia de éstos requisitos es la regla y lo otro la excepción.* (A.S. Nro. 271/2017 de 9 de marzo)¹⁹⁷.

En cuanto a la excepción contemplada en el artículo 1446.5 del Código Civil, resulta cuanto menos confusa su redacción pues utiliza la expresión “no se tendrá el término por vencido”, prestándose tal expresión a interpretaciones contradictorias. Por tal motivo, se hace necesario determinar el espíritu y los alcances contemplados para la acción revocatoria en el derecho comparado y en la doctrina.

De la redacción del precepto citado, inferimos en que el legislador boliviano ha incluido la exigibilidad del crédito como la regla general, siendo la excepción a la misma que dicho crédito aún se encuentre pendiente de vencimiento. En cambio, en el derecho comparado se observa que únicamente predominan los siguientes presupuestos: el perjuicio o fraude en el derecho del acreedor y la mala fe del deudor y del tercero.

Al respecto, el artículo 339 del Código Civil y Comercial de la Nación¹⁹⁸ argentino establece que los requisitos para la procedencia de la acción de declaración de inoponibilidad son que el crédito sea de causa anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores; que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor y; que quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o

¹⁹⁷ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 271/2017 de 9 de marzo de 2017. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2017/as201720271.html> [Consultado el 1 de junio de 2020].

¹⁹⁸ Argentina. Ley 26.944 de 7 de octubre de 2014 del Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el 1 de agosto de 2015.

debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia. Por su parte, el artículo 2468 del Código Civil¹⁹⁹ chileno dispone que los acreedores podrán rescindir los contratos onerosos y otros derechos reales de garantía otorgados por el deudor en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente (el deudor y el tercero) y, en cuanto a los actos a título gratuito, contempla que podrán rescindirse únicamente probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores. Finalmente, el innovador Código Civil²⁰⁰ francés establece en su artículo 1341-2²⁰¹ como requisitos para la inoponibilidad de los actos del deudor el fraude de los derechos del acreedor y el conocimiento de este por parte del tercero en los contratos a título oneroso, presumiéndose en consecuencia la mala fe en los contratos a título gratuito.

De la legislación glosada, se evidencia que en ninguna de ellas se requiere la exigibilidad del crédito que ha sido objeto de fraude para la procedencia de la acción pauliana o revocatoria, ni siquiera en el antiguo *code* francés que sirvió de inspiración para el Código Civil boliviano, el cual únicamente exigía para la impugnación de los actos del deudor el fraude de los derechos del acreedor²⁰². En relación con este requisito, estimamos que al momento de regular la acción pauliana el legislador boliviano ha confundido la misma con aquellas medidas ejecutivas para la realización del crédito; cuestión que ha quedado más que clara en el sentido que la mencionada acción no es más que un medio para la satisfacción del crédito del acreedor, cuyos efectos se agotan con la revocación de los actos de disposición del deudor y la preservación de su patrimonio para garantía del mismo.

Respecto al tercero y el conocimiento que éste tiene sobre el perjuicio que los actos de disposición provocan al derecho del acreedor, PÉREZ GARCÍA, al tiempo de analizar la acción rescisoria contemplada en el artículo 2468 del Código Civil español, considera que *...lo característico del fraude de acreedores es que la lesión del derecho de crédito no se produce únicamente por la conducta del deudor, sino que éste para perjudicar a sus acreedores necesita*

¹⁹⁹ Chile. Ley de 14 de diciembre de 1855 del Código Civil, vigente desde el 1 de enero de 1857.

²⁰⁰ Francia. Ord. Nro. 2016-131 del 10 de febrero de 2016, art. 3, vigente el 1 de octubre de 2016.

²⁰¹ Art. 1341-2. *Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude.*

²⁰² Sobre este punto, huelga decir que FERNÁNDEZ CAMPOS sostenía que *La razón de la parca redacción del code se debe a que los redactores del código siguieron para la materia de obligaciones preferentemente la obra de POTHIER, que menciona la acción pauliana aquí y allá pero no le dedica un tratamiento específico (era una institución más frecuente en la insolvencia de comerciantes).* FERNÁNDEZ CAMPOS, J., «Estudio comparado de la impugnación de actos jurídicos realizados en fraude de acreedores», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 13, 1995, págs. 39-66.

*la colaboración de un tercero (es precisamente esta colaboración la que permite imputar al tercero la responsabilidad frente al acreedor)...*²⁰³. Dicha colaboración de tercero se encuentra prevista en el tercero de los presupuestos del artículo 1446 del Código Civil boliviano, valorando no solamente la colaboración en su ámbito objetivo sino también en lo subjetivo al momento de contemplar el conocimiento que debe tener el tercero en el perjuicio que el acto de disposición patrimonial provoca al acreedor.

Sin embargo, el mismo presupuesto establece una dispensa a dicho conocimiento cuando las transmisiones se realizan a título gratuito²⁰⁴. En ese sentido, a efectos de poder practicar un embargo preventivo para asegurar los efectos de la revocatoria, habrá que determinar si el acto de disposición patrimonial se ha realizado a título oneroso o gratuito, siendo el último de los casos el más común por el perjuicio que provoca al acreedor y por las ventajas que ofrece al deudor para burlar el cumplimiento de su obligación, simulando en la mayor parte de los casos donaciones a familiares o personas cercanas.

En la misma línea del citado autor se pronuncia CARBALLO PIÑEIRO, quien sostiene que *...la afectación de terceros por esta acción no se debe a su carácter erga omnes, sino a su participación en el fraude o a la intervención de factores que hacen pesar más la protección del acreedor que la de un tercero adquirente*²⁰⁵. En dicho análisis la autora analiza un elemento que es característico de los derechos reales: su oponibilidad frente a terceros. Al respecto, resulta evidente la diferencia que plantea el fraude de un crédito con garantía real que aquél que posee una garantía genérica, pues en el primero no será necesaria la acción revocatoria debido a que la amenaza de perjuicio en un crédito que posee tal garantía se encuentra ausente. En cambio, en el segundo caso, la dependencia del crédito a la generalidad de los bienes del acreedor, lo expone al riesgo que los actos de disposición tengan para la insolvencia del mismo y la consecuente frustración de la satisfacción del crédito.

1.3.3. Obtención del embargo por efecto del concurso de acreedores

²⁰³ PÉREZ GARCÍA, M., *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Centro de Estudios Registrales, 2005, pág. 160.

²⁰⁴ Sobre esta presunción, el Código Civil español contiene una interesante complementación en su artículo 1297 al expresar en su segundo párrafo que: *...También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes.*

²⁰⁵ CARBALLO PIÑEIRO, L., «Acción pauliana e integración europea: una propuesta de ley aplicable», *Revista española de derecho internacional*, vol. 64, núm. 1, 2012, págs. 43-72.

En el presente apartado analizaremos la obtención del embargo resultante de la acumulación de la masa pasiva al concurso de acreedores en aquellos créditos que, *a priori*, se encuentran pendientes del cumplimiento de un plazo o condición. Al respecto, el artículo 435-II del Código Procesal Civil señala que: *Admitido el concurso, se harán exigibles todas las deudas, aun las que no tuvieren plazo vencido, así como las sujetas a condición, y cesará el curso de los intereses.*

Este precepto parte de dos principios rectores del concurso de acreedores: la universalidad y la *par conditio creditorum*. Por el primero, se acumularán al concurso la masa activa y pasiva impidiendo a los acreedores la posibilidad de acudir a la ejecución singular desde la admisión a trámite del concurso y; por el segundo, todos los acreedores serán tratados con igualdad en el cobro de sus créditos buscándose la satisfacción de todos ellos.

Por otro lado, para entender los efectos que genera la acumulación de los créditos al concurso, bastará con determinar el concepto mismo de Derecho concursal que, en palabras de VERDÚ CAÑETE, *puede definirse como el conjunto normativo que regula la situación de crisis financiera, aportando soluciones a la misma, bien mediante la reorganización y saneamiento del patrimonio del deudor o bien mediante su liquidación.*²⁰⁶ De acuerdo con esta definición, se deduce que la liquidación del patrimonio del deudor no es la finalidad del concurso, sino una forma de solucionar la situación de crisis financiera, resultando coherente el cese de los intereses como un modo de no agravar dicha situación de crisis en la que se encuentra inmerso el deudor.

Dicha intención del legislador es aún más palpable con la introducción de la denominada “junta de acreedores” como una de las novedades del proceso concursal regulado en el actual Código Procesal Civil; norma que, a diferencia del Código abrogado, no persigue la liquidación del patrimonio del deudor, pasando ésta a ser solamente una posibilidad ante la falta de acuerdo. En sentido contrario se regulaba en el artículo 574 del antiguo Código de Procedimiento Civil que establecía: *Con la contestación del concursado o en rebeldía, el juez, dentro del plazo de treinta días, pronunciará sentencia de grados y preferidos conforme a las normas pertinentes del Código Civil. Se condenará en costas al concursado.*

²⁰⁶ VERDÚ CAÑETE, M., «Notas sobre el nuevo Derecho concursal», Anales de Derecho, Universidad de Murcia, 2004, págs. 391-410.

No obstante, pareciera observarse en la actual norma procesal una inclinación a favor del deudor, cualquiera sea el desenlace del proceso siempre estará presente el principio *par conditio creditorum* como regla general, siendo su excepción la calificación de grados y preferidos²⁰⁷. Es en virtud de este principio que admitido el concurso no sólo se acumularán a él los créditos sujetos a plazo o a condición, sino que además se harán exigibles, colocando a los acreedores en igualdad de condición con respecto a aquellos que ostentan un crédito con plazo vencido.

Dicho efecto también encuentra su fundamento -como ya apuntábamos anteriormente- en la universalidad del concurso. Así, la exigibilidad de todos los créditos evitará la dispersión y proliferación de otras acciones individuales en contra del mismo deudor, acumulándose toda la masa pasiva al conocimiento del juez del concurso.

La posibilidad de ordenar un embargo con base en créditos con plazo o condición pendiente en el caso del concurso de acreedores pareciera reforzarse por la disposición contenida en el artículo 435-I.3 del Código Procesal Civil, que regula la facultad de la autoridad judicial para ordenar las medidas cautelares necesarias para preservar los bienes y créditos del deudor ante la admisión del concurso. Pese a ello, la adopción del embargo en estos casos no será en virtud de un crédito pendiente de plazo por cuanto éste, una vez acumulado al concurso, se hace exigible, siendo imposible tal conversión sin la existencia del referido proceso concursal.

Al respecto, cabe preguntarse cuál es la situación del crédito pendiente que, acumulado al concurso y habiendo adquirido exigibilidad, es desacumulado por efecto de la extinción del proceso concursal. Tal es el caso de la extinción del concurso operada por sustracción de materia, figura procesal que ha merecido pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo de Justicia.

Este tribunal entendió que *... conforme los antecedentes con posterioridad a la Sentencia y anterioridad al Auto de Vista, mediante memoriales de fs. 1036, 1039 y 1047, Margot Aguilera*

²⁰⁷ El artículo 439-VI del Código Procesal Civil establece: *Si no se llegare a un arreglo: 1. Proseguirá la tramitación del concurso. 2. El síndico pondrá en conocimiento de las partes su informe sobre el estado de grados y preferidos de los créditos, para su aprobación u observaciones. Las observaciones podrán ser formuladas por las partes concurrentes en el plazo de diez días a partir de la celebración de la junta. Las o los acreedores que hubieren acreditado legítimo impedimento de inasistencia, podrán formular observaciones en el mismo plazo computado a partir de su notificación con el acta correspondiente. 3. La junta de acreedores designará al síndico definitivo. En caso de no existir acuerdo, corresponderá la designación a la autoridad judicial. En cualquier caso, el síndico provisorio podrá ser nombrado como definitivo.*

de Cronembold cónyuge del de cujus Carlos Cronembold Montero, German Añez Lacunza y Luis Fernando Cabrera Rojopresentaron ante el Juez de la causa desistimiento de la acción y el derecho de conformidad a lo dispuesto por los arts. 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil, quedando subsistente únicamente una acreencia a favor del Banco Nacional de Bolivia, es decir que la renuncia de tres de los acreedores conlleva importantes efectos jurídicos, como el de hacer dejación del derecho que se ejercita e implícitamente el de la acción, sin que sea posible utilizarla en otro proceso posterior porque se abdica del “carácter material” del contenido de la acción ...en el caso presente el Banco Nacional de Bolivia S.A. se constituye en el único acreedor del “concurado”, cuyo crédito resulta ser el único que debe ser satisfecho por el deudor concursado y el patrimonio del deudor debe garantizar, motivo por el cual el Tribunal de Alzada no podía confirmar la Sentencia de concurso de acreedores ante la inexistencia de más de tres acreedores conforme exige el art. 565 del Procedimiento Civil, es decir ante la ausencia de los requisitos para la procedencia del concurso de acreedores, momento en que se operó la sustracción de materia conforme se desarrolló precedentemente. (A.S. Nro. 574/2014 de 9 de octubre)²⁰⁸

Sobre este punto y, como ya mencionábamos líneas arriba, sostenemos que la exigibilidad del crédito únicamente opera como consecuencia de su acumulación a la masa pasiva del concurso de acreedores. En ese sentido, si se extingue éste, ora porque operen alguna de las causas extraordinarias de extinción del proceso²⁰⁹ (por ejemplo, la conciliación intraprocesal que no está expresamente prohibida), ora porque sobrevenga la falta de alguno de los presupuestos inherentes al concurso como en el caso de la sustracción de materia, el crédito deberá retomar el plazo o condición al que inicialmente se encontraba sujeto, pues faltará el elemento esencial que lo hace exigible y que supone la existencia de pluralidad de acreedores y el estado de cesación de pagos: la admisión del concurso.

Una característica particular de la exigibilidad que adquieren los créditos sujetos a plazo o condición como efecto de su acumulación es la exclusión del incumplimiento como presupuesto esencial del embargo preventivo, pues la exigibilidad del crédito, a diferencia de lo que ocurre en la ejecución singular, opera por efecto de la ley en forma exclusiva y no por la

²⁰⁸ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 574/2014 de 9 de octubre. [En línea]. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2014/as201421574.html> [Consultado el 1 de junio de 2020].

²⁰⁹ V. artículos 232 al 249 del Código Procesal Civil.

conducta pasiva del deudor ni por el requerimiento del acreedor a través de la constitución en mora. Por ello, resulta igualmente lógico que tales créditos pierdan el carácter de exigibilidad cuando, también por efecto de la ley, el proceso concursal se extingue desapareciendo con él todos los efectos resultantes de su admisión.

Desde otro punto de vista, DOMÍNGUEZ LUELMO sostiene que *La mayor parte de la doctrina, sin embargo, con mejor criterio, destacaba las esenciales diferencias entre el término y condición, pues en el primer caso el plazo es sólo un obstáculo temporal para la exigibilidad de un crédito ya existente; mientras que ante una condición suspensiva lo que está limitado es el nacimiento del derecho mismo, y tratándose de condición resolutoria no se impide la existencia ni la exigibilidad del crédito...*²¹⁰ De acuerdo con el autor citado, con mayor razón entendemos que el crédito que en principio no es exigible debe retomar dicha condición a la extinción del concurso, pues el crédito sujeto a plazo seguirá existiendo y tendrá como único obstáculo el tiempo previamente establecido. En cambio, en el caso que se encuentre sujeto a condición suspensiva el crédito nuevamente estará subordinado al cumplimiento de ésta para existir jurídicamente, por cuanto su nacimiento anticipado es extraordinario en razón a la admisión del concurso.

En ambos casos, los créditos dejarán de ser exigibles, pero podrán ser protegidos por las medidas conservativas del patrimonio del deudor en las condiciones exigidas por la ley sustantiva²¹¹. Sin embargo, en el caso de los créditos sujetos a condición resolutoria -siempre de acuerdo con DOMÍNGUEZ LUELMO- la admisión o extinción del concurso únicamente afectará la forma de su ejecución, sea esta singular o colectiva, por cuanto la finalidad que el cumplimiento de dicha condición tiene es la de extinguir el crédito, quedando implícito su carácter exigible.

1.4. Prestación divisible

Atendiendo al hecho de que el carácter divisible de la prestación se encuentra determinado por la posibilidad de su cumplimiento parcial²¹², resulta necesario establecer cuál es el alcance y tratamiento del embargo en virtud de aquellos créditos que, siendo de

²¹⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 146. Efectos sobre los créditos concursales», En: AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal*, Lex nova, 2004, pág. 2587.

²¹¹ V. arts. 495-1) y 1444 C.C.

²¹² BLASCO GASCÓ, F. *et al*, *Derecho Civil. Obligaciones y contratos* (VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

cumplimiento periódico, adquieren exigibilidad. En tal sentido, en el presente apartado dejaremos de lado aquellos créditos cuya prestación es indivisible, por cuanto su incumplimiento supone la ejecución instantánea e íntegra del crédito adeudado, por lo que reservamos su estudio al capítulo correspondiente al embargo ejecutivo.

Las condiciones para que las obligaciones sean susceptibles de división en la legislación civil boliviana se encuentran subordinadas al principio general establecido por el artículo 305-I del Código Civil. Este precepto establece que *El acreedor puede rechazar el cumplimiento parcial aún cuando la prestación debida sea divisible, a menos que el cumplimiento se haya pactado o se acepte por partes, o se halle dispuesto de otra manera por la ley o los usos.*

El citado artículo introduce, en cuanto a la regulación de las obligaciones el principio de indivisibilidad, según el cual las prestaciones deben cumplirse en su integridad, admitiendo como únicas excepciones la autonomía de la voluntad de las partes y la propia ley. No obstante, también es posible que la divisibilidad de las prestaciones se determine por los usos o la naturaleza de las prestaciones, tal y como determina el artículo 305 *in fine*.

El alcance de este precepto se refuerza con lo establecido en el artículo 307-I del Código Civil que dispone que *El deudor no se libera ofreciendo una prestación diversa de la debida, aunque tenga igual o mayor valor, salvo que el acreedor consienta en ella.* Al respecto, una vez más se manifiesta la autonomía de la voluntad como excepción al carácter indivisible de las prestaciones, llegando a configurar a su vez, aunque no de modo expreso²¹³, la dación en pago como causa de extinción de éstas.

Por otro lado, BLASCO GASCÓ sostiene que, si bien las obligaciones divisibles son susceptibles de transmutarse en indivisibles, no sucede lo mismo en el caso de las obligaciones indivisibles, las cuales no pueden devenir en divisibles²¹⁴. Este criterio interpreta lo regulado por el artículo 1169 del Código Civil español, concordante con lo establecido en el artículo 305-II del Código boliviano que señala: *Cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, el*

²¹³ BLASCO GASCÓ, al tiempo de evaluar esta figura en la legislación española, sostiene que *Pese al aboengo jurídico de esta figura nuestro Código Civil no se ocupa específicamente de ella, quizá por su desenvolvimiento en los denominados contratos innominados y por la fuerza expresiva del contrato de compraventa como referencia paradigmática para la articulación y simplificación de otros negocios complejos de carácter oneroso y conmutativo (ex. art. 1521 C.C.). En esta línea, sólo el art. 1849 C.C. se ocupa indirectamente de su posible contenido al establecer que: "Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador".* En: BLASCO GASCÓ F., *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, cit.

²¹⁴ BLASCO GASCÓ, F., *Prestaciones divisibles y no divisibles*, cit.

acreedor puede exigir y el deudor hacer el pago de la primera, sin esperar la liquidación de la segunda.

Previo a abordar la problemática que plantean las prestaciones divisibles o de cumplimiento sucesivo para la traba del embargo, resulta primordial delimitar algunos supuestos de créditos sujetos a esta modalidad, amén de que todas las obligaciones -como apuntábamos anteriormente- pueden transformarse en indivisibles y, por lo tanto, ser objeto de ejecución instantánea. Así, toda obligación de pagar una suma de dinero será siempre divisible²¹⁵, también otros supuestos específicos como el pago de los cánones de arrendamiento (art. 701 C.C.), el pago del precio por la venta con reserva de propiedad (art. 585-I C.C.), la retribución al contratista por la parte de la realizada en una obra cuya ejecución total ha sido imposible (art. 744 C.C.), el beneficio de división a favor de los fiadores (art. 931), la acción de repetición contra los demás fiadores (art. 938 C.C.) y el contrato de corretaje (art. 99 C.Com.²¹⁶).

En cuanto al pago de los cánones de arrendamiento, la prestación del arrendatario, conforme señala el artículo 701 del Código Civil, debe cumplirse en los plazos convenidos o a los que “establecen los usos”. De inicio el citado precepto establece la posibilidad de que el pago sea divisible, pues contempla aquellos plazos fijados por las partes para su cumplimiento.

De acuerdo con lo anterior, conviene plantearse cuál será el alcance del embargo ante el incumplimiento de la obligación de pago. Para tal fin, previamente habrá que determinar cuál es el momento en el que el arrendatario se constituye en mora, si el incumplimiento de uno de los cánones de arrendamiento genera la ejecución de la prestación total o sólo del canon devengado y, en consecuencia, si la sentencia del proceso ejecutivo alcanzará a las posteriores cuotas incumplidas por el deudor y no liquidadas al momento de interponer la demanda.

En cuanto a la determinación del momento en el que el arrendatario se constituye en mora, primeramente, conviene determinar que el Código Civil reconoce dos tipos de mora: aquella que opera por requerimiento y aquella que opera sin necesidad de éste y por el transcurso

²¹⁵ *Obligaciones divisibles e indivisibles* [Internet]. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAANjY0tjtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAJevh0zUAAAA=WKE. [Consultado el 1 de junio de 2020].

²¹⁶ República de Bolivia. Decreto Ley 14379, de 25 de febrero de 1977, Código de Comercio. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, 1 de marzo de 1977, núm. 907, elevado a rango de ley por la Ley Nro. 1071 del 18 de junio de 2018.

del tiempo²¹⁷. La doctrina las ha denominado desde su concepción en del Derecho romano *mora ex persona* y *mora ex re*, respectivamente.

En cuanto a las primeras, entiéndase requerimiento como un acto propio del acreedor, mediante el cual solicita a su deudor el pago de lo que debe y no ha cumplido en el plazo estipulado por las partes en el contrato. Por otro lado, la *mora ex re* es aquella que opera sin necesidad de que el acreedor realice acto alguno, produciendo efectos de forma automática²¹⁸.

Respecto a esta última, BRODSKY considera que debe aplicarse a aquellas obligaciones sujetas a plazo determinado cierto, justificando su posición en que en este tipo de obligaciones el deudor tiene certeza sobre el término convenido²¹⁹. Al respecto, conviene preguntarse si la obligación del deudor en un contrato de arrendamiento cumple con los presupuestos de este tipo de prestación.

Indudablemente el pago por los cánones de arrendamiento constituye una obligación pecuniaria de carácter divisible y, por tanto, de cumplimiento sucesivo. Asimismo, entendiendo que ésta puede estar sujeta a plazo o condición, en el primer caso éste siempre será determinado por voluntad de las partes y, en ausencia de esta, por disposición de la ley, de lo que también resulta la certeza de su vencimiento.

El análisis del citado autor recae en el Código Civil de 22 de abril de 1968 argentino, el cual, para las obligaciones a plazo, había establecido un régimen general de mora automática, únicamente admitiendo excepciones en caso de no existir un plazo expresamente convenido o que éste no se sea determinado. Por su parte, el codificador boliviano ha optado por un principio general de *mora ex persona*, según el cual, a decir del artículo 340 del Código Civil, *El deudor queda constituido en mora mediante intimación o requerimiento judicial u otro acto equivalente del acreedor*.

Así las cosas, no obstante el plazo cierto del pago de las cuotas del arrendamiento, si las partes no hubiesen convenido algo distinto²²⁰, la constitución en mora del arrendatario siempre exigirá requerimiento o intimación previa por parte del acreedor. En ese sentido, a cada cuota o

²¹⁷ BRODSKY, J., «La constitución en mora del deudor en el Derecho argentino», Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja, vol. 7, núm. 9, 2012, págs. 7-29.

²¹⁸ *Ibid*, pág. 10.

²¹⁹ *Ibid*, pág. 17.

²²⁰ El artículo 341-1) del Código Civil establece que *La constitución en mora tiene efecto sin intimación o requerimiento cuando...Se ha convenido en que el deudor incurre en mora por el sólo vencimiento del término*.

renta vencida le seguirá una intimación, sin la cual no podrán iniciarse los trámites correspondientes para su ejecución forzosa²²¹.

La segunda cuestión –esto es, si el incumplimiento de una de las cuotas alcanza a la prestación total del arrendamiento- fue tratada por HABOOSH, quien a modo de conclusión se inclina por el criterio de la unidad de la obligación al sostener que *En la hipótesis de no pago por el arrendatario del alquiler, la intimación de pago al inquilino lo hace caer en mora, no por los meses adeudados en forma singular, sino que se configura un incumplimiento temporal de la entera y única obligación de pagar el alquiler*²²². De esta posición se infiere que la obligación de pago de las cuotas del arrendamiento constituye una sola prestación que, aunque es divisible en el cumplimiento, resulta indisociable en la ejecución forzosa, pues esta recaerá sobre su integridad.

Sin embargo, entendemos que no obstante en el caso del arrendamiento, al igual que toda obligación pecuniaria, se admite la posibilidad de dividir la obligación; cada cuota constituye una especie de obligación individual. Nuestra posición se apoya en el régimen de prescripción bienal establecido por el artículo 1509 del Código Civil según el cual prescriben a los dos años:

1. Los cánones de arrendamiento
2. Los intereses de las cantidades que los devenguen y,
3. En general, todo lo que debe pagarse periódicamente por un año o por plazos más cortos.

Nótese que cada una de las obligaciones descritas por el precepto citado constituyen, por su naturaleza, prestaciones pecuniarias de cumplimiento periódico. En ese sentido, si los cánones de arrendamiento (amén de que en los usos se cumplen en forma mensual) prescriben en dos años, denotándose su individualidad; el incumplimiento de cada uno de igual manera debe ejecutarse individualmente, pues para cada cuota le estará corriendo un plazo de dos años que únicamente podrá interrumpirse con su respectivo requerimiento de pago.

²²¹ Como ya se mencionó en el apartado anterior dedicado a *la mora*, nos inclinamos por esta como presupuesto esencial del embargo, pues su finalidad, amén de hacer al deudor responsable por los daños y perjuicios, permite la ejecución forzosa, debiendo constituirse al deudor en mora para hacer exigible la obligación en sede judicial.

²²² HABOOSH, S., «¿Cuántas intimaciones de pago y procesos ejecutivos tiene que promover el arrendador para hacer efectivo su derecho al cobro de los alquileres adeudados y de los que se devenguen con posterioridad a aquéllas?», Anuario de derecho civil uruguayo, núm. 43, 2013, págs. 955-964.

Así, por ejemplo, piénsese en aquellos contratos unilaterales de préstamo de dinero, cuya obligación total se divide en cuotas, mismas que a su vez generan intereses. Si el pago total del capital más los intereses debía realizarse en el plazo de tres años y el deudor ha incumplido algunas cuotas, ante la demanda ejecutiva el deudor podrá oponer la excepción de prescripción de éstas y sus respectivos intereses, quedando subsistente para la ejecución el resto del capital adeudado que a estas alturas se encontrará cercenado pese a haberse tratado en principio de una obligación única.

A su vez, aun cuando los intereses igualmente pueden pactarse como una prestación única y sujeta a un cumplimiento sucesivo, tal como sucedería con el capital, de igual manera cada pago podrá prescribir individualmente pues se enmarcarían en el tercer supuesto del artículo 1509. Asimismo, en caso de no establecerse la cantidad y el plazo de las cuotas, la suma total se encontrará subordinada a la prescripción bienal por el sólo hecho de imputarse a los intereses. Lo expresado encuentra sustento en la interpretación realizada por el Tribunal Supremo de Justicia que en un caso concreto ha resuelto lo siguiente:

...A consecuencia de dicho pago el recurrente mediante el documento analizado, se obligó a pagar primeramente conforme se establece en la cláusula tercera, punto 1.-; “El primer pago de (\$us 16.000.- 00/100) DIEZ Y SEIS MIL DOLARES AMERICANOS, al señor EMILIO ZENTENO ZURITA (como devolución de lo que el nombrado canceló por mi cuenta al Banco indicado); pago que efectuaré en el plazo de DIEZ Y SEIS MESES...”. Luego de estipularse el monto a ser pagado y la forma de pago del mismo, en un punto muy aparte se estableció el pago de otro monto de dinero que conforme se transcribe textualmente indica: “El segundo pago de (\$us. 10.000.- 00/100) DIEZ MIL DOLARES AMERICANOS, por concepto de intereses generados por los dineros cancelados al Banco por el señor EMILIO ZENTENO ZURITA por cuenta de mi persona, le cancelare al nombrado señor ZENTENO ZURITA en un plazo de SEIS MESES en forma impostergable y que se computa a partir del 12 de enero del año 2000.” De la interpretación pura y simple de lo indicado en dicha cláusula tercera, en su punto 2do., se entiende que la segunda obligación que tenía la parte recurrente era referente al pago de intereses que generó la cancelación de los \$us.- 16.000 que la parte actora pagó al Banco; al ser así no cabe confusión alguna que dichos montos exigidos en cobro y pago en la presente demanda, son provenientes de los intereses acordados por ambas partes debido a los dineros cancelados al Banco de la Unión S.A. por el señor EMILIO ZENTENO ZURITA y al

estar exigidos fuera del plazo establecido en el art. 1509 num. 2) del Código Civil, o sea, a los 4 años, once meses, y cuatro días, como se especificó en la Sentencia, donde se estableció que: “...es citado Luis Joaquín Trigo Torrico, en fecha 16 de junio de 2005, conforme consta de la diligencia sentada a fs. 29. De donde se infiere que desde el vencimiento de la fecha estipulada para el pago de dichos intereses a la fecha de citación con la presente demanda ordinario, han transcurrido efectivamente cuatro años, once meses y cuatro días...”, computo correcto que demuestra que la deuda se encuentra prescrita, conclusión que llega este Tribunal Supremo de Justicia en relación a los hechos descritos y mediante una interpretación y aplicación de lo normado en dicha disposición que su aplicación resulta meramente formal y no requiere mayor análisis del expuesto. (A.S. Nro. 1091/2015 – L de 23 de noviembre)²²³.

Ahora bien, no obstante el cumplimiento de alguna de las cuotas no trae aparejada la mora en la totalidad de la obligación y, en consecuencia, su ejecución forzosa íntegra; ello no constituye un obstáculo para que las partes en uso de la autonomía de la voluntad convengan en que al sólo vencimiento de una de las prestaciones el acreedor podrá exigir el pago total de la deuda. De acuerdo con ello, si no estuviera estipulado de esa manera, deberá entenderse que la mora recaerá individualmente sobre cada una de las cuotas devengadas, sin afectar al resto de la obligación que aún se encuentra pendiente de cumplimiento.

Recogiendo la tercera de las cuestiones que nos planteábamos al inicio del presente análisis -el alcance de la sentencia de condena en el incumplimiento de pago de las cuotas de arrendamiento-, HABOOSH, al analizar la denominada “condena a futuro” establecida en el artículo 11.3 del Código General de los Procesos, sostiene que *...si el acreedor solicita en la demanda la ejecución por la obligación intimada más la condena a futuro, el juez que condena por las cuotas devengadas durante el transcurso del proceso no viola el principio de congruencia. Ciertamente, el precepto que inspira esta posición señala que El interés del demandante puede consistir en la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, aún cuando éste no haya sido violado o desconocido, o de una relación jurídica, o de la autenticidad o falsedad de un documento; también podrá reclamarse el dictado de sentencia condicional o de futuro.*

²²³ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 1091/2015 – L de 23 de noviembre [En línea]. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2015/as2015201091.html> [Consultado el 1 de junio de 2020].

De acuerdo con la citada autora, en el caso de la legislación procesal uruguaya²²⁴ es perfectamente posible que la sentencia de condena por el pago de las cuotas o cánones devengados alcance incluso a aquellas que se hayan incumplido en lo posterior. Por su parte, el codificador boliviano, ha dejado la determinación del objeto de la sentencia en manos del demandante. Así se entiende de lo regulado por el artículo 213 del Código Procesal Civil que establece que la sentencia *recaerá sobre las cosas litigadas en la manera en que hubiesen sido planteadas en la demanda*.

Tal regulación limita el objeto de la sentencia a la pretensión contenida en la demanda, restricción que amén de establecer un principio de congruencia puro e inexorable impediría al juez fallar en forma distinta al contenido de la pretensión. Ello, para los fines del presente estudio, equivaldría a la prohibición del juez de condenar por una suma mayor a la fijada en la demanda principal, con los consecuentes efectos de la decisión *ultrapetita*.

Otra limitación -además de la antes mencionada prescripción bienal de los cánones del arrendamiento- viene constituida por la configuración del proceso ejecutivo de cobro a través de la técnica monitoria que, a decir del artículo 375-I del Código Procesal Civil, es un régimen *...conforme al cual, presentado el documento o documentos constitutivos que demuestren la fundabilidad de la pretensión, la autoridad judicial, previa verificación de los presupuestos generales de competencia, capacidad y legitimación, así como los específicos del proceso que se pretende, acoge la demanda mediante una sentencia inicial*. Al respecto, la admisión de la demanda con el dictado de una sentencia (aunque “inicial”, sentencia al fin) dificulta la posibilidad de que la autoridad judicial falle condenando por una suma distinta a la reclamada en la sentencia, cuestión que en materia de incumplimiento de pago en un contrato de arrendamiento obliga al demandante a interponer tantos procesos ejecutivos como cuotas haya incumplido el deudor.

Pese a que aparentemente todo se encuentra decidido en la sentencia inicial, conviene señalar que el proceso ejecutivo boliviano, a diferencia de todos los demás procesos del Código, es el único que admite la posibilidad de dictar hasta dos sentencias. Sin embargo, el presupuesto para que ello ocurra es la oposición a la ejecución formulada por el deudor y resuelta en

²²⁴ República Oriental del Uruguay. Ley Nro. 15.982 de 18 de octubre de 1988, Código General del proceso [Internet], *Registro Nacional de Leyes y Decretos*, 14 de noviembre de 1988.

audiencia. Así lo establecen los artículos 382 y 383 del Código Procesal Civil, que expresamente disponen:

Artículo 382. (AUDIENCIA). Opuéstas las excepciones, la autoridad judicial convocará a audiencia que se realizará observando el trámite previsto para el proceso extraordinario.

Artículo 383. (SENTENCIA). I. Si se hubiere opuesto excepciones, todas ellas se resolverán en la sentencia definitiva a pronunciarse en la audiencia.

II. Si entre las excepciones opuestas figurare la de incompetencia y ésta se declarare probada, la autoridad judicial se abstendrá de pronunciarse sobre las restantes, y ejecutoriada esa resolución, quien fuere competente, resolverá las demás excepciones.

De los preceptos citados se infiere que la sentencia inicial está lejos de ser una sentencia como tal, por cuanto carece del carácter definitivo que envuelve a este tipo de resoluciones. Sea que el deudor plantee oposición de excepciones o que asuma una actitud pasiva dentro del proceso, la sentencia inicial siempre estará sujeta a que adquiera firmeza en lo posterior; en el primer caso, mediante el dictado de una nueva sentencia (esta vez sí, definitiva) en la audiencia convocada al efecto y, en el segundo, la sentencia se tendrá por ejecutoriada, comenzando a computarse para el deudor un nuevo plazo, esta vez para impugnar la sentencia que al fin ha adquirido el carácter de definitiva.

Por todo lo expuesto, concluiremos en que de la manera en que se encuentra configurada la legislación civil y procesal boliviana, la divisibilidad de las prestaciones pecuniarias traerá como consecuencia la divisibilidad de su ejecución, pues a cada cuota se le aplicará su propia mora. Esto inevitablemente tendrá efectos respecto al alcance cuantitativo del embargo, pues este a su vez se encontrará determinado por el alcance de la pretensión que no podrá exceder a las cuotas devengadas y sus respectivos intereses.

1.4.1. Obligaciones mancomunadas

La definición, así como los presupuestos de las obligaciones mancomunadas, se encuentran determinados por el artículo 427 del Código Civil que señala que *La obligación es mancomunada cuando tiene más de un acreedor o más de un deudor y una sola prestación*. De acuerdo con el precepto citado, la existencia de las obligaciones mancomunadas supone la pluralidad de acreedores y deudores, lo cual plantea desde el inicio una relación compleja, y que

éstos a su vez compartan la misma prestación que, naturalmente, se refiere al pago de una suma de dinero²²⁵.

A continuación, el artículo 428 de la misma norma establece que *Los acreedores podrán exigir y los deudores ejecutarán o cumplirán sólo una parte o la totalidad de la prestación comprendida en la obligación mancomunada, según las reglas que se dan en el Capítulo presente*. El precepto señala una clasificación de las obligaciones mancomunadas, sin perjuicio de que todas reúnan los requisitos de pluralidad de sujetos e idéntica obligación, dividiéndolas en obligaciones mancomunadas simples (divisibles e indivisibles) y obligaciones mancomunadas solidarias.

El codificador boliviano ha optado por la aplicación de un sistema que no tiene presunción alguna sobre la naturaleza de las obligaciones mancomunadas, contrario a aquel dispuesto por el legislador español quien mediante el artículo 1137 del Código Civil ha establecido la presunción de no solidaridad de este tipo de obligaciones. Sobre este punto, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO sostiene que *...A pesar de la claridad con la que se establece la mencionada presunción, doctrina y jurisprudencia, atendiendo a las exigencias de la realidad social actual, se han ido inclinando decididamente hacia una restricción de esta regla del artículo 1137. Se ha llegado a prescindir prácticamente de esa exigencia de constitución literal o expresa de la solidaridad, bastando para su reconocimiento que la misma derive de la interpretación de la ley o de las declaraciones de voluntad de las partes (basta que aparezca evidente la voluntad de constituir la solidaridad: solidaridad tácita) y naturaleza de la obligación...*²²⁶.

De la regla contenida en el artículo 428 del Código Civil se deduce que la forma de la ejecución en cada una de ellas se encontrará determinada por la clase de mancomunidad a la que pertenezca, pues como es lógico cuando se habla de la clasificación de las obligaciones ésta refiere a la forma en que aquellas serán cumplidas por acto voluntario o, de lo contrario, ejecutadas forzosamente. En ese sentido, pasamos a analizar dicha cuestión en cada una de las obligaciones mancomunadas.

²²⁵ Desde la propia definición otorgada por el artículo 427 C.C. y en las demás disposiciones del capítulo que regula las obligaciones mancomunadas, siempre se habla de acreedores, deudores y crédito, haciendo alusión reiteradamente de la naturaleza personal de este tipo de obligaciones.

²²⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil*. Editorial Aranzadi, S.A.U., 2009.

A) Mancomunadas simples divisibles

Existiendo una pluralidad de sujetos, tanto acreedores como deudores, la mancomunidad simple implica la sujeción del crédito a la parciariedad. Ésta a su vez supone que el crédito se divide en tantas partes como deudores intervengan dentro del mismo o, conforme al ejemplo señalado por SERRANO CHAMORRO, *...si cuatro acreedores son titulares de un crédito de un millón de euros frente a un solo deudor, a cada uno le corresponde un crédito por valor de un cuarto de millón; lo mismo si son cuatro los deudores de esa cantidad...*²²⁷

Este régimen de mancomunidad indica siempre el cumplimiento del crédito, así como el cobro de la deuda a prorrata, por cuanto los acreedores solo exigirán la parte del crédito que les corresponde y los deudores cumplirán o será ejecutados por la parte que les corresponde de la deuda. Ello conduce a las obligaciones mancomunadas a la existencia de créditos distintos y separados por cada acreedor, lo que indudablemente tendrá efectos en la ejecución y las pretensiones separadas que deberán plantearse en el ámbito procesal.

Desde el punto de vista de los acreedores, éstos deberán iniciar un proceso ejecutivo por cada deudor para el cobro de la parte que le corresponde en la obligación mancomunada. Tal situación a su vez limita el embargo a partir de dos factores: el límite de la deuda y el patrimonio del deudor mancomunado, siendo en este último caso inconcebible que el acreedor pueda embargar los bienes de los demás codeudores.

Idéntica solución se extiende a los fiadores del deudor mancomunado²²⁸, pues de igual manera su responsabilidad se limitará a la parte de la deuda correspondiente a este último²²⁹, sin perjuicio del beneficio de excusión que el fiador pueda interponer, si no hubiese mediado la renuncia correspondiente. No obstante, si existiera pluralidad de fiadores, si bien el fiador tiene la facultad de repetir contra los demás fiadores cuando es compelido al pago total de la parte

²²⁷ SERRANO CHAMORRO, M., *Cuestiones relevantes de Derecho Civil*, Editorial Aranzadi, S.A.U., 2017.

²²⁸ En este sentido no existe un impedimento para que los deudores mancomunados puedan, a su vez, tener fiadores. Este criterio encuentra sustento en la existencia del “fiador del fiador” contemplada por el artículo 921 C.C. y su aplicación análoga al fiador del deudor mancomunado, máxime si se tiene en cuenta que la pluralidad de fiadores plantea una deuda mancomunada establecida por ley.

²²⁹ El artículo 920 C.C. establece que *La fianza no puede exceder a lo debido por el deudor, ni contraerse en condiciones más onerosas.*

debida por el deudor mancomunado y, aún de oponer el beneficio de división, no por ello debe presumirse una obligación mancomunada sino solidaria, salvo pacto diverso²³⁰.

B) Mancomunadas simples indivisibles

El artículo 431 del Código Civil otorga una noción de las obligaciones sujetas al régimen de mancomunidad indivisible al disponer que éstas no pueden cumplirse por fracciones. La fuente de estas obligaciones se encontrará en su propia naturaleza o en la voluntad de las partes.

La indivisibilidad de la obligación mancomunada supone que su cumplimiento debe ser exigido contra todos los deudores, encontrándose restringida la necesidad de iniciarse acciones separadas contra cada uno de ellos. Si bien la cercanía entre la mancomunidad indivisible y la mancomunidad solidaria es evidente, al punto que el artículo 432-I del código Civil dispone la aplicación de las normas de la solidaridad a aquellas, la diferencia entre ambas recae en que la afectación de los acreedores sólo será posible por la actuación conjunta de todos ellos, protegiéndoles contra los actos individuales del acreedor que ha reclamado el crédito.

Así, previendo tal situación, el propio artículo 432 establece en su segundo apartado dos supuestos específicos de inaplicabilidad de las normas de la solidaridad a la mancomunidad divisible:

1. Que el heredero del acreedor que reclama la totalidad del crédito debe dar caución o fianza en garantía de sus coherederos.
2. La remisión, transacción, novación, compensación y confusión de la deuda o el otorgamiento de un recibo distinto a la prestación debida que hace uno de los coacreedores, no libera al deudor frente a los demás acreedores. En ese sentido, los coacreedores podrán pedir la prestación indivisible reembolsando el valor de la parte y porción del acreedor que remitió o recibió la prestación diversa.

La aplicación del embargo en el caso de la mancomunidad indivisible será diferente al de la mancomunidad divisible, pues la colectividad que caracteriza a las primeras hace referencia a la legitimación pasiva, de lo cual se desprende que, si el cobro se dirige contra todos los deudores, de igual manera el embargo recaerá en los bienes de uno de ellos o de todos. No obstante, la medida siempre estará subordinada al cumplimiento de la proporcionalidad y

²³⁰ El artículo 930 del Código Civil señala que *Cuando se han constituido varios fiadores de un mismo deudor por una misma deuda, están obligados cada uno, a toda la deuda, a menos que hayan pactado el beneficio de división.*

preferencia, siendo inadmisibile que el embargo indiscriminado (en cuanto al deudor, claro está) sea también motivo de una cantidad indiscriminada por cuanto ésta jamás podrá ser superior al crédito reclamado.

1.4.2. Obligaciones mancomunadas solidarias. Efectos de la insolvencia con respecto a los codeudores

El artículo 433 del Código Civil señala que *Hay mancomunidad solidaria cuando varios deudores están obligados a la misma prestación, de modo que cada uno puede ser constreñido al cumplimiento de ella por entero y el cumplimiento que haga cualquiera de ellos libera a los demás; o bien cuando entre varios acreedores cada uno tiene derecho a pedir la prestación entera y el cumplimiento obtenido por uno cualquiera de ellos libera al deudor frente a los otros acreedores.* Del texto del precepto citado se concluye que las obligaciones solidarias tienen las siguientes características:

1. Cualquiera de los acreedores puede reclamar el cumplimiento de la prestación. En ese sentido, la ley no exige su actuación conjunta para surtir efectos
2. Cualquiera de los deudores puede pagar la totalidad de la prestación, liberando a los demás codeudores
3. El cumplimiento por parte de un deudor libera a este frente a los demás coacreedores
4. Los actos que realice cualquiera de los acreedores con respecto al crédito afectan a los demás, sin excepción

Ahora bien, entendiendo la naturaleza de las obligaciones solidarias ¿Qué efecto tienen este tipo de obligaciones para el embargo que vaya a trabarse para el cumplimiento forzoso de la obligación? Al respecto, habrá que tomar en cuenta los efectos que tendrá la pluralidad de sujetos para la determinación del embargo y si acaso existe algún orden o prelación respecto a éstos o los bienes que serán objeto de la traba.

Sobre la última cuestión, CACHÓN CADENAS sustenta que la determinación del orden de los bienes que serán objeto de la ejecución forzosa y, por lo tanto, del embargo *...no ofrece dificultades cuando el embargo se ha decretado únicamente contra una sola persona...Pero puede suceder que el juez ordene la práctica del embargo contra varios sujetos ¿Cómo se ha de aplicar el orden en éstos supuestos?...²³¹* Este autor plantea dos soluciones al respecto:

²³¹ CACHÓN CADENAS, M., *El embargo...*, cit., págs. 242-243.

1. Debe entenderse que existe una sola masa patrimonial integrada por los bienes pertenecientes a los diversos ejecutados. En este sentido lo decisivo sería determinar la naturaleza de cada bien, prescindiendo de su titularidad²³².
2. Estimarse que existen tantas masas patrimoniales como ejecutados. La prelación establecida por ley en este caso se aplicaría por separado para los bienes pertenecientes a cada uno de los ejecutados en forma individual²³³.

El codificador, al igual que el citado autor, parece decantarse por la segunda opción. Así se vislumbra en el texto del artículo 437 del Código Civil, donde claramente establece que *El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores o contra todos ellos simultáneamente, sin que el requerimiento hecho contra alguno sea un obstáculo para poder dirigirse contra los demás, hasta obtener el cumplimiento entero de la deuda...* En ese sentido, consideramos que la determinación de los sujetos para la selección del activo que será objeto del embargo no es tan importante como la prelación de los bienes y, finalmente, la cantidad reclamada, pues es ésta la que se someterá al pago total de la deuda mancomunada solidaria sin distinción de los deudores.

Asimismo, cuando el citado artículo 437 señala que, no obstante el acreedor se haya dirigido contra alguno de los deudores, no existe obstáculo para que también se dirija a los demás deudores, lo que debe entenderse en el sentido de que tal “requerimiento” en el plano judicial vendrá acompañado de una petición de embargo. Por lo tanto, si no existe obstáculo para la determinación del deudor demandado, tampoco lo existirá para la traba de los bienes embargados pudiendo recaer sobre el patrimonio de cualquiera de los deudores, con la única excepción de aquellos bienes que sean inembargables y siempre bajo el orden o prelación determinado por ley.

En conclusión, no existe prelación respecto al deudor que ha de soportar el embargo ni de su patrimonio. En ese sentido, el sistema boliviano de la solidaridad establece como objeto de la responsabilidad una sola masa activa integrada por cualquiera de los deudores. Por ello, el propio artículo 437 del Código Civil es claro cuando en su parte final dispone que los deudores elegidos -en este caso, demandados- no pueden oponer el beneficio de división frente al

²³² *Íbid*, pág. 242.

²³³ *Íbid*, pág. 243.

acreedor, característica esencial que distingue a las obligaciones solidarias de las mancomunadas simples.

Por otro lado, conviene preguntarse cuáles son los efectos de la insolvencia con respecto a los codeudores. El problema que se plantea tiene como fundamento lo establecido por el artículo 440 del Código Civil. Este precepto regula específicamente la acción de repetición del deudor que ha pagado la obligación frente a los codeudores solidariamente obligados con él y cómo afecta la insolvencia de uno de ellos en la repartición final de la obligación.

Sin embargo, el Código no regula nada acerca de los efectos de la insolvencia de los deudores con respecto al crédito y las acciones del acreedor frente a su incumplimiento, ni en las obligaciones mancomunadas ni en las solidarias, aun cuando en éstas últimas se deduzcan los efectos de acuerdo con su propia naturaleza. Así, analizamos a modo de comparación lo regulado por el legislador español, quien ante la insolvencia de alguno de los deudores ha determinado las siguientes soluciones con respecto a los demás codeudores:

1. En las obligaciones mancomunadas divisibles, al entenderse que se dividen en partes iguales y que existen tantos créditos como deudores, se presume que la insolvencia de uno de ellos no debe ser suplida por los demás, por tratarse de deudas diferentes²³⁴.
2. En las obligaciones mancomunadas indivisibles, se establece expresamente que los demás deudores no estarán obligados a suplir la insolvencia de uno de ellos²³⁵.
3. En las obligaciones solidarias, la falta de cumplimiento por uno de los deudores por insolvencia será suplida por los demás codeudores a prorrata²³⁶.

Por otro lado, pese al silencio del codificador boliviano, pasamos a deducir los efectos de la insolvencia de acuerdo con la regulación otorgada por el Código Civil para cada una de las obligaciones mancomunadas. De este modo, en cuanto a las obligaciones mancomunadas divisibles el artículo 429 de la citada norma se limita a señalar el límite de la exigencia, en el caso del acreedor y el del cumplimiento, en el caso del deudor, en este tipo de obligaciones; de lo cual se desprende que los acreedores solamente podrán pedir la satisfacción del crédito por

²³⁴ Art. 1138 LEC

²³⁵ Art. 1139 LEC

²³⁶ Art. 1145 LEC

la parte que les corresponde y, asimismo, los deudores únicamente pagarán su parte o porción respectiva.

Consideramos que, no obstante la falta de regulación expresa sobre la situación de insolvencia, la imposibilidad de reclamar al deudor una cantidad superior a su porción correspondiente establecida en la norma, implica por sí mismo la exclusión de cualquier motivo que conlleve a superar dicha porción. En ese sentido, sea por conducta de los acreedores que reclaman más allá de lo debido, por insolvencia de los deudores o por cualquier otra causa, ninguna de ellas justifica la superación del límite impuesto por ley.

En el caso de las obligaciones mancomunadas indivisibles, el tema de la insolvencia debe ser tratado de forma distinta a aquella establecida por el legislador español. Esta afirmación encuentra sustento en la propia indivisión que caracteriza a estas obligaciones, por cuanto el incumplimiento por parte de alguno de los deudores implica el incumplimiento absoluto de la obligación, teniendo como efecto inmediato la resolución del contrato más el resarcimiento del daño.

De acuerdo con lo expuesto y entendiendo que la obligación no puede dividirse ¿Qué ocurre con la responsabilidad? ¿Esta también es indivisible? Al respecto, diremos que, en caso de incumplimiento por motivo de insolvencia, indudablemente será aplicable la resolución de contratos con la consecuente restitución del dinero otorgado por los acreedores, en su totalidad. Por su parte, respecto al resarcimiento, al no ser parte de la obligación principal sino de la responsabilidad, no es alcanzado por la indivisión de la obligación, debiendo responder cada uno de los deudores únicamente por la parte que les es imputable en la misma²³⁷.

La situación de las obligaciones mancomunadas solidarios en cuanto a la insolvencia y los efectos que ésta tiene respecto a los demás deudores se ve reflejada -como apuntábamos anteriormente- en su propia naturaleza. Con respecto a este punto, de igual manera será indistinto el motivo por el cual sea imposible el cumplimiento de alguno de los deudores, incluida la insolvencia, pudiendo los demás codeudores ser compelidos a cubrir la totalidad de la deuda.

²³⁷ Esta afirmación encuentra sustento en el sistema subjetivo de responsabilidad determinado en el Código Civil

2. VEROSIMILITUD DEL DERECHO

Este presupuesto, aplicable para el embargo y para todas las demás medidas cautelares, se encuentra regulado por el artículo 311-III del Código Procesal Civil. El precepto citado, lejos de determinar expresamente su exigencia, se limita a normar su acreditación documental presuponiendo su obligatoriedad. Asimismo, el legislador se refiere a la verosimilitud del derecho en otros preceptos relativos al proceso cautelar, artículos 320 (medidas sin contracatuela) y 326.I-3 (embargo preventivo).

BARONA VILAR refiere que la apariencia de buen derecho²³⁸ *comporta la existencia de un juicio de verosimilitud o de probabilidad, provisional e indiciario, a favor del demandante de la medida cautelar sobre el derecho que viene afirmando en el proceso principal*²³⁹. En ese sentido, a diferencia de lo que sucede, especialmente, con las medidas cautelares acordadas dentro del proceso monitorio, no se exigirá para la adopción de éstas la certeza del derecho que se alega en la solicitud, pues esta certeza sólo se ve reflejada relativamente²⁴⁰ en los títulos ejecutivos²⁴¹ y en forma absoluta en las sentencias con calidad de cosa juzgada.

2.1. Verosimilitud y probabilidad

Sin perjuicio de la descripción señalada por BARONA, otros autores²⁴² se han dedicado a estudiar las diferencias existentes entre verosimilitud y probabilidad. En ese sentido, la verosimilitud debe entenderse por aquello que normalmente acontece y la probabilidad como el grado de verdad de una alegación de hecho²⁴³.

²³⁸ Denominación que utilizada por la Ley de Enjuiciamiento Civil española para este presupuesto.

²³⁹ BARONA VILAR, S., *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil: Una necesidad ineludible*, cit., pág. 113.

²⁴⁰ Decimos relativamente, por cuanto si bien en principio los títulos ejecutivos gozan de certeza sobre el derecho que contienen y de la poca probabilidad de que exista contradicción en cuanto a ellos, el demandado siempre tendrá la oportunidad de formular oposición mediante el catálogo de excepciones descritas en el artículo 381-II del Código Procesal Civil. De lo que se infiere la posibilidad de que ante tal eventualidad el título, finalmente, no sea cierto.

²⁴¹ De ahí que no se incluya a la verosimilitud del derecho como presupuesto del embargo ejecutivo.

²⁴² Así por ejemplo, CALAMANDREI (En: CALAMANDREI, P., *Providencias cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1984, pág. 77 y ss.), TARUFFO (En: TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milán, 1992, pág. 36 y ss.), CAVANI [En: CAVANI, R., «Verosimilitud, probabilidad: ¿Da lo mismo? Un diálogo con Piero Calamandrei, Michelle Taruffo, Daisson Fach y Daniel Mitidiero». En: *Direito probatório* (FÉLIX JOBIM, M. y SANTOS FERREIRA, W. coords.), Jus Podivm, Salvador, 2015, págs. 807-825] y, más recientemente GIANNINI (En: GIANNINI, L., «Verosimilitud, apariencia y probabilidad. Los estándares atenuados de prueba en el ámbito de las medidas cautelares», *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P.*, núm. 43, 2013, págs. 260-266).

²⁴³ CAVANI, R., «Verosimilitud, probabilidad: ¿Da lo mismo? Un diálogo con Piero Calamandrei, Michelle Taruffo, Daisson Fach y Daniel Mitidiero», cit., págs. 807-825. En la misma línea, MARINO señala que *...el parámetro por medio del cual juzgamos la verosimilitud de una aserción es la concordancia que ella tiene con la forma en que general y frecuentemente ocurren las cosas en el mundo o cómo las personas se comportan en condiciones*

De acuerdo con lo anterior, consideramos que la denominación de “verosimilitud” es aquella que se ajusta más al alcance que a *priori* tienen las medidas cautelares, pues si bien se trata de alguna situación que “normalmente acontece” solamente se trata de un juicio previo que nada tiene que ver con su probabilidad y mucho menos con su existencia²⁴⁴. De ello se encargará el proceso principal y la sentencia que en él se dicte, por lo que pretender algo más que esa verosimilitud rebasa la finalidad que persigue el proceso cautelar, cuya situación jurídica objeto de tutela sigue discutida hasta la resolución definitiva.

Así, existe la necesidad de introducir a la probabilidad como un nuevo presupuesto de la tutela cautelar, aunque sin prescindir de la verosimilitud²⁴⁵, y cambiar el enfoque que a esta última le otorgan tanto el Código Procesal Civil como la amplia doctrina en la materia. Al respecto, si bien la verosimilitud ya no cumpliría con ese juicio de “probabilidad”, por no corresponderle en absoluto, constituye un presupuesto importante para determinar la idoneidad de la medida que se solicite, por cuanto el documento reflejará la relación jurídica en él manifestada permitiendo a la autoridad judicial deducir “lo que normalmente acontece” y, a partir de ello, la situación jurídica cautelable que no es otra que la del demandante.

La diferencia se manifiesta en el supuesto en el que el demandante solicite el embargo preventivo sobre la base de un documento público de venta de un bien inmueble con reserva de propiedad y, citado el demandado, este plantea la excepción *non adimpleti contractus* exigiendo que el demandante cumpla primero con el pago de la última cuota. Así las cosas, existirá probabilidad, por ser un documento público; verosimilitud, en cuanto a la naturaleza de las obligaciones y derechos que de tal relación surgen; más no habrá situación jurídica susceptible de cautela, por encontrarse pendiente el cumplimiento del actor.

ordinarias y de normalidad, y no con pruebas o evidencias que permitan corroborar —en mayor o menor grado— aquello sobre lo que el enunciado versa en el caso concreto. MARINO, T., «Qué es (y qué no es) la verosimilitud en el derecho», SJA, núm. 40, 2014. Cita online: AR/DOC/5778/2014.

²⁴⁴ Sin embargo, MARINO sostiene que ...la “verosimilitud en el derecho”, en tanto presupuesto para el dictado de medidas cautelares, no debe ser entendido como un juicio de apariencia (o verosimilitud, en sentido estricto) sino como un juicio de probabilidad sujeto a un estándar de prueba atenuado (*Íbid.*). Ello, si bien puede encontrar sustento en la necesaria acreditación documental de la verosimilitud del derecho, consideramos que supera el sentido estricto del término “verosimilitud”.

²⁴⁵ GIANNINI, sin embargo, va más allá al plantear la necesidad de reemplazar la verosimilitud del derecho por la probabilidad y grafica muy bien la diferencia existente entre éstos dos términos al señalar que *Es dable entonces situar a los conceptos de probabilidad y verosimilitud stricto sensu como categorías independientes, lo que permite sostener, por ejemplo, que puedan existir afirmaciones verosímiles no respaldadas por elemento de prueba alguno.* GIANNINI, L., «Verosimilitud, apariencia y probabilidad. Los estándares atenuados de prueba en el ámbito de las medidas cautelares», cit., pág. 263.

2.2. Verosimilitud del derecho y situación jurídica cautelable

La verosimilitud del derecho en el caso del embargo preventivo vendrá estrechamente determinada por la situación o el derecho que a través de él se pretende cautelar -la situación jurídica cautelable. Así, conforme señala el artículo 326-I del Código Procesal Civil, el embargo preventivo tendrá como objeto de cautela toda *obligación en dinero o en especie*, actuando en este último caso como una medida asegurativa por la eventual transmutación de la obligación a su equivalente pecuniario²⁴⁶.

¿Cuál es, entonces, la verosimilitud del derecho en las obligaciones en dinero o en especie? O, dicho de otro modo, ¿Qué es eso que “normalmente acontece” en este tipo de obligaciones y que sirve de fundamento para un embargo preventivo?. Al respecto, además de preguntarnos qué acontece ordinariamente en las obligaciones también habrá que determinar qué es lo que normalmente sucede ante su incumplimiento (por voluntad o imposibilidad)²⁴⁷ o su ineficacia (nulidad, anulabilidad, resolución y rescisión) lo cual, como es lógico, derivará en distintas pretensiones según sea el caso.

2.2.1. Pretensión ordinaria o monitoria

A tiempo de abordar aquellas pretensiones que normalmente requieren la traba de un embargo, es decir, que persiguen el pago de una suma de dinero cuando ésta no se encuentra contenida en un título ejecutivo, con suma líquida, en mora y cuya obligación sea unilateral; como es el caso de la pretensión de cumplimiento de contrato (cuando éste refiera a una obligación de pago, art. 568-I C.C.). Previamente habrá que determinar en qué casos el pago será tutelable por vía de proceso ordinario o, en cambio, por la vía monitoria establecida para los procesos ejecutivos, pues a su vez tal situación determinará si estamos ante un embargo preventivo o, en su caso, ejecutivo.

Dicha inquietud recae en la posibilidad que genera el cumplimiento de pago de una suma de dinero, pues en la práctica muchas veces convendrá inclinarse por una de las vías, sea la ordinaria o la monitoria, dependiendo de las ventajas que, para la pretensión concreta, ofrezca

²⁴⁶ Así se deja entrever de lo regulado por los artículos 429-II, 430-I y 431 del Código Procesal Civil, los cuales trasladan el contenido de las obligaciones de dar, hacer y no hacer al valor de los bienes, los daños y perjuicios, y las sanciones, en caso de incumplimiento.

²⁴⁷ Pese a que en el caso concreto del incumplimiento la ley prevé los efectos de éste. En ese sentido, si el incumplimiento es imputable al deudor surtirán los efectos restitutorios y resarcitorios correspondientes, y si dicho incumplimiento no es imputable al deudor únicamente deberá restituir aquello que ha recibido como consecuencia del contrato, sin responder por el daño aunque objetivamente se hubiese producido.

cada una de ellas. Un ejemplo de lo aquí expuesto es la pretensión de pago de una obligación resultante de un contrato de anticresis²⁴⁸, pues en la práctica no son pocos los jueces que rechazan esta pretensión por la vía del proceso ejecutivo (de tramitación monitoria) fundando su decisión en que éste es un contrato de tipo bilateral, sinalagmático y que requiere previamente determinar el cumplimiento de la obligación por parte de quien pretende el pago, hechos todos que solamente pueden ser dilucidados en un proceso ordinario.

Por el contrario, otros jueces admiten la pretensión por la vía del proceso ejecutivo basando su decisión en los únicos presupuestos que exige la ley para estos casos: suma líquida y exigible que surja de un título ejecutivo²⁴⁹. Ciertamente, un contrato de anticresis se celebra mediante documento público²⁵⁰, contiene suma líquida, que no es otra que el capital pues los intereses se imputan al uso del bien y, siempre que se haya constituido en mora al anticresista, también será exigible.

Sin embargo, dependiendo de la complejidad de la pretensión o del documento que le sirve de base, muchas veces resulta más conveniente plantear la pretensión por medio del proceso ordinario, por cuanto éste ofrece mayor cognición y, por tanto mayores posibilidades de diligenciar medios probatorios, introducir pretensiones múltiples, si acaso el pago no es la única pretensión o éste depende de una pretensión principal, así como la posibilidad de suspender el proceso en caso de que la sentencia sea desfavorable para el demandante.

Por su parte, el proceso ejecutivo ofrece una solución efectiva, con una cognición sumaria y, por lo tanto, de mayor rapidez, para aquellos créditos que cumplen con todos los presupuestos señalados por la ley. Sin embargo, también puede significar una demora en el

²⁴⁸ Sin perjuicio de que, en su naturaleza, más propiamente se trata de una restitución. Entendiéndose de esta manera y no de un pago de suma de dinero, únicamente se abre la vía del proceso ordinario por cuanto supone el previo cumplimiento de una obligación sinalagmática, desde luego sujeta a comprobación.

²⁴⁹ El artículo 378 del C.P.C. señala: (*PROCEDENCIA*). *El proceso ejecutivo se promueve en virtud de alguno de los títulos referidos en el artículo siguiente, siempre que de ellos surja la obligación de pagar cantidad líquida y exigible.*

²⁵⁰ Por disposición del artículo 379 del C.P.C. son títulos ejecutivos: *1. Los documentos públicos, 2. Los documentos privados suscritos por la obligada u obligado o su representante voluntariamente reconocidos o dados por reconocidos por ante autoridad competente, o reconocidos voluntariamente ante notario de fe pública, 3. Los títulos, valores y documentos mercantiles que de acuerdo al Código de Comercio tuvieron fuerza ejecutiva, 4. Las cuentas aprobadas y reconocidas por resolución judicial ejecutoriada, 5. Los documentos de crédito por expensas comunes en edificios afectados al régimen de la propiedad horizontal, 6. Los documentos de crédito por arrendamiento de bienes, 7. La confesión de deuda líquida y exigible ante la autoridad judicial competente para conocer en la ejecución, 8. La transacción no aprobada judicialmente, que conste en escritura pública o documento privado reconocido, 9. En todos los casos en que la Ley confiera al acreedor, el derecho de promover proceso ejecutivo.*

tiempo tomando en cuenta que este proceso, amén de obtener una sentencia favorable, admite la oposición del deudor y la posibilidad de ser revisado en la vía ordinaria²⁵¹, implicando un alargamiento del proceso si la complejidad de la pretensión rebasase los alcances de la técnica monitoria.

Pese a lo expuesto, tampoco la extensión de la cognición parece ser el elemento que diferencie a los procesos ordinarios y ejecutivos pues, además de estos últimos, el proceso monitorio admite otras pretensiones cuya naturaleza supone la existencia de obligaciones sinalagmáticas y, por lo tanto, complejas y sujetas a comprobación judicial²⁵². Al respecto, el artículo 376 del Código Procesal Civil establece que el proceso de estructura monitoria procederá también para la entrega del bien, entrega de herencia, resolución de contrato por incumplimiento de la obligación de pago y desalojo en régimen de libre contratación.

Así, más que por la naturaleza de las pretensiones, consideramos que el proceso monitorio responde a un criterio de política legislativa, pues es el legislador quien ha determinado qué tipo de obligaciones gozan de mayor certeza y deben beneficiarse de la sumariedad que otorga la vía monitoria. En ese sentido, tratándose de las obligaciones de pago y con la finalidad de determinar la verosimilitud del derecho en cada una de ellas, distinguiremos si admiten el embargo preventivo de acuerdo con la tutela contemplada para éstas por el Código Procesal Civil.

En cuanto al cumplimiento de contrato, regulado por el artículo 568 del Código Civil, la norma establece que *En los contratos con prestaciones recíprocas cuando una de las partes incumple por su voluntad la obligación, la parte que ha cumplido puede pedir judicialmente el cumplimiento o la resolución del contrato, más el resarcimiento del daño; o también puede pedir sólo el cumplimiento dentro de un plazo razonable que fijará el juez, y no haciéndose efectiva la prestación dentro de ese plazo quedará resuelto el contrato, sin perjuicio, en todo caso, de resarcir el daño*. Del precepto en análisis se infiere que la pretensión de cumplimiento

²⁵¹ El art. 386-I del Código Procesal Civil señala que *Lo resuelto en el proceso ejecutivo podrá ser modificado en proceso ordinario posterior, siempre que la acción tenga por objeto el derecho material y de ninguna manera el procedimiento del proceso ejecutivo*.

²⁵² El artículo 390 del C.P.C. incluso va más allá al determinar los criterios sujetos a la cognición del proceso monitorio al señalar: *...la parte actora acreditará, mediante documento reconocido ante autoridad competente, o dado por reconocido, o voluntariamente reconocido ante notario de fe pública, el contrato cuya resolución se demanda por incumplimiento, así como, en su caso, el cumplimiento de la obligación que le es propia*.

supone la existencia de un contrato sinalagmático y del cumplimiento previo de la prestación por parte de quien pretende, a su vez, el cumplimiento del demandado.

En ese sentido, tratándose del cumplimiento de pago en las obligaciones pecuniarias, la verosimilitud del derecho supondrá los requisitos arriba mencionados. Por ejemplo, tomando el caso del contrato de venta, la verosimilitud del derecho vendrá determinada por el cumplimiento de la entrega del bien por parte del vendedor y el incumplimiento del comprador de pagar el precio, resultantes de un documento²⁵³, de tal manera que el cumplimiento puede ser exigido judicialmente por el vendedor, cuyo derecho deberá ser tutelado por el embargo, por ser esta la medida idónea a la situación que se propone.

2.2.2. Pretensiones retroactivas, reintegrativas y resarcitorias

Además de las pretensiones analizadas en el apartado anterior, otra igualmente cautelable a través del embargo preventivo es la resolución del contrato por incumplimiento (claro está, cuando la prestación insatisfecha sea de contenido pecuniario). Respecto a los efectos que operan por la resolución de un contrato, el Tribunal Supremo de Justicia ha entendido lo siguiente: *Al aplicarse o determinarse la resolución del contrato, ésta causa también tres efectos, el retroactivo, reintegrativo y resarcitorio, en el primero, sus efectos se operan retroactivamente, por lo que las partes que han quedado desvinculadas deben restituirse recíprocamente todo lo que hubieran recibido con motivo del contrato resuelto; la segunda, el efecto reintegrativo cobra vitalidad cuando ha existido entre las partes un comienzo de ejecución del contrato del cumplimiento unilateral o el intercambio de prestaciones. Si el obligado a restituir es quien ha dado lugar a la resolución, debe ser tratado como poseedor de mala fe, por tal razón, si la cosa se ha destruido o deteriorado, aunque sea por caso fortuito, el deudor está obligado a la reparación. Finalmente se encuentra el efecto resarcitorio, en la cual, la resolución declarada impone al responsable la reparación del daño ocasionado en lo que corresponde a la pérdida sufrida (daño emergente) y a la pérdida de la ganancia (lucro cesante).* (A.S. Nro. 102/2014 de 26 de marzo)²⁵⁴.

²⁵³ La verosimilitud del derecho, así como del peligro en la demora, se encuentra limitada a la prueba documental por expresa disposición del artículo 311-III del Código Procesal Civil.

²⁵⁴ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 102/2014 de 26 de marzo de 2014. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=5674>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

Los tres efectos descritos en la jurisprudencia citada refuerzan la necesidad de obtener un embargo preventivo ante la resolución por incumplimiento de pago, pues la eventual sentencia estimatoria que se dicte será de condena. De acuerdo con ello, por el efecto retroactivo el demandado deberá restituir el dinero que hubiera recibido; y por el efecto resarcitorio, responderá por el daño que su incumplimiento hubiese ocasionado, denotándose en ambos casos el contenido económico de la pretensión.

De igual manera, constituyen pretensiones con efecto retroactivo la resolución de contrato por imposibilidad sobrevenida (577-I C.C.) y la resolución de los contratos de venta con reserva de propiedad (585-III C.C.). En cuanto a la primera, únicamente opera el efecto retroactivo por constituir una causal de resolución no imputable al deudor, por que estará obligado a restituir lo que hubiese recibido con motivo del comienzo de la ejecución del contrato.

Por su parte, en la resolución de los contratos de venta con reserva de propiedad, además de operar el efecto retroactivo también será aplicable un efecto compensatorio, diferente, al efecto resarcitorio que caracteriza a esta forma de extinción de los contratos. Al respecto, el artículo 585-III del Código Civil establece que *Cuando se resuelve el contrato por incumplimiento del comprador, el vendedor debe restituir las cuotas recibidas pero tiene derecho a una compensación equitativa por el uso de la cosa, más el resarcimiento del daño. Cuando se haya convenido en que las cuotas queden a beneficio del vendedor como indemnización, el juez, según las circunstancias, puede reducir la indemnización.*

En el referido apartado, el precepto en análisis contempla la posibilidad de que haya existido un principio de ejecución o cumplimiento parcial de la prestación por parte del comprador. En ese sentido, si bien se dispone la restitución de las cuotas recibidas, también opera el derecho del vendedor de retener parte del dinero recibido por el comprador en calidad de indemnización.

Ese derecho, no obstante surge como reparación por el daño ocasionado al vendedor, más bien constituye una extinción de la obligación por compensación. Ello se sustenta en el hecho de que la sentencia que resuelve un contrato en el que ha existido un cumplimiento parcial del vendedor genera obligaciones para ambas partes haciéndolas pasibles de neutralizarse mutuamente.

Así, el vendedor tendrá la obligación de restituir las cuotas pagadas por el comprador y, a su vez, éste estará obligado a indemnizar al vendedor por el uso de la cosa y el perjuicio que le haya ocasionado su incumplimiento. Ambas prestaciones se enmarcan en la extinción por compensación regulada por el artículo 364 del Código Civil, pues contienen todos los presupuestos inherentes a la misma: identidad de sujetos, reciprocidad (ambos son acreedores y deudores), fungibilidad, liquidez y exigibilidad.

La importancia del efecto compensatorio de la resolución en este tipo de contratos para el embargo preventivo recae en la consecuencia que el mismo tendrá para el alcance cuantitativo de la medida y el derecho que finalmente será tutelado. Por ejemplo, si el cumplimiento parcial del vendedor hubiese ascendido a la suma de diez mil dólares y la compensación a favor del vendedor por el uso del bien estuviese liquidada en cinco mil dólares, el alcance cuantitativo del embargo será de los restantes cinco mil dólares y el derecho objeto de la cautela será la restitución, correspondiendo finalmente al comprador solicitar la medida cautelar aun cuando el demandante en el proceso principal sea el vendedor.

Ahora bien, analizando el caso de la anticresis como situación cautelable por el embargo preventivo, ésta puede ser el objeto de las pretensiones de cumplimiento de contrato o de resolución por incumplimiento más el resarcimiento del daño. Atendiendo a estas consideraciones, en la primera se perseguirá el pago de una suma de dinero y, en la segunda, la restitución de lo pagado y el resarcimiento del daño.

Respecto a la persecución del pago sobre la base de un contrato de anticresis, el Tribunal Supremo de Justicia ha interpretado la naturaleza de su contenido al señalar que *...la anticresis es una garantía del pago de una obligación (deuda), creada e instituida por ley, que sigue la suerte de la primera, por lo que extinguida la obligación, se extinguirá la garantía del préstamo de dinero, entonces, se entiende que la obligación principal es la deuda, y la garantía de dicha acreencia resulta siendo la anticresis accesoria, por encontrarse como se dijo supeditada al cumplimiento total de la obligación principal que se extinguirá cuando se haya pagado el capital mutado a partir del cumplimiento del plazo convenido por las partes, plazo, que no puede ser superior al previsto por nuestro ordenamiento jurídico, como ocurre en los contratos de arrendamiento sin determinación de tiempo, de ahí que podemos afirmar que es un contrato*

unilateral, similar al préstamo de dinero, pero, con garantía anticrética. (A.S. Nro. 506/2015 – L de 3 de julio)²⁵⁵

De la jurisprudencia glosada se desprende que en aquellos contratos de anticresis cuyo plazo se encuentre vencido, la pretensión del anticresista siempre será el pago y no así la restitución de la suma de dinero por parte del propietario del bien inmueble. De otra manera, si la pretensión fuese la restitución y no el pago, ésta se entendería sustentada en el hecho de que el propietario ya ha cumplido con su prestación al entregar el bien inmueble. Sin embargo, de acuerdo con el criterio del Tribunal Supremo, la entrega del bien formaría parte de la anticresis por lo que el cumplimiento de ésta, al ser accesoria a la obligación principal, es indiferente al contenido económico de la misma, que siempre será el pago.

En ese sentido, el embargo adquiere especial relevancia por expresa disposición del artículo 1433 del Código Civil, el cual dispone que *El acreedor no pagado puede con intervención judicial y en la forma y con los requisitos previstos por el Código de Procedimiento Civil, sacar a pública subasta el inmueble dado en anticresis.* Según la norma en estudio, el embargo estará fundado en la garantía específica y singular, diferente al derecho de garantía general de los acreedores, según la cual el objeto de éste será el bien garantizado, en los límites del capital sobre el cual recae el derecho de crédito²⁵⁶.

2.2.3. Enriquecimiento ilegítimo: ¿pretensión resarcitoria o restitutoria?

Si bien la restitución es una consecuencia del efecto retroactivo de la resolución de los contratos, suponiéndose esta última como la pretensión principal, también dicha restitución puede interponerse como una pretensión principal. Es el caso del enriquecimiento ilegítimo (art. 961 C.C.), la rescisión (560-II C.C.) y la repetición, esta última concedida en diferentes supuestos, como pueden ser: a favor del fiador que ha pagado la deuda contra los demás cofiadores (art. 938 C.C.) o del fiador contra el deudor principal (art. 933 C.C.), a favor del deudor mancomunado contra los otros deudores (art. 440 C.C.), en el pago de lo indebido (art. 963 C.C.), contra el acreedor aparente que ha recibido el pago (art. 298 C.C.) y del heredero que ha pagado las deudas de la herencia contra los demás coherederos (art. 1267 C.C.).

²⁵⁵ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 506/2015 – L de 3 de julio de 2015. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=10389>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

²⁵⁶ La anticresis encuentra su naturaleza en la imputación de los intereses al uso de la cosa. En ese sentido, el alcance cuantitativo del embargo será únicamente el capital.

La primera de las pretensiones que va dirigida a la restitución, el enriquecimiento ilegítimo, plantea problemas en cuanto a su configuración en el Código Civil donde, amén de no señalar una acción concreta, le otorga una naturaleza resarcitoria y no restitutoria. Al respecto, la propia naturaleza de este hecho jurídico, así como su construcción por la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia hispanoamericana ha concebido al enriquecimiento ilegítimo o sin causa como una pretensión esencialmente restitutoria²⁵⁷, pues a través de ella se obliga a restituir los enriquecimientos adquiridos de forma injusta o sin causa que lo justifique, a favor de quien ha sufrido el empobrecimiento²⁵⁸.

Sobre la naturaleza del enriquecimiento ilegítimo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España ha remarcado las diferencias existentes entre éste y la pretensión aquiliana o indemnizatoria, al señalar que *...en copiosas sentencias que afirman que la acción de restitución por enriquecimiento torticero tiene sustantividad propia frente a la originada por la culpa aquiliana, la cual, sobre requerir (lo que ahora no importa) la ilicitud de la conducta del agente del daño contrariamente al enriquecimiento para el que se basta el desplazamiento patrimonial indebido que puede producirse con ignorancia y hasta con buena fe, por otra parte, supone siempre en el demandado un incremento de patrimonio que no es indispensable en el supuesto de la aquiliana; rigiéndose la indemnización por diferentes patrones, pues, si la acción de enriquecimiento tiene por ámbito el efectivamente obtenido por el deudor, sin que pueda excederlo, tiene también otro límite infranqueable igualmente y que recuerda acertadamente la Audiencia para fundamentar su fallo, que es el constituido por el correlativo empobrecimiento del actor, de suerte que, aun cuando el demandado se haya enriquecido sin causa, no podrá aquél reclamar, sino hasta el límite de su propio empobrecimiento; hallándose además sujetas a diferentes plazos de prescripción por estarlo la aquiliana al anulo del art. 1968... (STS de 5 de octubre de 1985)*²⁵⁹.

Contraria a la naturaleza señalada por el Código Civil boliviano para el enriquecimiento ilegítimo, la línea sentada por el Tribunal Supremo español ha interpretado adecuadamente la

²⁵⁷ Sin embargo, el Código Civil y Comercial de la Nación argentino regula en su artículo 1794 el enriquecimiento sin causa como una acción tanto resarcitoria como restitutoria. Al respecto, señala: *Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda.*

²⁵⁸ El elemento esencial del enriquecimiento ilegítimo lo constituye el incremento del patrimonio del deudor, en desmedro del patrimonio del acreedor.

²⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1985. RJ 1985/4840.

finalidad que tiene la acción. Así, entendiendo que el enriquecimiento origina un empobrecimiento en el patrimonio del acreedor, la pretensión debe estar dirigida a la restitución de aquello que se ha obtenido injustamente, hasta que las cosas queden en un estado anterior a dicho enriquecimiento.

De acuerdo con lo expuesto, el propio Código Civil regula los efectos del enriquecimiento cuando éste emana de otras pretensiones, por lo que no existiría justificación para desnaturalizar el enriquecimiento ilegítimo del artículo 961 de la citada norma. Por ejemplo, en su artículo 547-1) establece bajo el nombre de “efectos de la nulidad y anulabilidad declaradas” que, *Las obligaciones incumplidas se extinguen; pero si el contrato ya ha sido cumplido total o parcialmente, las partes deben restituirse mutuamente lo que hubieran recibido. Sin embargo, si el contrato es anulado por incapacidad de una de las partes, ésta no queda obligada a restituir lo recibido más que en la medida de su enriquecimiento.*

Por otro lado, tal como señala la jurisprudencia española citada anteriormente, otro de los elementos diferenciadores entre ambas acciones, enriquecimiento e indemnizatoria, recae en el plazo de la prescripción que opera para cada una de ellas. Esta situación se manifiesta en la aplicación de la prescripción común regulada por el artículo 1507 del Código Civil para el enriquecimiento ilegítimo, por no serle aplicable un plazo específico, y aquella prescripción trienal expresamente establecida por el artículo 1508-I para el resarcimiento del daño.

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú ha dejado sentadas las diferencias al sostener que *...en la acción destinada a resarcir los daños y perjuicios se considerará por sobre todas las cosas, la situación patrimonial del acreedor que se ha visto disminuida en el monto del daño sufrido en concordancia con los elementos del daño resarcible que informa el artículo 1985 del Código Civil, esto es, daño emergente, lucro cesante, daño a la persona y daño moral. Sin embargo, en la obligación derivada del enriquecimiento sin causa, lo que se toma en cuenta es a la inversa, la situación del deudor de la obligación, esto es, del enriquecido (demandado), quien es precisamente a quien se le demanda la restitución del provecho que ha obtenido a efectos de determinar en que cantidad se ha enriquecido. (Casación Nro. 1995-2009)²⁶⁰.*

²⁶⁰ Sentencia de Casación Nro. 1995-2009 del 17 de diciembre de 2009, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

La citada jurisprudencia, enfoca la diferencia entre el enriquecimiento sin causa y el resarcimiento del daño en los sujetos que participan en una y otra. En efecto, el resarcimiento estará dirigido al deudor que, por medio de sus actos o negligencia culpable, ha disminuido el patrimonio del acreedor, siendo irrelevante su propio patrimonio; en cambio, para la acción de enriquecimiento se tiene en cuenta la situación de ambos patrimonios, del deudor y del acreedor, habiéndose incrementado el uno en detrimento del otro, siendo irrelevante la culpa.

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia boliviano deja entrever los presupuestos del enriquecimiento ilegítimo aunque evitando ahondar en su naturaleza: *...si bien es cierto que el art. 961 del mismo cuerpo legal -aplicado por el ad quem- norma el enriquecimiento sin causa, entendido éste como el desplazamiento de valor de un patrimonio a otro, con empobrecimiento del primero y enriquecimiento del segundo, sin que ello esté justificado por una operación jurídica o por la ley...* (A.S. Nro. 189/2000 de 24 de agosto)²⁶¹. Por su parte, en la doctrina nacional LUNA YÁÑEZ ha llenado la carencia existente en cuanto a la naturaleza jurídica del enriquecimiento, al señalar que el titular de la “acción in rem verso” *...es la persona que ha resultado empobrecida por el desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro. El deudor de la obligación de restituir, es la persona beneficiaria del enriquecimiento habido sin justa causa con respecto al empobrecido*²⁶².

En relación con la subsidiariedad de la acción, el artículo 962 del Código Civil señala que la acción de enriquecimiento no es admisible cuando el perjudicado puede ejercer otra acción para obtener la indemnización por el perjuicio que ha sufrido. Al respecto, consideramos que deben tenerse en cuenta dos posiciones:

1. Bajo la naturaleza incorrectamente otorgada por el Código Civil para la acción de enriquecimiento ilegítimo, ésta nunca será admisible por cuanto la acción idónea siempre será la del resarcimiento del daño por ser ésta la que persigue la indemnización.
2. Si se interpreta adecuadamente que la naturaleza de la acción de enriquecimiento ilegítimo es restitutoria, ésta siempre será subsidiaria a aquellas pretensiones cuyos efectos se traduzcan, de alguna manera, en la restitución de lo recibido.

²⁶¹ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 189/2000 de 24 de agosto de 2000. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=101388>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

²⁶² LUNA YÁÑEZ, E., *Obligaciones. Curso de Derecho Civil*, Librería Editorial “Temis”, La Paz, 2009, pág. 226.

Inclinándonos por la segunda posición, por ser la más acorde con la naturaleza de esta acción, habrá que determinar cuáles son esas pretensiones que, frente a la acción de enriquecimiento, son principales o preferidas. Sobre este punto resulta ilustrativo el análisis de MOURA VICENTE, quien manifiesta que *En Alemania, por ejemplo, la restitución del enriquecimiento sin causa permite mitigar, en los casos de enriquecimiento proveniente de una prestación (“Leistungskondiktion”), las consecuencias más nocivas del principio de la abstracción de los negocios dispositivos. En virtud de éste, la entrega de una mercancía transfiere la propiedad aunque el contrato sea inválido; pero a través de la restitución del enriquecimiento sin causa se permite la recuperación del bien entregado. En cambio, en países como España, Francia, Italia y Portugal, cuyos sistemas jurídicos no acogen, como regla general, el sistema de la abstracción de los contratos de disposición, dichas situaciones se resuelven por vía de la nulidad, anulación o resolución del contrato.*

De acuerdo con al autor citado y, como ya apuntábamos en los efectos que se derivan de la resolución de los contratos, la nulidad, la anulabilidad, la rescisión y, claro está, la resolución de los contratos comporta con su declaración siempre un efecto restitutorio. Así lo señala el artículo 547 del Código Civil respecto a los efectos de la nulidad y la anulabilidad declaradas, aplicable por analogía²⁶³ a la rescisión de los contratos, y el artículo 574 del Código civil en cuanto a la resolución.

En definitiva, para apreciar la verosimilitud del derecho en el embargo que tiene por causa un enriquecimiento ilegítimo, previamente la autoridad judicial estimará indiciariamente por prueba documental²⁶⁴ los siguientes elementos: la inexistencia de otra pretensión que excluya a la de enriquecimiento, la ausencia de causa justa o justificada del incremento del patrimonio del demandado y, por último, el empobrecimiento del actor. Asimismo, en cuanto a la delimitación del alcance cuantitativo del embargo, contrariamente a lo señalado por el Código Civil, éste se encontrará determinado por lo injustamente transferido al patrimonio del

²⁶³ Los presupuestos de la rescisión, el estado de peligro y la lesión, en realidad constituyen vicios del consentimiento, y éste a su vez es causal de anulabilidad de los contratos por disposición del artículo 554-4) del Código Civil. Por su parte, el tratamiento que los Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos le dan al estado de peligro y a la lesión (denominada excesiva desproporción en los principios) es el de adaptación del contrato o, en su defecto, nulidad.

²⁶⁴ Por principio, la verosimilitud del derecho siempre deberá ser acreditada documentalmente por expresa disposición del artículo 311-III del Código Procesal Civil, solución que nos parece acertada por parte del codificador atendiendo a los perjuicios que el embargo puede irrogar al demandado.

demandado y no por los daños que éste traslado haya generado, salvo que se acumule accesoriamente²⁶⁵ la pretensión de resarcimiento del daño.

3. PELIGRO EN LA DEMORA

En principio, el peligro en la demora representa el carácter urgente de la tutela cautelar. No obstante, la alusión a la demora refiere al ámbito temporal que puede frustrar el derecho mientras éste permanezca discutido en el proceso²⁶⁶. De acuerdo con esto, el peligro puede deberse a diferentes situaciones:

1. La posición ventajosa del demandado respecto al objeto directo de la pretensión
2. Las situaciones de hecho y de derecho que el demandado pueda realizar sobre el objeto de la pretensión, debido a su situación de poder
3. La naturaleza de los bienes, siempre que éstos puedan sufrir un menoscabo o desvalorización, por su uso o por el tiempo

A pesar de los supuestos señalados, no cabe duda de que el peligro en la demora hace referencia principalmente al tiempo que durará el proceso. Al respecto, ALVARADO VELLOSO sostiene que *Desde siempre se ha vinculado al otorgamiento de cautelas con el peligro que entraña la necesaria demora que existirá entre el momento de entablar la demanda y el de la ejecución de la sentencia que recaiga sobre ella, largo período durante el cual el demandado, por ejemplo, puede generar su insolvencia: a raíz de ello, es altamente probable que el mandato final del juez termine siendo inoperante y el proceso haya sido en vano*²⁶⁷.

Situaciones tales como la insolvencia, la simulación de contratos, el alzamiento o la destrucción de los bienes, son sólo algunas que el demandado, abusando siempre de su situación

²⁶⁵ El A.S. Nro. 642/2013 de 4 de diciembre ha señalado que *La acumulación accesoriosa o eventual impropia, llamada también sucesiva o consecencial, en la cual concurren una pretensión principal, y el acogimiento de las otras pretensiones está supeditado o condicionado al acogimiento de la principal*. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil liquidadora). Auto Supremo Nro. 642/2013 de 4 de diciembre de 2013. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-III/2013/as201321642L.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

²⁶⁶ Al respecto, MOLINARI añade que *Se requiere que sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión. En este riesgo reside el interés procesal que respalda a toda pretensión cautelar y debe, consecuentemente, responder a una objetiva posibilidad de frustración, o estado de peligro de ese derecho invocado*. MOLINARI, C.I., «El juzgador y la cautela judicial», SJA, núm. 18, 2015. Cita online: AR/DOC/5078/2015.

²⁶⁷ ALVARADO VELLOSO, A., «El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión». En: *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal* [En línea]. Disponible en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/35adolfo-alvarado-velloso.pdf>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

de poder sobre el objeto cautelable, puede realizar con la ventaja que el tiempo le otorga y que necesariamente debe transcurrir entre la demanda y la sentencia del proceso principal. En ese sentido, pese a los esfuerzos del codificador por dotarle al proceso de mayor celeridad, acortando plazos y utilizando como corolario el principio de concentración, es inevitable que entre los actos de proposición (demanda, contestación, excepciones, reconvención y la contestación a esta última) y la celebración de la audiencia pase un tiempo considerable, amén de la audiencia de conciliación previa, obligatoria en los procesos ordinarios.

A diferencia del otro presupuesto señalado por la legislación procesal, la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora no es un requisito propio de la tutela cautelar sino, en general, de la tutela de urgencia. En relación con ella, PEYRANO sintetiza la diferencia entre esta clase de tutela y la tutela cautelar al afirmar que *todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar*²⁶⁸.

Así las cosas, el ámbito de lo urgente va más allá de lo cautelar pues además de este abarca también la tutela provisional, la tutela anticipada y la tutela autosatisfactiva. En todas, el peligro en la demora resulta un presupuesto necesario por cuanto la correspondencia peligro-urgencia es inevitable.

En lo que al embargo se refiere, la naturaleza económica de la medida indica que el peligro en la demora tendrá como elemento directo de justificación la probable insolvencia del demandado. No obstante, debido a que el término “peligro en la demora” implica una descripción demasiado genérica, por lo que tratándose de una medida tan compleja como el embargo el codificador ha previsto una serie de supuestos que se desprenden de tal peligro y que obedecen a situaciones concretas.

3.1. Deudor con domicilio en el extranjero

Consideramos que el hecho de que el deudor tenga su domicilio en el extranjero debe ser entendido a partir del peligro que reviste las facilidades que éste tiene de burlar sus obligaciones contraídas en el territorio del Estado boliviano. Otra justificación no nos parece admisible, pues la naturaleza cautelar del embargo preventivo hace viable que pueda pretenderse, aunque sin éxito, la aplicación análoga de disposiciones inherentes a medidas de

²⁶⁸ PEYRANO, J., «Lo urgente y lo cautelar», *Ius et veritas*, núm. 10, 1995, págs. 129-132.

igual naturaleza, aunque de diversa materia, como son aquellas medidas cautelares de carácter personal²⁶⁹.

La diferencia entre las medidas cautelares de carácter real y personal recae en el objeto sobre el cual será materializada la cautela. En las primeras, más comunes en el orden civil, aunque no exclusivas de éste, serán ordenadas sobre bienes que sean de titularidad del demandado o que garanticen su prestación, disponibles y embargables; en las segundas, la aplicación de la medida será directamente sobre la persona del demandado, resultando de ello su naturaleza corporal y esencialmente personal.

Por este motivo nos parece ilógico pretender que la sola ausencia de domicilio en el territorio del Estado implique un motivo suficiente para que exista peligro real sobre el objeto de la pretensión, pues bastará con determinar la ubicación de los bienes del demandado para practicar, sin necesidad de la intervención personal de este, el embargo preventivo. No obstante, y a riesgo de indagar más allá del espíritu de la norma, pasamos a analizar algunas consideraciones prácticas que justificarían la inexistencia de domicilio del demandado en territorio nacional como peligro para la efectividad de la sentencia.

Apegándonos a la casuística, pese a contar con instrumentos procesales previstos por el Código para la cooperación judicial internacional y la efectividad de las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero, los hechos han demostrado que en la práctica resultan de difícil tramitación, amén de ser muy costosos para el solicitante de la medida cautelar. Por ello, consideramos que esta manifestación del peligro en la demora se encuentra justificada, pues, atendiendo siempre a la naturaleza cautelar del embargo preventivo, resulta más eficiente considerar la ausencia del demandado un hecho notorio²⁷⁰ que pueda entorpecer el normal desarrollo del proceso y, en el peor de los casos, frustrar el derecho de crédito del demandante.

Otro supuesto que consideramos relevante para que la ausencia del demandado ponga en peligro la eficacia de la sentencia, lo constituye el caso de las personas jurídicas extranjeras. Al respecto, nos remitimos, concretamente, a la situación de aquellas sociedades comerciales

²⁶⁹ En medidas como la detención preventiva, el peligro de fuga o la facilidad para abandonar el país resulta determinante para su aplicación.

²⁷⁰ Entendiendo que los hechos notorios constituyen prueba por sí mismos y, no obstante, la ausencia del domicilio del demandado en territorio nacional se encuentra expresamente previsto como un presupuesto, consideramos que éste lleva implícito el peligro en la demora.

constituidas en el extranjero, cuyo capital y totalidad de su patrimonio no se encontraría en territorio nacional.

El artículo 414 del Código de Comercio establece que *La sociedad constituida en el extranjero que tenga en el país el objeto principal de su explotación comercial o industrial se reputa como sociedad local a los efectos de esa explotación, de su funcionamiento, control, fiscalización y liquidación de sus negocios en Bolivia...* El precepto nos parece más que interesante en cuanto al sentido y alcance que debe otorgársele a la última expresión referida a “liquidación de sus negocios” de la sociedad comercial extranjera.

Amén del rubro al que pertenezca la sociedad comercial, es evidente que ésta desenvuelve sus actividades a través de relaciones contractuales o situaciones jurídicas administrativas. En ese sentido, además de los bienes que conformen el patrimonio societario, dichas relaciones y situaciones, al tener igualmente un contenido patrimonial, son potencialmente embargables.

Es aquí donde la liquidación de las obligaciones a las que hace referencia el citado artículo 414 del Código de Comercio adquiere especial trascendencia, por cuanto, entendiendo que la sociedad extranjera desarrolla actividades en territorio nacional, dichas actividades inevitablemente quedarán plasmadas en el tráfico comercial a través de obligaciones contractuales. De acuerdo con esto, sin perjuicio de que la sociedad comercial tenga su domicilio principal en el extranjero, las obligaciones contraídas en el país serán liquidables conforme al ordenamiento jurídico interno, siendo totalmente factible su embargo sin que tal situación constituya un peligro real para el derecho de crédito de los acreedores.

Respecto a la patrimonialidad de las obligaciones contractuales y, por lo tanto, su posición como objeto de un embargo, LÓPEZ SÁNCHEZ señala que en ellas *...el bien jurídico embargado es la prestación, en tanto que jurídicamente exigible...* y añade más adelante que *Deberán excluirse del embargo aquellos bienes delimitados por relaciones jurídico obligatorias que tengan por objeto una prestación de hacer o de no hacer que satisfaga un interés estrictamente personal*²⁷¹. Cumplen con los caracteres de titularidad y patrimonialidad todas aquellas relaciones obligatorias que estén directamente relacionadas a la actividad

²⁷¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El embargo de la empresa*, Aranzadi, 1999, Cizur Menor (Navarra), pág. 109.

comercial e industrial de la empresa, siempre que en ellas la sociedad comercial ostente la posición de acreedor y, por lo tanto, tenga interés en su cumplimiento.

La naturaleza de las relaciones contractuales como objeto del embargo se encuentra enmarcada en el ámbito del embargo de créditos. En ese sentido, no obstante el domicilio de la sociedad se encuentre en el extranjero, los acreedores que hayan trabado embargo sobre los créditos de los que ésta sería titular en virtud de su actividad comercial o industrial, quedan por este hecho facultados para realizar las gestiones judiciales de cobro conforme a lo establecido por el artículo 413-II del Código Procesal Civil.

A pesar de la factibilidad del embargo de las relaciones contractuales de la sociedad extranjera, esto no siempre resulta de tal manera, siendo más conflictiva la situación de aquellas relaciones que se encuentren sujetas a plazo o condición. Así, conforme se analizó en el título correspondiente a este tipo de obligaciones, las mismas, pese a ser embargables, no facultan a los acreedores para realizar el cobro pues siempre se encuentran subordinadas al cumplimiento de un hecho futuro.

Como mucho, los acreedores podrían realizar los actos de conservación del patrimonio del deudor señalados en el artículo 1444 del Código Civil erróneamente denominados como “medidas precautorias”. En ese sentido, trabado el embargo sobre tales relaciones, al acreedor conservará el patrimonio de la sociedad comercial a la espera de que el plazo o la condición se cumplan.

¿Debe entenderse, entonces, que tales actos de conservación disipan el peligro generado por la ausencia del deudor? Para responder a esta cuestión, previamente habrá que determinar si las relaciones obligatorias contractuales pueden servir de fundamento para alguna de las medidas de conservación contempladas por el artículo 1444 del Código Civil.

Entendiendo que el embargo de créditos genera la subrogación judicial del acreedor-deudor, operando la sucesión a favor el acreedor embargante, éste, sobre la base de las relaciones contractuales embargadas, podrá conservar el patrimonio del deudor de la sociedad comercial que está siendo ejecutada. Así, conforme a una interpretación extensiva del artículo 413-II del Código Procesal Civil, dichas “gestiones judiciales de cobro” no sólo incluirían de forma directa la pretensión de pago, sino también a todas aquellas acciones tendientes a obtener el mismo o

cuya finalidad sea el cumplimiento de la obligación, sea mediante actos de conservación, medidas cautelares, provisionales, anticipativas y, por supuesto, la ejecución misma.

Otro contexto conflictivo del embargo trabado sobre relaciones contractuales lo constituyen las obligaciones sinalagmáticas. Al respecto, si bien *a priori* estas relaciones cumplen, desde la perspectiva del acreedor, los presupuestos de patrimonialidad, titularidad e interés en el cumplimiento; en cambio, desde la posición de la contraparte, el embargo de la relación contractual pondría a los acreedores en la posición de deudores de aquella prestación recíproca correspondiente a la sociedad comercial embargada.

Consideramos que el peligro persiste en cuanto al último supuesto analizado, pues es evidente que el acreedor embargante, motivado por el cumplimiento de su derecho de crédito, no puede, a su vez, asumir las obligaciones de su deudor, máxime si dichas obligaciones pertenecen al giro o actividad comercial o industrial de la sociedad embargada. En ese sentido, ¿cómo podría el acreedor cumplir dichas obligaciones? ¿tendría los medios, la logística o la capacidad de la sociedad comercial deudora que se halla obligada contractualmente con terceros? ¿y si el acreedor es una persona natural? Todas estas cuestiones desembocan en una sola respuesta: So pretexto de embargar las relaciones contractuales de la sociedad deudora, el acreedor no podría asumir los compromisos de ésta e irrogarse mayores perjuicios, estando, por tanto, aniquilado el último presupuesto: el interés en el cumplimiento.

De acuerdo con lo expuesto, supongamos, por ejemplo, que el acreedor que ha otorgado un préstamo de dinero a una sociedad comercial que se dedica a la venta y elaboración de comida rápida, cuyo domicilio se encuentra en Argentina, se ve afectado por la cesación de pagos de dicha sociedad. Vencido el plazo de pago y declarada la sociedad en mora, el acreedor logra embargar la relación contractual que ésta tiene con otra empresa, ambas en calidad de franquiciado y franquiciador, respectivamente.

Si bien el acreedor, por el sólo embargo, tendría el derecho a la explotación de la franquicia, es decir, la marca, el producto, la actividad, etc.; al tratarse de una relación contractual sinalagmática, también asumiría las obligaciones contractuales y extracontractuales respecto al franquiciador y a los consumidores, además de los efectos multilaterales que este tipo de contrato genera.

3.2. *Crédito que consta en un documento público y no tiene garantía suficiente*

Realizando una interpretación a contrario *sensu*, la existencia de garantía suficiente para el cumplimiento del crédito implicaría, a su vez, la inexistencia de peligro en la demora. Lo expresado sirve de fundamento para lo regulado por el artículo 1470 del Código Civil, que dispone que *El acreedor puede obtener el embargo y la venta forzosa de bienes pertenecientes al deudor según las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito.*

No obstante la garantía excluye por sí misma el peligro en la demora, también sirve como presupuesto para la obtención del embargo preventivo en razón al derecho de persecución establecido para dichas garantías. Ahora bien, sobre el significado y alcance del término “garantía”, corresponde analizar si ésta tiene siempre una naturaleza extraprocesal o si también obedece a una manifestación de la actividad judicial, naturalmente, por medio del proceso.

OSSORIO describe la garantía como: fianza, prenda, caución, obligación del garante, cosa dada en seguridad de algo o protección frente a cualquier peligro o riesgo²⁷². La primera de ellas, la fianza, a diferencia de los derechos reales de garantía como la prenda, es esencialmente personal. Así, el artículo 916-I del Código Civil señala que la fianza *es el contrato en el cual una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra.*

Se entiende que la sola existencia de la fianza no implica una novación subjetiva, pues únicamente opera a falta del cumplimiento del deudor principal, por lo que el fiador no se halla obligado sino en defecto de éste. Igual criterio sostiene CARRASCO PERERA quien señala que *«Cumplir por otro» significa entonces cumplir si no lo hace el otro, no cumplir además del otro, pues el cumplimiento por parte del fiador o del deudor extinguen frente al acreedor la obligación del otro codeudor. Existen, en consecuencia, dos obligaciones, surgidas de título diverso, siendo una de ellas refuerzo del cumplimiento de la otra, y sin que exista novación subjetiva. Las dos obligaciones no son acumulativas, por lo que el acreedor no tiene en la*

²⁷² OSSORIO, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 1974, pág. 434.

*obligación de refuerzo un interés de cumplimiento distinto o adicional al que tiene respecto de la obligación principal*²⁷³.

Por otra parte, si bien en principio la existencia de fianza no configuraría el peligro en la demora, atendiendo al carácter provisional y modificable del embargo, pese a haberse rechazado a *priori* el embargo por existencia de fianza, en lo posterior puede admitirse si ésta se ha extinguido por las causas que señala la ley. Ello, tiene sustento en dos aspectos: La provisionalidad de las medidas cautelares se aplica tanto a su admisión como a su rechazo, y, si la fianza puede ser extinguida, por este solo hecho ya se configuraría el presupuesto de inexistencia de garantía, siendo a partir de entonces viable el embargo.

Lo dicho es aplicable al supuesto en el que el acreedor cuyo crédito cuenta con fianza solicita el embargo preventivo y éste es rechazado por no carecer de garantía suficiente. No obstante, después de su rechazo, el acreedor decide extrajudicialmente prorrogar el plazo de cumplimiento para el deudor sin noticia del fiador, extinguiendo la fianza²⁷⁴ y colocando en una situación de peligro su crédito, si vencido el plazo el deudor nuevamente cae en mora.

En cuanto al alcance de la prenda como modalidad de garantía, consideramos que este presupuesto es aplicable, por extensión, a cualquier otro derecho real de garantía, por cuanto amén de la naturaleza de éstos, los preceptos que regulan concretamente la hipoteca y la anticresis contemplan el embargo como materialización del derecho de persecución. Así, el artículo 1360 del Código Civil se refiere a este último como el poder que tiene el acreedor de embargar la cosa o derecho en poder de cualquiera y el artículo 1433 señala que el acreedor no pagado podrá sacar a pública subasta el inmueble dado en anticresis, deduciéndose que el embargo precederá a la venta judicial.

La tercera de las acepciones propuesta por OSSORIO, la caución, aunque genéricamente garantía, forma parte de la tutela cautelar en cuanto a su especie. Así, debe entenderse la caución como aquella garantía que presta quien solicita una medida cautelar para responder por los daños

²⁷³ AA.VV., *Tratado de los Derechos de Garantía (Tomo I)*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009. BIB 2008/3130.

²⁷⁴ El artículo 942 del Código Civil establece que *Toda prórroga concedida por el acreedor al deudor principal, sin el expreso consentimiento del fiador, extingue la fianza.*

y perjuicios que ésta genere, cuando deviene en injusta o desproporcionada para quien tiene que soportar la medida.

En el terreno del embargo la caución no figuraría como presupuesto ni como condición o, a lo sumo, constituiría un presupuesto relativo y no siempre exigible. Así se infiere de lo establecido por el artículo 320 del Código Procesal Civil que en su primera parte establece: *Las medidas cautelares podrán ordenarse bajo responsabilidad de la parte solicitante, sin necesidad de dar caución.*

Entendemos que la responsabilidad a la que hace referencia el precepto citado es personal, en consecuencia, únicamente actuaría sobre el patrimonio del demandante cuando los daños y perjuicios sobre el demandado sean evidentes durante el desarrollo del proceso principal, o bien, al momento de dictarse la sentencia desestimatoria de la pretensión. No obstante, el alcance del artículo 320 se complementa en su parte *in fine* cuando a continuación señala que *La autoridad judicial deberá fundar su decisión en consideración a la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la posibilidad jurídica y la proporcionalidad de la medida.*

Del texto citado se desprende que, si bien la caución no es exigible para adoptar el embargo preventivo, tampoco existe prohibición expresa para ordenarla. Tal es así que en la última parte del artículo establece las condiciones en las que dicha caución, tanto si se exige como si se prescinde de ella, debe encontrarse fundamentada. En ese sentido, los parámetros para que la autoridad judicial tome una decisión respecto a la caución lo constituirán los presupuestos necesarios para obtener la tutela cautelar: la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora²⁷⁵.

De acuerdo con lo expuesto, la exigencia de caución es potestativa de la autoridad judicial, quien en todo caso deberá realizar un juicio de verosimilitud y de peligrosidad o perjuicio para ordenarla o, en definitiva, decretarla bajo la responsabilidad personal del

²⁷⁵ Respecto a la valoración de los presupuestos necesarios para acordar una medida cautelar SOSA plantea la “teoría de los vasos comunicantes”. En ese sentido, afirma que *...la demostración y medida de cualquiera de esos requisitos debe apreciarse teniendo a la vista la patencia y la magnitud de los restantes; así, si fuera muy importante la patencia y la magnitud de uno de ellos, podría bajarse el nivel de exigencia en cuanto a los otros dos.* SOSA, T.E., «La "teoría de los vasos comunicantes" y los requisitos de admisibilidad y fundabilidad de la pretensión cautelar», SJA, núm. 4, 2014. Cita online: AR/DOC/5687/2014.

demandante. En este último caso, la caución como “garantía suficiente” adquiere especial relevancia desde la perspectiva del demandado, pues si finalmente el embargo es levantado por carecer de fundamento, esto habilitará al demandado para exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios que la medida le hubiese ocasionado.

En el último supuesto, tanto por lógica como por disposición de la ley, la sola existencia de caución aniquilaría la posibilidad de que el demandado contra el que se ha desestimado la pretensión pueda solicitar un embargo ejecutivo, pues el crédito que ha nacido como consecuencia de la sentencia (la condena de responder por el daño) se encontraría suficientemente garantizado. Sin embargo, tal concepción no es absoluta, pues entendiendo que el valor de la caución responde a un cálculo previo que se encuentra sujeto a incremento por la duración del proceso, la cantidad embargada o los bienes que hayan sido afectados, dicha caución puede resultar insuficiente.

El supuesto en análisis incluye en su texto el término “garantía suficiente”, de lo que se infiere que no bastará con que el crédito se encuentre garantizado, sino que además dicha garantía deberá cubrir la totalidad de éste para que el peligro sea inexistente y, por lo tanto, el embargo carezca de objeto de protección. En ese sentido, no obstante, el crédito se encuentre garantizado por una fianza, caución o cualquier garantía real, si ésta no cubriese la totalidad del crédito siempre existirá el peligro, aunque parcial, pero peligro al fin.

Existen diferentes supuestos en los que la garantía cubre el crédito en forma parcial. El primero de ellos se refiere a la fianza, pues según el artículo 920-II del Código Civil es posible constituir la fianza por una parte del crédito. Tal situación de garantía parcial supone la inexistencia de garantía para aquella parte del crédito que no se encuentre respaldada por ella, siendo posible que sea complementada por medio del embargo preventivo siempre que la cantidad embargada no supere el valor total del crédito.

El caso de la caución no es ajeno a esta situación pues entendiendo que la misma resulta de una valoración preliminar de la autoridad judicial, no cabe duda que con el transcurso del tiempo tal cantidad puede llegar a superar el valor de la caución otorgada en su día. Elementos

como la magnitud del daño o los intereses que han continuado computándose condicionan el incremento de la suma enmarcándose, en consecuencia, en un supuesto de garantía insuficiente.

Ahora bien, ¿Por qué el crédito debe constar en un documento público o privado reconocido? La respuesta es simple: el documento público, conforme a lo establecido en los artículos 1289 y 1297 del Código Civil, constituye prueba plena y hace fe entre los otorgantes y sus sucesores, por lo que solamente si el documento tiene tal calidad la autoridad judicial podrá valorar la verosimilitud de su contenido.

De acuerdo con lo expuesto, la necesidad de que el crédito conste en documento público corresponde más al terreno de la verosimilitud que del peligro en la demora, aunque sin descartar totalmente de este último. En ese sentido, aplicando lo establecido en los citados artículos 1289 y 1297, que el crédito esté inserto en un documento público, determina en primer lugar, que éste y las obligaciones y derechos que de él emanan gocen de fehaciencia, permitiendo en consecuencia valorar el peligro que existe en caso de no tutelarse anticipadamente aquellos derechos que son, con probabilidad, verdaderos.

Así, la dinámica que plantea el documento público respecto al embargo preventivo se da de la siguiente manera: El documento público, por la fe de su contenido y el alcance respecto a los otorgantes, hará que los hechos introducidos en él gocen de probabilidad dentro del proceso. Tal probabilidad, habilitará a la autoridad judicial para deducir “lo que normalmente ocurre” o, dicho de otra manera, la verosimilitud del derecho en aquellas relaciones que contengan un crédito, existiendo, a continuación, el peligro de que el derecho del acreedor sea frustrado, por el tiempo o por la naturaleza de los bienes.

Si, por el contrario, el documento fuese privado y no contase con reconocimiento de firmas, condicionará a la autoridad judicial a rechazar el embargo preventivo, pues la calidad de documento privado estaría impidiéndole a la misma la posibilidad de valorar la verosimilitud de las relaciones en él contenidas, amén de que carecerán de probabilidad lo que impide admitir el embargo. La solución, no obstante, se encontraría vía diligencias preparatorias, pues para que el documento privado adquiera la calidad de público bastará con que se solicite el

reconocimiento judicial de firmas y rúbricas conforme a las reglas del artículo 306-I.2 del Código Procesal Civil.

3.3. *El coheredero, el condómino o el socio con respecto a los bienes en los que ejercen copropiedad*

El presupuesto en estudio, es decir, el caso del coheredero, el condómino o el socio que solicitan el embargo, por las características señaladas para el demandante y el bien sobre el cual será trabada la medida cautelar, supone la existencia de copropiedad en todas sus formas y, con ella, un interés directo del demandante sobre dichos bienes como objeto mediato del proceso²⁷⁶. En ese sentido, si bien *a priori* la anotación preventiva de demanda resultaría la medida más idónea por la pretensión real en la que se funda, conviene preguntarse en qué casos el embargo preventivo de la copropiedad se encuentra sustentado en el cumplimiento de un derecho de crédito.

Encontrándose definida la línea del presente análisis²⁷⁷, el Código Civil contiene una serie de supuestos en los que el titular de un bien indiviso puede accionar contra los demás copropietarios el cumplimiento de obligaciones pecuniarias, sustentadas, en la mayoría de los casos, por la acción de repetición contra estos últimos. Asimismo, el propio Código Civil en su artículo 1368-5 contempla como uno de los supuestos de hipoteca legal los créditos del *coheredero, copropietario y socio sobre los inmuebles asignados en la división a los otros copartícipes en cuanto al pago de las compensaciones que les corresponden*.

Consideramos que el precepto citado encuentra su primer supuesto en lo establecido en el artículo 160 del Código Civil que regula el uso de la cosa común. Al respecto, señala que *Cada propietario tiene derecho a servirse de la cosa común, siempre que no altere su destino*

²⁷⁶ El Tribunal Supremo de Justicia ha dejado establecido que *...el objeto mediato de la pretensión, está constituido por el bien jurídico pretendido, que se quiere obtener del demandado (ej. En una usucapión será que se declare al actor como propietario del bien usucapido y extinguido para el demandado)*. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 148/2015 de 6 de marzo. Disponible en: <http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/revista-jurisprudencia-2015-BC.pdf>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

²⁷⁷ Por lo que se excluyen aquellos supuestos en los que proceden acciones reales sobre los bienes de la copropiedad, como sería el caso de acción reivindicatoria u otras pretensiones que la ley confiere a los herederos con respecto a los bienes de la herencia, tales como la reducción de liberalidades, la colación de bienes o la usucapión por posesión exclusiva.

ni perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los demás participantes usarla según sus derechos. Puede asimismo ceder a otro el goce de la cosa dentro de los límites de su cuota.

Conforme a la línea establecida por el Código Civil respecto al uso de la cosa, conviene señalar que el uso de los elementos comunes por parte de alguno de los copropietarios muchas veces supondrá la imposibilidad de que los demás puedan disfrutar al mismo tiempo dichos elementos. Al respecto, ECHEVERRÍA SUMMERS sostiene que *En los casos en los que, por la índole del elemento común en cuestión no sea factible que todos los propietarios se sirvan al mismo tiempo del mismo, debe establecerse un turno o sistema que garantice el disfrute de todos*²⁷⁸. En ese sentido, si bien se trata de una limitación del uso por parte de los otros copropietarios, ello no puede entenderse como un impedimento para los derechos de éstos, siempre que, claro está, dicho extremo se encuentre debidamente reglamentado en los estatutos y reglamentos.

El citado artículo 160 del Código Civil, además del uso de la cosa por parte de los demás copropietarios, regula el supuesto de la alteración de la cosa común. Dicha alteración debe entenderse como todas aquellas modificaciones de hecho o de derecho que sean realizadas unilateralmente por alguno de los copropietarios de la cosa común. La decisión unilateral, aun cuando pueda beneficiar a los demás copropietarios, colisiona con lo establecido por el artículo 166 del Código Civil que dispone que toda alteración e innovación debe realizarse con el consentimiento de todos ellos.

Sobre este punto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha establecido en un caso concordante que *...ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ella pudieran resultar ventajas para todos; las alteraciones materiales a que se refiere tal norma son aquellos actos que afectan a la sustancia de la cosa o innovaciones que modifiquen su destino. ...la instalación de un motor y de unas tuberías... implica alterar el pozo-noria, que no puede hacerse sin el consentimiento de los demás copropietarios: ciertamente, como se dice en el recurso, puede ser útil para el recurrente*

²⁷⁸ ECHEVERRÍA SUMMERS, F., «Derechos y obligaciones de los propietarios». En: AA.VV., *Memento propiedad horizontal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2017, (1090).

*tal instalación, pero aunque así sea y aunque incluso sea útil para los demás, no cabe sin el acuerdo unánime de todos los copropietarios (STS 510/2007 de 7 de mayo)*²⁷⁹.

De acuerdo con lo expuesto, cuando se impida el ejercicio de los derechos sobre los elementos comunes a los demás copropietarios o si alguno de ellos realiza actos de disposición o altera la cosa común sin consentimiento de todos ellos, resulta un perjuicio que debe ser resarcido. Al respecto, se plantea la cuestión de si el “pago de las compensaciones” a la que hace referencia el artículo 1368-5 del Código Civil debe entenderse en el sentido del modo de extinguir las obligaciones o si, por el contrario, debe realizarse una interpretación extensiva y ampliarlo a la indemnización por el daño causado.

OSSORIO explica el alcance del término “compensación” desde los ámbitos civilístico e histórico al señalar, por un lado, que se trata de la *Extinción, hasta el límite de la menor, de dos deudas existentes en sentido inverso entre las mismas personas*²⁸⁰, lo que equivale al modo de extinguir las obligaciones; y, por el otro, *En el antiguo Derecho Penal, indemnización pecuniaria, y en ocasiones en especie, que el causante de lesiones pagaba al herido o el autor de una muerte a los herederos de la víctima*²⁸¹.

Si tomamos el término “compensación” en su primera acepción -como el modo de extinguir obligaciones- esto supondría una situación muy concreta, limitada y, por ello, hasta injustificada para la hipótesis que plantea el crédito contra los demás copropietarios. Así, se consideraría que si se regula la compensación tendrían que regularse, asimismo, todos los modos de extinguir las obligaciones, con lo innecesario que resultaría tal esfuerzo teniendo en cuenta que la extinción de las obligaciones tiene su propio título y es aplicable a todas las relaciones jurídicas constituidas conforme al Código Civil.

Por otro lado, si se recoge el término compensación como la indemnización por el daño ocasionado, amén del significado que modernamente se le asigna, tendría más sentido por los supuestos en los que se genera un derecho de crédito a favor de uno solo de los propietarios contra los copropietarios de la cosa común. En ese sentido, surge una tercera acepción de la

²⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 510/2007 de 7 de mayo. RJ 2007\3096.

²⁸⁰ OSSORIO, M., *Diccionario...*, cit., pág. 182.

²⁸¹ *Ibid.*

palabra “compensación” como aquel reembolso de lo pagado en beneficio de todos y careciendo de la obligación de hacerlo, pues en criterio de GÓMEZ DE LIAÑO la misma se entiende además como *Igualdad entre lo dado y lo recibido*²⁸².

Lo expuesto constituye el segundo supuesto de la hipoteca legal regulada a favor de los copropietarios a partir del artículo 1368-5) del Código Civil, pues conforme a lo establecido por el artículo 163 de la misma norma el copropietario que por sí solo haya soportado los gastos de conservación de la cosa común tiene derecho a ser reembolsado por los otros copropietarios en proporción a sus respectivas cuotas.

Siendo éste el verdadero alcance del pago de las compensaciones a favor del copropietario y que goza de hipoteca legal por disposición del Código Civil, corresponde determinar si este precepto guarda relación con lo señalado en el artículo 326-I.3 del Código Procesal Civil²⁸³, es decir, si configuraría el presupuesto del embargo preventivo que estudiamos en el presente título.

Al respecto, ORTELLS RAMOS plantea que las garantías jurídico-materiales del derecho de crédito, *...al asegurar el cumplimiento de la obligación, pueden al propio tiempo impedir o reducir el riesgo de inejecución de la sentencia que pueda obtenerse condenando al cumplimiento de aquella...*²⁸⁴. El autor añade además que en la medida en que esas garantías sean suficientes en calidad y cantidad la doctrina extranjera concluye que no procede conceder el embargo preventivo²⁸⁵.

De conformidad con lo establecido en el artículo 1360-I del Código Civil, en los casos de garantía real, constituye presupuesto del remate que los bienes que serán objeto de él se encuentren afectados a un embargo. En este sentido, pese a existir una garantía específica, si bien el embargo no cumpliría ya con su finalidad de individualización o selección, pues de eso se encargó extrajudicialmente la garantía real, en cambio sí cumpliría con un fin de

²⁸² GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Diccionario jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1983, pág. 73.

²⁸³ El citado artículo señala que *El acreedor de una deuda en dinero o en especie podrá pedir embargo preventivo cuando...3. El coheredero, el condómino o el socio con respecto a los bienes de la herencia del condominio o de la sociedad, respectivamente, acrediten la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.*

²⁸⁴ ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, cit., págs. 128-129.

²⁸⁵ *Ibid.* pág. 129.

cuantificación y correspondencia del valor del bien hipotecado con respecto al crédito reclamado.

Es así como el artículo 1471 del Código Civil señala que el acreedor que tiene una garantía real a su favor sobre los bienes del deudor no puede embargar otros bienes si no somete a venta judicial los primeros. Dicho precepto, supone la existencia de dos principios: el de proporcionalidad y el de subsidiariedad u orden. El primero, encuentra a su vez sustento en el artículo 1470 del Código Civil por el que se establece que el embargo de los bienes deberá hacerse en la medida necesaria para satisfacer el derecho de crédito, y el segundo, indica que sin perjuicio del alcance del derecho de crédito deberán embargarse, primero, los bienes afectados a la garantía real y, luego, los demás bienes.

El principio de subsidiariedad u orden, amén de responder a la proporcionalidad que debe observarse con respecto a los derechos del deudor, también cohesiona el derecho de garantía real de los acreedores. Este último permite que aun cuando el acreedor tenga un derecho de garantía específica, mantiene, en defecto de éste, la facultad de embargar los bienes presentes y futuros de su deudor fundados en la existencia del crédito. De otra manera, si el derecho de garantía se limitara al bien hipotecado o gravado, bastaría con que dicho bien desaparezca para que el acreedor quede sin garantía específica o real, con la consecuente liberación del deudor.

En atención a todo lo expuesto, concluiremos que mientras el valor del bien que se encuentra afectado a una garantía real cubra la cantidad del crédito que se reclama, no será posible el embargo preventivo, pues la vía procesal idónea será la ejecutiva deduciéndose por ello el embargo ejecutivo. No obstante, si efectuado el embargo ejecutivo, éste no cubriera la cantidad del crédito, procederá el embargo preventivo sobre los demás bienes presentes y futuros del deudor diferentes a aquel sobre el que se encuentra constituida la garantía real.

Sin perjuicio de lo expresado, nótese que el codificador no sólo ha valorado erróneamente el crédito de los copropietarios al contemplarlo como presupuesto del embargo preventivo, por cuanto dicho crédito se halla protegido por la hipoteca legal, sino que además erra al exigir la acreditación del peligro en la demora por parte del acreedor. Dicha exigencia resulta de imposible cumplimiento, pues si el crédito de los copropietarios constituye una

hipoteca legal, el peligro en la demora en él se encuentra ausente, con la consecuente inaplicabilidad práctica en la que deviene el artículo 326-I.3 del Código Procesal Civil.

Ahora bien, es distinto el caso de los créditos de los copropietarios que no se encuadren en el supuesto de hipoteca legal previsto por el artículo 1368-5) del Código Civil. En ese sentido, para que dichos créditos puedan ser considerados al objeto de trabar un embargo preventivo, éstos no deberán estar fundados en el pago de las compensaciones a las que se refiere el citado artículo. Sin embargo, conforme ya se estableció en párrafos anteriores, la denominación “compensación” abarcará toda indemnización, así como el reembolso de aquellos gastos que sean solidarios con los demás copropietarios.

Así, el embargo preventivo por cualquier crédito de alguno de los copropietarios respecto a los demás, únicamente podrá fundarse en la existencia de un derecho personal contra todos ellos y deberá ser diferente de su situación de condominio. Esto descarta por sí solo la necesidad de que tenga que estar expresamente previsto como presupuesto, pues ya se subsumiría al supuesto previsto por el numeral 2 del citado artículo 326-I del Código Procesal Civil relativo al documento público con ausencia de garantía suficiente.

3.4. Pretensiones reales sobre el bien demandado

Este presupuesto, contemplado por el artículo 326-I.4 del Código Procesal Civil, establece textualmente que: *El acreedor de una obligación en dinero o en especie podrá pedir embargo preventivo cuando...la persona que tuviere que demandar reivindicación, división de herencia, nulidad de testamento o simulación, u otras acciones reales respecto del bien demandado mientras dure el juicio, presentará prueba documental que haga verosímil su pretensión.* En ese sentido, encontrándose expresamente ampliado este presupuesto para otras pretensiones reales, conviene delimitar la naturaleza de éstas, su diferencia con las pretensiones personales y la correspondencia del embargo preventivo con las primeras.

Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia ha delineado la diferencia existente entre lo que denomina “acciones reales” y “acciones personales”, al señalar que *...Las acciones reales tienen por objeto garantizar el ejercicio de algún derecho real, es decir, aquellas que ejercita el demandante para reclamar o hacer valer un derecho sobre alguna cosa, con plena*

independencia de toda obligación personal por parte del demandado, entre ellas tenemos, las acciones de defensa del derecho de propiedad como ser: el reconocimiento del mejor derecho propietario, la reivindicación, la acción negatoria, entre otras. Por otra parte, las acciones personales son las que tienen por objeto garantizar un derecho personal, es decir, se deducirán para exigir el cumplimiento de una obligación personal, ya sea de dar, de hacer o de no hacer determinado acto, entre ellas podemos establecer la acción, de rescisión o de resolución de contrato, que emerge ante una situación de incumplimiento de cualquiera de los sujetos de la relación jurídica... (A.S. Nro. 721/2015 de 26 de agosto)²⁸⁶.

En principio consideramos importante señalar que, conforme al criterio del Tribunal Supremo y la propia naturaleza de las pretensiones reales, las mismas encuentran sustento en su objeto de protección que son los derechos reales, cuyo ejercicio por parte de su titular es directo e inmediato. Así, resulta lógico que también la defensa de estos derechos, sea mediante su constitución o su declaración, suponga la exclusión de cualquier relación personal, por el carácter absoluto que los mismos revisten.

Por su parte, BORDA añade que los derechos reales gozan del *jus perseguendi o sea la facultad de hacerlo valer contra cualquiera que se halle en posesión de la cosa; aunque el principio no es absoluto y sufre excepciones... Los derechos personales, en cambio, no gozan de ese privilegio*²⁸⁷. De acuerdo con el autor citado, los derechos personales y, por tanto, las pretensiones que los defienden suponen la existencia de una relación jurídica y mediata entre el acreedor y el deudor de la cual emana una obligación. Por ello, las pretensiones personales dependen de una situación personal que permita acceder al patrimonio del deudor y, a diferencia de las pretensiones reales, no implican un ejercicio directo sobre sus bienes por cuanto el interés del acreedor se encuentra en su valor, siendo la adjudicación de este una excepción que siempre tiene como objeto cubrir el derecho de crédito.

Las pretensiones reales, por su parte, representan un interés directo sobre los bienes que son objeto de ellas, razón por la cual se ejercen *erga omnes*, siendo inexistente relación personal

²⁸⁶ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 721/2015 de 26 de agosto de 2015. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2015/as201520721.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

²⁸⁷ BORDA, G., *Tratado de Derecho Civil: Derechos Reales, Vol. I*, Abeledo-Perrot, 1992, pág. 30.

alguna o la concurrencia necesaria del demandado para acceder a los mismos. Esto, a su vez, determina la diferencia existente entre las medidas cautelares de embargo y anotación preventiva, pues el primero busca asegurar la ejecución de condena y la segunda la conservación del estado de los bienes para la eventual declaración o constitución de un derecho real.

De acuerdo con lo expresado, la extensión prevista por el codificador para este presupuesto impone la inclusión de pretensiones reales declarativas como la negatoria, de deslinde, confesoria, de mejor derecho propietario, entrega del bien, interdictos de retener o de recobrar la posesión, la nulidad y la anulabilidad de contrato y, constitutivas, como la constitución forzosa de servidumbres reales, los interdictos de obra nueva perjudicial o de daño temido, la cancelación de matrícula, división o cese de la copropiedad, la extinción de cualesquiera derechos reales, la resolución y la rescisión de contrato. Al respecto, los elementos comunes en todas estas pretensiones siempre serán los mismos: existencia presente o eventual de un derecho real a favor del demandante, interés directo sobre el bien objeto del derecho que se pretende, ausencia de una obligación personal por parte del demandado y, por lo tanto, la posibilidad de ejercerse frente a cualquiera.

En cuanto a la procedencia del embargo preventivo para las pretensiones reales, no obstante lo dispuesto por el codificador, habrá que analizar la misma a partir de la pretensión cautelable. Al respecto, conforme ya mencionamos en el primer apartado del presente título, el presupuesto esencial del embargo, por la finalidad económica que persigue su tutela, lo constituyen las pretensiones de pagar una suma de dinero determinada o determinable, estableciéndose, en consecuencia, un alcance cuantitativo respecto a su valor y cualitativo en cuanto a la persona del deudor.

Inversamente, si finalmente aceptásemos que el embargo preventivo no se limita a la tutela del derecho de crédito sino que también se aplica a las pretensiones reales, el alcance cuantitativo perdería todo sentido, pues en éstas el derecho se desenvuelve sobre el bien demandado y no sobre su valor, motivo por el cual estaríamos ante un embargo sin ejecución futura. Asimismo, respecto al alcance cuantitativo, éste se encontraría limitado a dicho bien sin

la posibilidad de ampliarse a otros bienes²⁸⁸ o derechos, no por la situación personal del demandado sino por la del demandante, quien es titular directo del derecho²⁸⁹.

Lo expuesto explicaría la decisión del codificador boliviano de incluir las pretensiones reales dentro de la tutela del embargo preventivo. No obstante, siendo el elemento personal del demandante el único que encaja en esta medida cautelar para el caso de dichas pretensiones, amén de resultar insuficiente para su aplicación, haría innecesaria la regulación de otras medidas cautelares pues el embargo acabaría por absorber toda pretensión real o personal, exceptuándose aquellas que por su naturaleza requieran medidas genéricas o recaigan sobre bienes inembargables.

Asimismo, la naturaleza personal del embargo preventivo sobresale del mismo texto del Código Procesal Civil donde es el codificador quien, incurriendo en manifiesta contradicción, señala vía artículo 326 que *El acreedor de una obligación en dinero o en especie podrá pedir embargo preventivo...* Esta disposición delimita claramente la condición del demandante, en su posición de acreedor, y la necesaria existencia de una relación jurídica contractual que supone la facultad de exigir el cumplimiento de una obligación, elementos que en ningún caso pueden darse tratándose de derechos reales.

En conclusión, consideramos que el embargo preventivo en las pretensiones reales, lejos de la naturaleza de las pretensiones cautelables por esta medida que -como ya vimos- son aquellas personales, más bien se justifica en los efectos particulares que éste genera y la mayor rigurosidad que el embargo representaría frente a otras medidas cautelares. Al respecto, comparando el embargo preventivo con la anotación preventiva de demanda, cuya naturaleza registral la acerca a las pretensiones reales, el primero a diferencia de esta última genera la indisposición²⁹⁰ del bien y la preferencia frente a otros acreedores, situación que en la anotación

²⁸⁸ MARTÍNEZ BOTOS, R., *Medidas cautelares*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1990, pág. 196.

²⁸⁹ Dicho alcance cuantitativo también determina que el embargo pueda trabarse sobre la totalidad del bien o sobre una parte ideal de este cuando el bien objeto del embargo se encuentre en un estado de indivisión, como ocurre con las pretensiones de reivindicación o petición de la herencia. *Vid.* PÉREZ PEJIC, G., «La acción real de petición de herencia desde un examen comparativo con la acción real reivindicatoria», RDF, núm. 112, 2014. Cita online: AR/DOC/5730/2014.

²⁹⁰ Pese a que en la práctica los bienes embargados pueden ser objeto de actos de disposición, por aplicación del artículo 414-II del Código Procesal Civil éstos se reputan inexistentes.

preventiva no sucede por cuanto ésta tiene como única finalidad la de otorgar publicidad a la litis y aniquilar la buena fe de terceros adquirentes del bien anotado²⁹¹.

Por otro lado, lo expresado encuentra mayor respaldo en el supuesto en el que el embargo preventivo tutele la pretensión de reconocimiento de mejor derecho propietario, cuyo demandado tenga acreedores. En tal supuesto, si los acreedores trabaran embargos sobre el bien, bastaría con que hagan valer su preferencia y la pertenencia del mismo al demandado de la pretensión real para sacarlo a remate y cobrarse el producto, con la correspondiente inseguridad que esto generaría para los derechos del demandante.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, si quien pretende la declaración de mejor derecho propietario obtuviese un embargo preventivo, inmediatamente los embargos posteriores pasarían al siguiente orden por la preferencia que genera el primero al tratarse de medidas de igual naturaleza, no obstante la preferida tutele una pretensión real. A ello habría que agregarle la relativa protección del demandante frente a los efectos de la caducidad de ambas anotaciones, pues si el demandante de una pretensión real hubiese obtenido la anotación preventiva de demanda, bastaría que esta caduque para que su derecho quede desprotegido. En cambio, si la anotación fuese de embargo, aun cuando ésta caduque, dicho embargo continuaría surtiendo efectos entre las partes por cuanto la anotación no es inherente a la medida, como en el caso de la anotación preventiva de demanda.

Huelga decir que, si existiese otra pretensión que grave el bien con una hipoteca judicial fundada, naturalmente, en una sentencia judicial, ésta tendría efectos negativos para la anotación preventiva de demanda por cuanto, al tratarse de una medida cautelar, eventualmente perdería su objeto y sería levantada. Contrariamente, si la anotación es de embargo, la hipoteca judicial estaría subordinada al reconocimiento de la pretensión tutelada por el mismo, aun cuando esta pretensión sea constitutiva, viéndose considerablemente más reforzada que si se hubiese sido tutelada por una anotación preventiva de demanda.

²⁹¹ ARAZI, R. *et al*, *Medidas cautelares*, cit., pág. 234.

Nótese que, al contrario del embargo, la anotación preventiva de demanda no supone la inexistencia de los actos de disposición, sino únicamente la buena fe con la que éstos se constituyeron.

Ahora bien, ¿lo expresado indica que estamos a favor de la expulsión de la anotación preventiva de demanda?. Nada más equivocado. Al respecto, defendemos el carácter creditorio que envuelve al embargo preventivo pues así se manifiesta en su propia naturaleza y lo confirma el legislador a lo largo del texto del Código Civil y su norma procesal. La concurrencia de las pretensiones reales como presupuesto del embargo preventivo responde a la mayor seguridad que esta medida otorga y que el propio codificador no supo dar a la anotación preventiva de demanda, sobre todo, para las pretensiones reales declarativas.

Con todo, consideramos que la anotación preventiva de demanda es la medida más idónea para las pretensiones reales, ello, sin descartar las demás medidas tanto específicas como genéricas reguladas por la ley. En ese sentido, comprendiendo que en las pretensiones reales declarativas el derecho ya se encuentra acomodado a la realidad fáctica que será proclamada en la sentencia, la anotación preventiva debería suspender provisionalmente todo acto de ejecución pecuniaria que se realice sobre los bienes anotados²⁹², ante la posibilidad de que estos bienes no pertenezcan al ejecutado²⁹³ y la contraposición entre la mala fe que supone la anotación preventiva y la buena fe implícita en la venta judicial, ambas para el tercero adquirente.

3.5. Pretensión de cumplimiento de un contrato de compraventa

Siendo evidente que el contrato de venta tiene naturaleza bilateral debido a la reciprocidad de sus prestaciones, conviene observar lo anotado por MARTÍNEZ BOTOS, quien sostiene que cuando la pretensión se funda en este tipo de contratos *...son presupuestos del embargo preventivo que el derecho a cautelarse sea de carácter patrimonial o pueda resolverse en una obligación de ese tipo y que se acredite la existencia de la relación contractual, el cumplimiento por el peticionario de las obligaciones a su cargo, la justificación prima facie del incumplimiento de la otra parte, y en su caso, la verosimilitud del derecho invocado...*²⁹⁴.

De acuerdo con los presupuestos señalados por dicho autor, respecto al primero diremos que la patrimonialidad del contrato de venta se infiere de la propia definición otorgada por el

²⁹² La inseguridad que tiene la anotación preventiva de demanda frente al embargo, se refuerza con la falta de preferencia regulada por el artículo 325-II C.P.C. y el embargo como medida final dictada la sentencia en el 325-IV.

²⁹³ Es el caso de las pretensiones de reconocimiento de mejor derecho propietario y negatoria, entre otras.

²⁹⁴ MARTÍNEZ BOTOS, R., *Medidas cautelares...*, cit., pág. 170.

artículo 584 del Código Civil. Este precepto señala que *La venta es un contrato por el cual el vendedor transfiere la propiedad de una cosa o transfiere otro derecho al comprador por un precio en dinero*. En la misma línea, el Tribunal Supremo de Justicia entiende que *...el objeto del contrato de compra venta es transferir el derecho de propiedad de una cosa, obligación de contenido patrimonial, sin perjuicio de que esta obligación tenga su propio objeto que son las prestaciones de dar, hacer o no hacer y que éstas a su vez tienen un objeto último que en esencia son las cosas o bienes, de manera que el contrato deberá tener siempre un objeto. Si el objeto del contrato de venta es la transferencia del derecho de propiedad a cambio de un precio, entonces se entiende que el vendedor al momento de celebrar el contrato debe ser titular propietario del derecho que transfiere...* (A.S. Nro. 605/2017 de 12 de junio)²⁹⁵.

De lo anotado se deduce que el contrato de venta, indistintamente su objeto sea el cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, siempre tiene contenido patrimonial o, cuanto menos, puede llegar a tenerlo. En ese sentido, si el contenido principal de la obligación refiere a una prestación de hacer, en caso de incumplimiento, ésta deberá ser estimable a su equivalente en dinero, como sucedería en un contrato de servicios profesionales donde la prestación es, evidentemente, el servicio.

La jurisprudencia glosada anteriormente también refleja un elemento esencial, aunque no inmediatamente importante para su celebración, del contrato de venta: la titularidad del derecho que se transfiere. Al respecto, este elemento no siempre se encuentra presente en el momento de la celebración del contrato, pues como señalan los artículos 594-I y 595-I del Código Civil, es posible celebrar la venta de cosas futuras o ajenas (también llamadas *a non domino*), aunque estos actos siempre estarán subordinados a la adquisición o existencia del bien o derecho, respectivamente, para su perfeccionamiento.

En cuanto al segundo presupuesto apuntado por MARTÍNEZ BOTOS -la acreditación de la relación contractual- resulta fundamental para la adopción del embargo preventivo por cuanto, una vez definida la patrimonialidad de la obligación -que sale del propio contrato de venta-, corresponde establecer la legitimación de las partes con la finalidad de determinar la posición

²⁹⁵ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 605/2017 de 12 de junio. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2017/as201720605.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

tanto de quien podrá solicitar la medida como de aquella que tendrá que soportarla. Asimismo, esta relación jurídica llevará a la autoridad judicial a establecer la verosimilitud del derecho que será objeto de la pretensión del proceso principal.

En cuanto a dicha verosimilitud, nótese que, a diferencia de lo que ocurre con el segundo presupuesto regulado por el artículo 326-I del Código Procesal Civil²⁹⁶, el codificador no exige para el contrato de compraventa que conste en un documento público²⁹⁷. En ese sentido, el mismo se decanta por la verosimilitud en defecto de la probabilidad, ante la imposibilidad de exigir esta última por la propia naturaleza del contrato de venta.

Lo expresado, encuentra sustento en el tercer presupuesto del contrato de venta: La ausencia de solemnidad. Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que *...se entiende que el contrato de compra venta es un contrato consensual, que para su nacimiento basta que ocurra el acuerdo de las voluntades, sin importar si éste se expresa en forma verbal o escrita en documento público o privado, no está sujeto a formalidades, como también señala el Tratadista Gonzalo Castellanos Trigo “No es formal o tiene forma Libre, porque la ley no impone como regla general, una solemnidad para su existencia”, en este entendido si bien es evidente que la jurisprudencia ha establecido que la minuta es un borrador que se pasa al Notario de Fe Pública a fin de que éste, sobre la base de aquella, extienda la correspondiente Escritura Pública, no es menos evidente que esa consideración reviste importancia únicamente respecto de aquellos contratos que deben celebrarse mediante documento público tal cual dispone el art. 491 del Código Civil, por otra parte el contrato de compra venta al ser un contrato consensual que le da la característica de no requerir de formalidades para su perfeccionamiento, es decir que no reviste mayor trascendencia si éste se materializó en una minuta o no, debiendo entenderse esta como una constancia documental del consentimiento expresado por las partes, por lo que la solemnidad de transcribirla en una escritura pública es simplemente un requisito para su inscripción en el registro Derechos Reales, lo que no significa*

²⁹⁶ Que el crédito constare en documento público o privado reconocido y no contare con una garantía suficiente.

²⁹⁷ A lo que conviene añadir que la ley sustantiva tampoco exige la forma para este tipo de contratos.

*que no surta efectos en cuanto a lo consensuado por las partes contratantes... (A.S. Nro. 153/2014 de 16 de abril)*²⁹⁸.

Conforme a lo expresado por la jurisprudencia nacional, resulta lógico que, si en la propia norma sustantiva no se exige solemnidad alguna para la formación del contrato de venta, igualmente la misma no debe constituir un presupuesto para la solicitud del embargo preventivo cuando la pretensión tenga por objeto estos contratos. Esto adquiere relevancia en el sentido de que, conforme señalaba la extinta Corte Suprema de Justicia, *...Es habitual, en nuestra práctica jurídica, que muchos de los contratos consensuales se redacte o documente a través de una minuta, dejando así la constancia escrita respecto del contrato celebrado entre partes y del consentimiento expresado por ellas... (A.S. Nro. 64/2011 de 19 de febrero)*²⁹⁹.

La misma jurisprudencia va más allá al agregar que *...si un contrato consensual, como es la compraventa, puede celebrarse incluso en forma verbal, no existe ningún óbice legal para que el acuerdo de partes y el consentimiento de ellas respecto a ese contrato se lo documente a través de ese medio, sin que ello suponga causal de nulidad ni anulabilidad del contrato... (A.S. Nro. 64/2011 de 19 de febrero)*³⁰⁰. No obstante, sobre este último punto, consideramos que por la limitación documental que la norma procesal establece para la acreditación de la verosimilitud del derecho, no sería posible adoptar el embargo preventivo sobre la base de un contrato verbal³⁰¹, debiéndose acudir a la vía incidental por aplicación análoga de lo establecido en el artículo 377-I del Código Procesal Civil.

Este precepto, contenido en la Sección I del Capítulo Tercero, dedicado al proceso de estructura monitoria, establece que *En todos los casos, juntamente con la demanda, se deberá acompañar documento auténtico o legalizado por autoridad competente, excepto cuando se*

²⁹⁸ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 153/2014 de 16 de abril. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2014/as201421153.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

²⁹⁹ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 64/2011 de 19 de febrero. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=17963>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

³⁰⁰ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 64/2011 de 19 de febrero, cit.

³⁰¹ Ello pese a que, justamente, el embargo preventivo puede tener como finalidad la escrituración del contrato de compraventa celebrado en forma verbal. Sobre este tema, DÍAZ ROBLEDO, al analizar esta situación en la legislación argentina, sostiene que *...puede resultar aplicable el art. 1191 del cód. civil si ha mediado principio de prueba por escrito del contrato de compraventa y está acreditado que la parte vendedora recibió prestaciones de los compradores ...Como queda claro la verosimilitud del derecho ha sido probada por el principio de prueba por escrito*. DÍAZ ROBLEDO, F., «Contrato de compraventa en forma verbal y su posibilidad del embargo para su escrituración – Comentario Breve», El Derecho, núm. 187-634.

trate de desalojo en régimen de libre contratación o de entrega del bien derivada de contrato verbal. En este último supuesto, en etapa preliminar que se seguirá por la vía incidental, podrá establecerse la prueba de la existencia del contrato y de su cumplimiento por la parte actora.

Nótese que el codificador, además de regular la vía incidental para probar la existencia del contrato de arrendamiento, también contempla la posibilidad de acreditar por dicha vía el cumplimiento por parte del demandante de las obligaciones a su cargo. Esto, si atendemos a la verosimilitud exigida por la norma procesal para el presupuesto en estudio, a pesar de resultar trascendental al objeto de que la autoridad judicial determine la correspondencia de decretar el embargo preventivo, excede los alcances del proceso cautelar que le sirve de medio, debiendo limitarse únicamente a establecer sumariamente lo que normalmente acontece en este tipo de relación contractual.

Igual criterio debe aplicarse a la justificación del incumplimiento de la otra parte, pues como establece el artículo 326-I del Código Procesal Civil únicamente se exigirá la verosimilitud del derecho, que saldrá del contrato de venta que sirve de sustento para la petición del embargo preventivo. En ese sentido, conviene señalar que, en observancia de los alcances de la verosimilitud y por falta de determinación subjetiva del precepto citado, la petición de embargo sobre la base de un contrato de venta podrá ser realizada indistintamente por el vendedor o por el comprador, acompañando prueba documental de dicho contrato y fundamentando debidamente su pretensión.

De acuerdo con lo expuesto, debido a que la verosimilitud tiene un alcance más limitado en comparación con la probabilidad, los hechos que aporte el demandante serán esenciales para decisión que tome la autoridad judicial. Respecto a esto, si bien la autoridad cuenta con el contrato de venta, éste únicamente será útil para precisar la verosimilitud del derecho, más no la legitimación y el interés en pedir el embargo, el cual se colige de los hechos proporcionados en la demanda cautelar.

Ahora bien, considerando la naturaleza y los elementos que conforman el contrato de venta, el verdadero problema lo constituyen las modalidades que este tipo contractual presenta y, en consecuencia, la intervención de terceros de buena fe una vez trabado el embargo. En ese sentido, como ya mencionábamos en párrafos anteriores, el contrato de venta puede celebrarse

con reserva de propiedad, con pacto de rescate, mediante transmisión *a non domino* o, incluso, darse el caso de una venta múltiple.

3.5.1. Venta múltiple o venta de cosa ajena

Sobre esta última posibilidad, tomemos el supuesto de que el demandante solicita el embargo preventivo sobre la base de un contrato de venta dentro del cual tenía la posición de comprador. Sin embargo, presentado el documento y trabado el embargo, un tercero se opone al mismo presentando otro contrato de venta sobre el mismo bien alegando tener igualmente un derecho de propiedad.

El caso que se plantea, conforme al criterio otorgado por BAREA MEDRANO, podría abordarse desde dos figuras: la doble venta y la venta de cosa ajena. Según el autor, la similitud entre ambas estriba en que las dos figuras constituyen *ventas sobre un mismo bien por idéntico propietario a dos compradores diferentes*³⁰².

Sin embargo, del análisis del artículo 521 del Código Civil que indudablemente establece un sistema consensualista de los contratos, la segunda venta se enmarcaría en el supuesto regulado por el artículo 595 de la misma norma, es decir, en la venta de cosa ajena³⁰³. En ese sentido, si bien la primera venta estaría perfeccionada, ello no implicaría que la segunda no se consideraría inexistente, sino que le serían aplicables los elementos propios de la modalidad citada, a saber: la inoponibilidad frente al verdadero propietario y la apariencia jurídica, ésta última aplicable únicamente a la anulabilidad.

Sobre la apariencia jurídica, ARMANDO DE HOZ sostiene que *...la transmisión operada sobre la base de actos falsos o adulterados puede quedar legitimada en cabeza de ese tercero, al cual el juez juzgará severamente en cuanto a la calificación de su buena fe*³⁰⁴. Aplicando este criterio de conformidad con el artículo 559 del Código Civil, el tercero adquirente únicamente

³⁰² BAREA MEDRANO, E., «La buena fe como requisito *sine qua non* en la preferencia registral inmobiliaria», Ciencia y Cultura, núm. 35, 2015, págs. 9-32.

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ ARMANDO DE HOZ, M., «Adquisiciones *a non domino*». Disertación pronunciada por el autor durante la Sesión Pública de la Academia Nacional del Notariado celebrada el lunes 5 de diciembre de 2005. Disponible en: <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/48674.pdf>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

se encontrará protegido frente a los casos de anulabilidad siempre que haya adquirido de buena fe y dicho acto sea oneroso.

Por otro lado, el Tribunal Supremo de Justicia ha explicado los fundamentos por los que la protección del tercero adquirente no se extiende a los actos nulos o inexistentes al manifestar que *...en esta colisión de derechos entre la tutela del tercero adquirente de buena y el propietario original que en el caso de nulidad del título inscrito se deba a la falsedad del documento que lo ampara se vulnera no sólo “la identidad, sino como lógica consecuencia, la voluntad y el consentimiento del titular registral del bien”. En ese caso no puede hablarse de negocio, de venta y, al amparo de tal acto fraudulento, no pueden generarse efectos jurídicos válidos, aun cuando hayan intervenido en la cadena de transmisiones y movimientos, terceros de buena fe, como sucede en la mayoría de los casos, toda vez que, son provenientes de hechos contrarios a las buenas costumbres que dañan y van en contra de los principios ético-morales establecidos para nuestra convivencia. (A.S. Nro. 112/2016 de 5 de febrero)*³⁰⁵.

De acuerdo con todo lo expuesto, ante la oposición formulada por un tercero contra el embargo preventivo, la autoridad judicial se encontrará constreñida a valorar la probabilidad de los derechos alegados por este frente a la verosimilitud saliente de la relación contractual aportada por el embargante. En consecuencia, con respecto a la pretensión de este último, *a priori* la pretensión del tercero deberá tener identidad del bien y del vendedor, debiendo la autoridad judicial valorar la fecha del contrato, por el sistema consensual que determina la primacía de la adquisición, y la naturaleza del acto al que el tercero se opone, pues si este es nulo o inexistente la oposición deberá ser rechazada por improponible.

Otro problema presenta la oposición de un tercero sobre la base de un contrato de venta con reserva de propiedad o de un contrato de opción de compra, negocios ambos que, al igual que el embargo preventivo, son susceptibles de adquirir su publicidad por medio del registro. A este efecto, previamente conviene delimitar el concepto de ambas modalidades de venta y, si caben, las similitudes que permitan determinar su naturaleza, así como las diferencias que presentan frente al embargo preventivo.

³⁰⁵ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 112/2016 de 5 de febrero. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2016/as201620112.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

3.5.2. Venta con reserva de propiedad

El artículo 585-I del Código Civil señala que: *En la venta a cuotas, con reserva de propiedad, el comprador adquiere la propiedad de la cosa pagando la última cuota, pero asume los riesgos a partir de la entrega.* De este precepto, se infiere la existencia de los siguientes elementos propios de este tipo de venta:

1. Es una obligación divisible
2. La adquisición del derecho de propiedad está condicionada a un hecho futuro
3. El comprador asume la carga de la adquisición de su derecho
4. El comprador asume los riesgos sobre la cosa, sólo en caso de que esta sea entregada

Por otro lado, en cuanto a las obligaciones del vendedor, el Tribunal Supremo de Justicia ha entendido que *En los contratos de compraventa con reserva de propiedad acontece que el derecho de propiedad no se transfiere en el momento de su celebración sino en el instante en que el comprador paga la última cuota, según lo dispuesto por el art. 585 del Código Civil, quedando obligado en ese instante el vendedor a garantizar que el inmueble se halle libre de cualquier gravamen (saneamiento y evicción)... (A.S. Nro. 16/2015 de 14 de enero)*³⁰⁶. De lo que infiere que mientras el comprador no pague la última cuota el contrato tendrá únicamente efectos unilaterales, pues si bien *a priori* toda la carga será atribuida al comprador aun cuando el vendedor entregue la cosa antes del pago total del precio, éste no estará obligado a la evicción o saneamiento hasta que se consolide la adquisición del derecho.

Pese a lo afirmado, sostenemos que este efecto unilateral únicamente se manifiesta antes del pago total del precio por parte del comprador. En ese sentido, el contrato de venta con reserva de propiedad, cuya finalidad es siempre la adquisición del derecho, se trata de un contrato bilateral pues como señala la jurisprudencia nacional *...genera prestaciones recíprocas, para el vendedor y el comprador; para el primero, las previstas por el artículo 614 del Código Civil y para el segundo, las previstas por el artículo 636 del citado Código sustantivo. El incumplimiento de esas obligaciones principales o esenciales, determina la resolución del contrato con la imposición de daños y perjuicios. En consecuencia resulta ilógica e*

³⁰⁶ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 16/2015 de 14 de enero. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=7732>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

intrascendente la afirmación de los recurrentes en sentido de que el Juez A quo tuvo razón al sostener que respecto a los vendedores no existía una obligación concreta, sólo un compromiso de transferir en venta, sin que para ello exista un plazo específico y determinado, toda vez que, ese "simple compromiso" de transferir la propiedad, a que aluden los recurrentes, constituye precisamente una de las obligaciones esenciales del vendedor y que en el caso sub lite, sería exigible una vez que los compradores hubiesen pagado la última cuota del precio convenido. (A.S. Nro. 315/2011 de 6 de octubre)³⁰⁷.

3.5.3. Opción de compra

El contrato de opción, en sentido genérico, se encuentra definido por el artículo 464 del Código Civil que señala: *I. Por el contrato de opción una de las partes reconoce a la otra con carácter exclusivo e irrevocable, la facultad de aceptar una prestación en su favor o en la de un tercero, en las condiciones convenidas y en el plazo acordado. II. El plazo no podrá ser superior a dos años.* Del precepto citado, se infiere que el reconocimiento al que alude la norma *...solo crea obligaciones para el concedente de la opción³⁰⁸*, razón por la cual se enmarcaría en las obligaciones por promesa unilateral regulada por el artículo 955 del Código Civil.

No obstante, CONDOMINES POLL niega a la obligación del concedente el carácter de promesa y concluye que ésta se trata de un convenio, sustentando su posición en que *...en la opción de compra el concedente ya ha manifestado su voluntad de vender.... restando únicamente para la perfección de la venta la aceptación del optante...³⁰⁹*. Al respecto, sostenemos que la obligación del concedente consiste en una promesa unilateral por cuanto que si ésta genera obligaciones es justamente por la manifestación de voluntad que reviste dicha declaración.

³⁰⁷ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 315/2011 de 6 de octubre. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=17755>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

³⁰⁸ «Contrato de opción de compra», Wolters Kluwer, Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUUMjQwNjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAaQVc6TUAAAA=WKE. [Consultado el 1 de junio de 2020].

³⁰⁹ CONDOMINES POLL, E., «La opción de compra y la anotación preventiva de embargo en la tercería de dominio», En: AA. VV., *Estudios sobre derecho procesal*, vol. 2, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1996, págs. 1531-1566.

A ello hay que añadir que tanto en el contrato de opción como en la promesa unilateral *a priori* el reconocimiento es irrevocable y no existe la necesidad de realizar un acto posterior, como señala el citado autor. A modo de ejemplo, en la promesa de pago o reconocimiento de deuda, el artículo 956 del Código Civil establece la dispensa de probar la relación fundamental para la persona en favor de quien se realiza la promesa, cuya existencia se presume.

Por otro lado, el artículo 955 del Código Civil establece que *La promesa unilateral de una prestación sólo produce efectos obligatorios en los casos expresamente previstos por la ley*. Este precepto comprende todos aquellos casos que, por la naturaleza de su prestación, constituyan una promesa unilateral, siendo aplicable a la obligación del concedente cuyo carácter irrevocable y temporal compele al mismo a cumplir con su prestación.

Así también lo ha entendido el Tribunal Supremo de Justicia al señalar que *...para la procedencia o aplicación de este tipo de contratos se necesita: 1) La otorgación de una facultad de aceptación, 2) La exclusividad 3) Irrevocabilidad, es decir para ser considerado o catalogado como -un contrato de opción- debe existir de manera preferente entre otros, los presupuestos antes anotados, o sea que en el acuerdo de voluntades debe ser evidente la otorgación de una facultad de aceptación a una de las partes o un tercero, esta debe ser exclusiva entendido como un privilegio que otorga una de las partes o un tercero como consecuencia de la autonomía de la voluntad para aceptar o rechazar lo ofertado e irrevocable debido a que no puede ser modificada posteriormente, por imperio de la fuerza de ley entre partes contratantes siempre y cuando no se encuentre fuera de los límites de la libertad contractual establecidos por ley. (A.S. Nro. 252/2015 de 14 de abril)*³¹⁰.

Por su parte, la exclusividad de aceptar la prestación, que en el caso de la opción de compra es la transferencia del derecho de propiedad, refleja la naturaleza personal del negocio jurídico por cuanto ésta únicamente podrá ser utilizada por el optante. En ese sentido, la opción de compra excluye a terceros sin perjuicio de que pueda ser utilizada a su favor por el optante, motivo por el cual de igual manera el concedente se halla obligado solo con éste.

³¹⁰ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 252/2015 de 14 de abril. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=8308>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

A modo de recapitulación, diremos que tanto en la venta con reserva de propiedad como en el contrato de opción de compra el vendedor (o futuro vendedor) mantiene la propiedad de la cosa mientras el hecho futuro del que dependen no llegue a concretarse; esto nos lleva a la similitud de ambas figuras respecto a la dependencia que guardan con el hecho futuro para consolidar la venta. Asimismo, este hecho es totalmente atribuible al comprador, por lo que será su acción o inacción la que determine si la venta se consolida o, en su caso, si el contrato no llega a cumplir con su finalidad emergiendo los respectivos efectos extintivos.

Respecto a lo anotado, para el caso de la venta con reserva de propiedad, el propio artículo 585 del Código Civil señala en su tercer apartado que *Cuando se resuelve el contrato por incumplimiento del comprador, el vendedor debe restituir las cuotas recibidas pero tiene derecho a una compensación equitativa por el uso de la cosa, más el resarcimiento del daño...* De esta norma, se desprenden los efectos resolutorios que tiene este contrato, entendiéndose que, pese a que la consolidación del mismo se encuentra aplazada hasta el pago total del precio, ya existe un principio de ejecución de contrato, situación que en el contrato de opción de compra no se cumple.

Al respecto, conviene plantearse si el contrato de opción puede ser objeto de una resolución o si, por el contrario, el incumplimiento del vendedor únicamente genera el pago de daños y perjuicios. Sobre este punto, consideramos que en el contrato de opción no existe un principio de ejecución pues, salvo pacto en contrario, el vendedor solamente reconoce en forma revocable y exclusiva una facultad de opción a favor del concesionario u optante y no entrega la cosa que será objeto de la venta ni tiene la obligación de hacerlo hasta que exista una aceptación. Por su parte, sucede lo mismo con el optante, pues al tratarse de un contrato unilateral éste no tiene obligación alguna con el concedente por cuanto el rechazo de la opción o su silencio no constituirán incumplimiento alguno, encontrándose ambas dentro de la legítima facultad que tiene el mismo.

Ahora bien, no obstante en el contrato de opción no se excluye la posibilidad de que el optante pague una prima a favor del concedente, según CONDOMINES POLL ...*dicho concepto no debe confundirse con el importe que el optante deberá satisfacer para adquirir el bien*

oferido...³¹¹, a lo que hay que agregar que la prima se realiza en contraprestación a la exclusividad reconocida por el concedente a favor del optante durante el tiempo que se encuentre vigente la utilización de la opción³¹². En ese sentido, la otorgación de prima por parte del optante no implica un principio de ejecución del contrato.

Otra diferencia existente entre la venta con reserva de propiedad y el contrato de opción de compra recae en el carácter preliminar o precontractual de este último. Así, mientras que la venta con reserva de propiedad se trata de un contrato donde existe pleno consentimiento por parte del comprador y del vendedor, en el contrato de opción únicamente existe consentimiento por parte del vendedor a falta de que éste concrete por parte del optante y futuro comprador, de tal manera que éste se encuentra en una fase previa a la formación del contrato.

De acuerdo con dicho entendimiento, el artículo 465 del Código Civil establece que *En los tratos preliminares y en la formación del contrato las partes deben conducirse conforme a la buena fe, debiendo resarcir el daño que ocasionen por negligencia, imprudencia u omisión en advertir las causales que invaliden el contrato*. El citado precepto, que se encuentra regulado a continuación del contrato de opción, refleja la naturaleza de éste, otorgándole el carácter de preliminar y definiendo la responsabilidad de las partes, por lo que concluimos que no opera la resolución de éste sino solamente los daños y perjuicios resultantes de la actividad nociva de las partes para el negocio jurídico.

3.5.4. Oposición al embargo fundado en un contrato de venta con reserva de propiedad y de opción de compra

Una vez definidos los contratos de venta con reserva de propiedad y de opción de compra, así como sus similitudes y diferencias, las preguntas definitivas son las siguientes: ¿Procede su oposición frente al embargo preventivo? ¿Cómo debe valorarlos la autoridad judicial cuando justamente la pretensión base del embargo también se trata de un contrato de venta? y, si por el contrario, el objeto de la pretensión es una venta con reserva de propiedad o un contrato de opción de compra, ¿corresponde otorgar el embargo preventivo?.

³¹¹ CONDOMINES POLL, E., «La opción de compra...», cit., pág. 1543.

³¹² LÓPEZ NAVARRO, J., «Contrato de opción de compra», *Vademécum de derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Sobre la primera cuestión, es decir, si procede la oposición al embargo preventivo del comprador con reserva de propiedad, consideramos que debido a que dicha oposición afecta un contrato cuyo objeto es la traslación del dominio, ingresa en el ámbito de la evicción. Respecto a esta última, la ex Corte Suprema de Justicia había entendido que *...como obligación del vendedor está orientada en relación al derecho de dominio (propiedad), es decir, que se presenta cuando al comprador le disputa un tercero el derecho de propiedad sobre el bien adquirido, pudiendo ser total o parcial (objetivamente), según se infiere de los arts. 625-I-II y 626 del CC. Asimismo, puede presentarse la evicción por vicios de la cosa conforme lo previsto en el art. 629-I-II del mismo compilado civil, vicios o defectos materiales que hagan a la cosa impropia para el uso al que está destinada o que disminuyan su valor (A.S. Nro. 172/2009 de 22 de julio)*³¹³.

Al respecto, no obstante desde la posición del comprador con reserva de propiedad podría entenderse que el embargo afecta a su dominio, desde la posición del embargante dicha oposición se traducirá en un problema de embargabilidad del bien por incertidumbre de su titularidad. En ese sentido, en el primer caso el comprador buscaría, vía tercería de dominio, que se levante el embargo sobre un bien que considera suyo y, en el caso del embargante, éste tendría interés en dilucidar si el bien es de propiedad del ejecutado, pues de lo contrario no formaría parte de su garantía general resultante de su condición de acreedor.

La posición del comprador con reserva de dominio frente al embargo trabado por un crédito de su vendedor resulta, cuanto menos, controvertida, pues si bien el dominio sigue siendo del vendedor (por ello la reserva), no es menos evidente que existe un principio de ejecución del contrato y que en el patrimonio del vendedor, más que de un dominio, se trata de un derecho de crédito. De acuerdo con ello, consideramos que el embargo no podría trabarse sobre el bien pese a su titularidad registral, siendo más idóneo embargar el crédito del vendedor y percibir el pago en defecto de éste. De esta manera, tanto la expectativa del derecho de dominio del comprador, como el derecho de crédito del embargante, se encontrarían suficientemente tutelados.

³¹³ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil Primera). Auto Supremo Nro. 172/2009 de 22 de julio de 2009. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=18291>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

Por su parte, la legislación española regula esta situación de forma más clara pues en el artículo 19 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos³¹⁴ señala que *Para la venta en subasta notarial de las cosas adquiridas a plazos, el acreedor, por Notario hábil para actuar en el lugar donde se hallen, requerirá de pago al deudor, expresando la cantidad total reclamada y la causa del vencimiento de la obligación, haciendo constar que si no se efectuare el pago se procederá a la subasta de los bienes sin necesidad de nuevas notificaciones ni requerimientos.* De la norma citada se infiere que el legislador español, tomando en cuenta la importancia económica de este tipo de contratos, ha contemplado el derecho del vendedor como uno de naturaleza personal, pues es evidente que la finalidad del contrato de venta con reserva de dominio es la adquisición de éste por parte del comprador y el pago del precio por parte del vendedor, de lo que resulta que en el patrimonio del vendedor se encuentra el crédito y en el del comprador la expectativa de adquirir la propiedad, encontrándose en caso de financiamiento, en el ejercicio de la posesión.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que desde la perspectiva del vendedor su interés se encuentra en el crédito y no el dominio propiamente dicho, conviene preguntarse cuál es la naturaleza de este último y el motivo por el que se reserva a favor del vendedor. Al respecto, DE LA PUENTE Y LAVALLE clarifica la situación del dominio en este tipo de contratos al sostener que *...la reserva de propiedad hace de garantía (impropia) para el vendedor, en una situación en que, no siendo posible recurrir a la publicidad de la venta y tampoco a la hipoteca mobiliaria, el vendedor estaría expuesto a los peligros de la enajenación, por parte del comprador, a terceros de buena fe. La reserva de la propiedad ocupa el lugar, prácticamente, del pacto comisorio (que está prohibido), aunque difiera de él jurídicamente*³¹⁵.

Pese a que el citado autor considera la imposibilidad de la publicidad de la venta como una de las razones para la existencia del pacto de reserva, en la legislación boliviana esta situación es salvable en el caso de los bienes inmuebles, pues en un ámbito práctico es posible otorgar publicidad a esta modalidad de venta bajo la figura de la anotación preventiva por falta de requisito subsanable. Así, conforme a lo regulado por el inciso 5) del artículo 1552-I del

³¹⁴ España. Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos. Boletín Oficial del Estado, 21 de julio de 1965, núm. 63.

³¹⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., «Compraventa con reserva de propiedad», Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, núm. 51, 1997, págs. 353-386.

Código Civil, concordante con el artículo 26 de la Ley de Inscripción en Derechos Reales, podrá pedir la anotación preventiva de sus derechos en el registro público *Quien tenga un título cuya inscripción definitiva no puede hacerse por falta de algún requisito subsanable.*

Atendiendo al caso de la venta con reserva de propiedad y, conforme a la norma glosada, el requisito subsanable lo constituiría el pago total del precio, puesto que, amén de ser la única condición que impide la traslación del dominio a favor del comprador, es, a futuro, realizable. En tal sentido, siendo posible la práctica de la anotación, la misma resulta fundamental para que la expectativa del comprador sea oponible frente al acreedor embargante, pues de acuerdo con lo establecido en el artículo 57 del Decreto Supremo Nro. 27957 de 24 de diciembre de 2004³¹⁶ *El que pudiendo pedir la anotación preventiva de un derecho, dejare de hacerlo, no podrá después inscribirlo a su favor, en perjuicio de un tercero que haya adquirido e inscrito otro derecho, en fecha posterior a aquella en que pudo aquel pedir la anotación preventiva, debiendo ésta hacerse y surtir sus efectos sólo desde la fecha en que se verifique.*

En conclusión, afirmamos que el comprador con reserva de propiedad podrá obtener, vía tercería de dominio, el levantamiento del embargo siempre que cumpla con los siguientes presupuestos: Que el contrato no se encuentre resuelto, pues sólo así conserva todos sus efectos respecto a la expectativa de adquirir el dominio y a la naturaleza crediticia en el patrimonio del vendedor, y la reserva deberá encontrarse anotada preventivamente en el registro con anterioridad al crédito del acreedor embargante, pues de lo contrario sólo surtirá efectos frente al vendedor. Por su parte, planteada la tercería, el acreedor embargante no podrá alegar buena fe y se limitará a embargar el crédito del vendedor o, en su caso, a indagar sobre la existencia de otros bienes que sí le pertenezcan.

Respecto a la segunda de las cuestiones, es decir, cuál debe ser la valoración de la autoridad judicial cuando la pretensión del embargante también sea el cumplimiento de un contrato de venta, se estará a lo regulado por el artículo 1545 del Código Civil por tratarse de dos derechos de propiedad sobre un mismo bien que se encuentran controvertidos. Al respecto, el citado precepto establece, contrario al sistema consensualista de la adquisición de la

³¹⁶ República de Bolivia. Decreto Supremo 27957, de 24 de diciembre de 2004, Reglamento, modificación y actualización a la Ley de Inscripción de Derechos Reales. *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional*, 24 de diciembre de 2004, núm. 2705.

propiedad que impera en la legislación boliviana, que: *Si por actos distintos ha transmitido el propietario los mismos bienes inmuebles a diferentes personas, la propiedad pertenece al adquirente que haya inscrito primero su título.*

En el caso propuesto se presentará la siguiente disyuntiva: Por un lado, estará el derecho de propiedad del dueño del bien embargado y, por otro, el del comprador con reserva de propiedad. En ese sentido, no obstante el citado propietario podrá formular la tercería de dominio contra el embargo, también habrá que determinarse si, por razón de verosimilitud, corresponde mantener el embargo en beneficio del comprador que pide el cumplimiento del contrato de venta con reserva de propiedad.

Aplicando la regla del artículo 1545 del Código Civil la solución se torna simple, pues únicamente habrá que determinar la prelación de la fecha de la inscripción del derecho, tanto del propietario como del comprador; elemento determinante para dilucidar quien ostenta el mejor derecho y, en su caso, si la adquisición ha sido realizada de buena fe. Por otro lado, si en ambos casos no existiese identidad en cuanto al vendedor, resultará determinante el antecedente dominial a los efectos de dilucidar acerca de quién tiene la prelación histórica en la inscripción del derecho de propiedad del que cada uno depende.

Sobre este último punto, el Tribunal Supremo de Justicia, al analizar el contenido del citado artículo 1545 del Código Civil, en lo que refiere a la identidad del vendedor, ha señalado que *...de acuerdo a la concepción extensiva de la norma de referencia, también debe aplicarse a los hipotéticos de presentarse dos o más personas que aleguen ser propietarios de un mismo bien inmueble, que pese de no haber adquirido el inmueble (predio) del mismo vendedor, sino que cada uno de estos propietarios hubieran adquirido el bien inmueble de distintos vendedores y cuyos antecesores también ostenten título de propiedad, caso para el cual se deberá confrontar el antecedente dominial de cada uno de estos propietarios y su antecesores, con el objeto de verificar de que se trate de los mismos terrenos (total o parcialmente), para verificar cuál de los títulos de propiedad fue registrado con prioridad en el registro de Derechos Reales y por otra también corresponderá analizar si el título alegado por las partes mantiene o no su validez, para de esta manera otorgar el mejor derecho de propiedad, sea en forma total (cuando los títulos de las partes se refieran a la misma superficie) o en forma parcial (cuando los títulos*

de las partes solo hayan coincidido en una superficie parcial) (A.S. Nro. 227/2017 de 8 de marzo)³¹⁷.

No obstante, tomando el supuesto menos conflictivo, es decir, el de la adquisición de un bien por parte del mismo vendedor, la autoridad judicial decidirá acerca del levantamiento o la persistencia del embargo de acuerdo con la fecha de inscripción del derecho de propiedad o, en su caso, de la reserva de dominio, tratándose del embargante.

Sobre la tercera cuestión, partiremos nuevamente de lo señalado en el numeral 5 del artículo 326-I del Código Procesal Civil, el cual dispone de forma muy genérica la procedencia del embargo preventivo cuando la pretensión sea el cumplimiento de un contrato de compraventa. En ese sentido, la norma nos plantea cualquiera de las modalidades de venta antes expuestas, a saber, la venta simple, la venta con reserva de propiedad, la venta de cosa ajena, la venta de cosa o derecho futuro, la venta con pacto de rescate y, quizá, el contrato de opción de compra.

Consideramos que los primeros cinco supuestos de venta no plantean problemas, al menos no al inicio, para acordar el embargo preventivo, pues, si dichos contratos pueden ser objeto de una pretensión de cumplimiento, estarán sujetas a su conversión a metálico en caso de incumplimiento, siendo, por tanto, igualmente admisible el embargo preventivo. Así, el artículo 614 del Código Civil establece que el vendedor tiene las siguientes obligaciones respecto al comprador: *1) Entregarle la cosa vendida, 2) Hacerle adquirir la propiedad de la cosa o el derecho si la adquisición no ha sido efecto inmediato del contrato y 3) Responderle por la evicción y los vicios de la cosa.*

Del análisis del segundo inciso del precepto citado, se infiere que el mismo regula las obligaciones en el supuesto de la venta simple, en la cual el vendedor es propietario y tiene, por lo tanto, el poder de transmitir el derecho de propiedad. Sustentamos nuestro criterio en el sistema consensualista adoptado por el legislador boliviano mediante el artículo 521 del Código Civil que señala: *En los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada o de cualquier derecho real, o la constitución de un derecho real, la*

³¹⁷ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 227/2017 de 8 de marzo de 2017. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2017/as201720227.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

transferencia o la constitución tiene lugar por efecto del consentimiento, salvo el requisito de forma en los casos exigibles.

En ese sentido, en los contratos de venta simple el contenido del cumplimiento únicamente podrá estar dirigido a la entrega del bien, debiendo el comprador utilizar el proceso monitorio regulado por el artículo 376.2 del Código Procesal Civil. Por el contrario, en aquellos contratos en los que la transferencia no se produce con el sólo consentimiento debido a la imposibilidad material o jurídica, recayendo la primera en el propio bien o derecho y la segunda en la ausencia de poder jurídico por parte del vendedor para transmitir la propiedad, el contenido de la pretensión de cumplimiento podrá recaer en cualquiera de las obligaciones señaladas por el citado artículo 614 del Código Civil.

De acuerdo con lo expresado, si el contenido del cumplimiento de un contrato de venta de cosa ajena recae en la obligación del vendedor de hacer adquirir al comprador la propiedad de la cosa o el derecho, estimamos que no correspondería adoptar el embargo preventivo. Al respecto, en la práctica esta obligación se materializa en el otorgamiento de la escritura pública que refleja la transmisión del derecho de propiedad para que surta los efectos del artículo 1545 del Código Civil referente a la preferencia entre adquirentes de un mismo inmueble.

La improcedencia del embargo preventivo se funda en la actuación subsidiaria de la autoridad judicial regulada por el artículo 430-III del Código Procesal Civil, el cual señala que *Si el condenado al otorgamiento de escritura pública de transferencia de un derecho... no cumpliere con la obligación en el plazo de diez días, la autoridad judicial, subsidiariamente, otorgará la escritura...* De acuerdo con este precepto, la posibilidad de un otorgamiento de la escritura en sede judicial constituye un modo forzoso de cumplimiento y anula cualquier conversión a metálico, bastando que el comprador solicite cautelarmente la prohibición de contratar por ser esta medida la que responde de modo más eficaz a la protección del bien frente a las modificaciones de derecho.

3.5.5. Venta con pacto de rescate

En el caso de la venta con pacto de rescate, salvo la entrega del bien, las obligaciones de ambas partes son siempre de contenido económico y pueden ser objeto de constitución en mora, por lo que el embargo preventivo será procedente tanto desde la posición del vendedor como la

del comprador. Así, en el caso del primero, éste podrá demandar el cumplimiento de pago por parte del comprador o reclamar los daños emergentes de la mora del comprador si este se niega a recibir los reembolsos del rescate. Por su parte, este último podrá demandar la entrega del bien, la resolución del contrato por incumplimiento, con los respectivos efectos retroactivos y restitutorios, y el reembolso de los gastos que hayan sido liquidados, pudiendo en este último caso retener el bien e incluso embargar el mismo hasta dicha cantidad.

En cuanto a la venta con reserva de propiedad, éste se engloba dentro de los contratos mencionados por el artículo 568-I del Código Civil por cuanto el mismo constituye, como mencionamos en párrafos anteriores³¹⁸, un contrato bilateral, aunque dicha bilateralidad se origine sólo con el pago de la última cuota produciendo hasta entonces efectos unilaterales. Por lo expresado, será requisito *sine quanon* por parte del comprador que éste haya cancelado la totalidad del precio pues sólo en ese caso el vendedor tendrá todas las obligaciones reguladas por el artículo 614 del Código Civil.

Si, por el contrario, es el vendedor el que demanda el cumplimiento del contrato, el contenido de la pretensión será el cumplimiento de las cuotas las cuales perfectamente podrán tramitarse por la vía monitoria, entendiéndose la naturaleza unilateral del contrato antes del pago total. En cuanto a la facultad del vendedor de demandar la resolución del contrato y la compensación equitativa por el uso de la cosa, regulada por el artículo 585-III del Código Civil, ésta no se enmarca en el supuesto de embargo preventivo estudiado en el presente título por cuanto éste sólo refiere a la pretensión de cumplimiento del contrato de venta. No obstante, sí se ajusta al supuesto señalado en el numeral 2 del artículo 326-I del Código Procesal Civil referente a la constancia del crédito en un documento público y con ausencia de garantía.

Por último, respecto al contrato de opción de compra, persistimos en nuestra posición de no considerar a éste un contrato de venta sino solamente un contrato preliminar de esta última. En ese sentido, definitivamente no podría acordarse el embargo preventivo sobre la base de este contrato, salvo que el optante sí haya ejercido su facultad de aceptación, por los siguientes motivos:

³¹⁸ V. pág. 166.

1. Como contrato de opción, mientras no exista aceptación, aún no se ha consolidado la venta
2. Siendo de naturaleza preliminar o precontractual, no puede generar las pretensiones de cumplimiento o de resolución
3. Si se acepta que puede solicitarse el embargo preventivo sobre la base de los daños y perjuicios que el contrato de opción genera, éste ya no sería mediante el supuesto de cumplimiento de contrato de compraventa, sino de acuerdo con el numeral 2 del artículo 326-I del Código Procesal Civil.
4. LAS GARANTÍAS REALES COMO PRESUPUESTO EVENTUAL, AUNQUE EXCLUYENTE DEL PELIGRO EN LA DEMORA

Desde hace mucho tiempo algunos autores han llegado a plantear que el embargo preventivo tiene una naturaleza real. Sustentan esta posición en la posibilidad de que, cuando éste es trabado sobre bienes inmuebles, el mismo es objeto de anotación registral y, por tanto, genera efectos *erga omnes*, pues es evidente que sólo a partir de entonces la medida podrá ser oponible a terceros que celebren actos sobre el bien embargado³¹⁹.

También existen posiciones de las que, aun cuando no son expresamente contrarias a la primera, se infiere que la anotación del embargo no otorga al mismo una naturaleza registral. Así, si se atiende a la anotación como un asiento de carácter temporal que da publicidad a las *consecuencias presentes o futuras de una situación interina*³²⁰ y, por tanto, *dependiente de su desarrollo o terminación*³²¹, éste no puede ser entendido como un derecho real por cuanto los mismos, al tener un carácter absoluto y definitivo, son inscribibles.

Lo expresado adquiere fuerza desde el punto de vista del objeto de la anotación, pues en el caso que analizamos, éste vendrá determinado por el embargo preventivo que, amén de no ser un derecho, constituye una medida de carácter procesal cuyos efectos reales son sólo contingentes. No obstante, lo paradójico es que en algunos casos un derecho real es, desde un criterio etiológico, fundamento del embargo preventivo.

³¹⁹ El artículo 411-II C.P.C. establece que el embargo de inmuebles se hace efectivo por su inscripción en el registro de Derechos Reales.

³²⁰ ARNAIZ EGUREN, R., «La anotación preventiva de embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero: su eficacia en la determinación de la ejecución respecto de titulares registrales posteriores a ella», Revista crítica de derecho inmobiliario, núm. 666, 201, págs. 1555-1586.

³²¹ *Íbid.*

Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia peruana se muestra dividida en el sentido de que en sentencias cronológicamente más recientes se considera al embargo como un derecho personal³²², mientras que en otras anteriores señala que no puede conferírsele al derecho de embargo ...*la calidad de derecho personal, puesto que no son derechos de crédito (personal u obligacional) sino que es un mecanismo de tutela procesal del derecho de crédito...*³²³ Pese a ello, con más criterio se presenta la exposición de la Sentencia de Casación Nro. 942-2010 que señala claramente que ...*la inscripción de un derecho personal en los Registros Públicos no convierte a éste en real, sino que conserva su carácter, de tal modo que ante la concurrencia de un derecho real –como es el de propiedad– con otro de distinta naturaleza, prevalece el primero con prescindencia del tiempo de la inscripción...*³²⁴.

Por su parte, de lo establecido por el artículo 1360 del Código Civil se infiere que el embargo no puede ser concebido como un derecho, aun cuando el citado precepto pueda configurar una especie de “derecho de embargo” al señalar que este último es un efecto del derecho de persecución. ¿Podemos, entonces, entender que el derecho de persecución se equipara al derecho al embargo?. Al respecto, convendrá previamente delimitar el concepto y los alcances que dimanen del derecho de persecución así como la naturaleza de la relación que el legislador ha establecido entre este y el embargo.

Considerando que en el derecho romano la *hypotheca* constituye un derecho real de garantía que se desprende de la *conventio pignoris*, entendemos que los orígenes del derecho de persecución en el ámbito procesal se encuentran en la *actio pignoratitia in rem*. Mediante esta

³²² Así, por ejemplo, las Sentencias de Casación Nro. 1565-2010 y 1061-2011 (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil permanente). Disponibles en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d4451e804069e3e98d66cd99ab657107/1565-10.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d4451e804069e3e98d66cd99ab657107> y <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/827e8f004069d85489e8c999ab657107/1061-11.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=827e8f004069d85489e8c999ab657107>. [Consultadas el 1 de octubre de 2019].

³²³ Corte Suprema de Justicia de la República (Sala Civil permanente). Sentencia de Casación Nro. 270-2008 de 21 de abril. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d43bd1804069eb019010d099ab657107/270-2008.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d43bd1804069eb019010d099ab657107>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

³²⁴ Corte Suprema de Justicia de la República (Sala Civil transitoria). Sentencia de casación Nro. 942-2010 de 11 de mayo. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/88de66804069daf38a97ca99ab657107/942-2010.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=88de66804069daf38a97ca99ab657107>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

acción, según ROBLES VELASCO, ...*podía el acreedor dirigirse contra el tercero adquirente (igual que con la actio Serviana), pero también contra el propio deudor, si éste no pagaba*³²⁵.

La posibilidad que el precedente romano otorgaba para que el acreedor se dirija contra los terceros poseedores modela lo que hoy en día se conoce como el derecho de persecución, mismo que en su dimensión *erga omnes* le faculta para embargar la cosa o derecho en poder de cualquiera. De acuerdo con ello, si, tal como establece textualmente la norma, la persecución es una facultad y el embargo una posibilidad, entenderíamos que el segundo es una materialización del primero, pudiendo el acreedor que tiene el derecho de persecución optar por las medidas que mejor protejan su derecho de crédito, siendo una de ellas el embargo.

Por otro lado, si se toma en cuenta que el embargo materializa el derecho de persecución y que solo puede ser adoptado en virtud de un proceso judicial, siempre será una medida de carácter procesal y nunca material. En ese sentido, el hecho de que el embargo esté reconocido por la ley sustantiva (art. 1360 C.C.), la cual regula esencialmente derechos materiales, no implica que sea un derecho, pues como sostiene MONTERO AROCA al analizar aquellas normas procesales derivadas del derecho material a aplicar, *El derecho material que debe actuarse en el caso concreto puede imponer la existencia de normas procesales específicas, que son aquéllas que atienden al objeto del proceso, a la competencia, a las partes, a los efectos, en algún caso a la ejecución y a menudo a las medidas cautelares*³²⁶.

En cuanto al segundo efecto que emana del citado artículo 1360 del Código Civil, el derecho de preferencia, al igual que el embargo en el derecho de persecución, constituye también una norma procesal específica. La diferencia de la preferencia con el embargo se encuentra en la norma procesal concreta que a través de ella se pretende introducir, pues si el embargo es una medida cautelar configurada por la hipoteca, siendo esta última el derecho material, la preferencia atiende a la fase de ejecución y al orden que deberá observar la autoridad judicial cuando concurren pluralidad de acreedores.

³²⁵ ROBLES VELASCO, L., «Margarita Fuenseca, *Pignus e hypotheca* en su evolución histórica, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2013, 270 págs.», Revista Internacional de Derecho Romano, núm. 11, 2016, págs. 606-616. Es reseña de: FUENSECA, M., *Pignus e hypotheca en su evolución histórica*, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2013.

³²⁶ MONTERO AROCA, J., «Procesos dispositivos: procedimiento ordinario por razón de la materia». En: MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S., *El nuevo proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Como apuntamos anteriormente, el embargo implica una de las medidas por las que podrá optar el acreedor para ejercer su derecho de persecución y, por ende, proteger su derecho de crédito. En cambio, el derecho de preferencia constituye una norma de carácter imperativa por cuanto el texto del artículo 1360-I señala de forma concluyente que por esta el acreedor *...es preferido en el pago a otros acreedores*. De lo expresado, se infiere que la preferencia tiene un carácter dispositivo más limitado y que a su vez constriñe a la autoridad judicial a observar la prelación de aquel acreedor que tiene una hipoteca inscrita a su favor.

Este derecho también se encuentra integrado a la anticresis, pues el artículo 1431 del Código Civil establece con el mismo ánimo que *La anticresis confiere al acreedor el derecho de retención y el de preferencia...* aunque, con mayor prolijidad, remite dicha preferencia a lo regulado por el artículo 1393 de la misma ley. Este precepto delimita la preferencia entre acreedores hipotecarios y anticresistas, utilizando como solución el sistema registral constitutivo y el principio de prioridad en el tiempo, de modo que ésta será deferida en favor del acreedor que haya inscrito primero su derecho.

En la anticresis, pese a que llama la atención que no se encuentre reconocido expresamente un derecho de persecución, el embargo se encontraría implícitamente reconocido, ora por la propia ley sustantiva, ora por la ley procesal, de acuerdo con lo regulado por el artículo 1433 del Código Civil. El precepto señala que *El acreedor no pagado puede con intervención judicial y en la forma y con los requisitos previstos por el Código de Procedimiento Civil, sacar a pública subasta el inmueble dado en anticresis*.

Esa posibilidad de vender judicialmente el bien -como ya expresamos- requiere de un embargo previo como medida que determina el precio de la subasta y, por tanto, su correspondencia con el valor del crédito³²⁷. Sin embargo, del análisis del citado artículo 1433, consideramos que el legislador pondera más el derecho de retención en lugar del derecho de

³²⁷ No obstante, contrariamente CACHÓN CADENAS sostiene que *...los efectos que produce el embargo ya se consiguen con la prenda o la hipoteca. En consecuencia, resulta innecesario embargar los bienes hipotecados o pignorados. una vez incoada la ejecución, esos bienes pueden ser sometidos a la actividad de apremio, sin necesidad de practicar sobre los mismos el embargo*. CACHÓN CADENAS, M.J., *El embargo*, cit., pág. 101. Al respecto, y salvando la regulación expresa de la Ley Hipotecaria española, consideramos que esta posición es errónea, pues, si bien por su especialidad e indivisibilidad la hipoteca está íntegramente destinada al crédito que garantiza, su incumplimiento genera otros créditos que eventualmente pueden sobrepasar el valor del bien hipotecado. Esta certeza únicamente podrá obtenerse por la necesidad de embargar otros bienes que sobrepasen la garantía real.

persecución, por ello el reconocimiento expreso de uno y no del otro, debido a la naturaleza posesoria que implica la anticresis y que se encuentra ausente en la hipoteca.

Al respecto, FUENTES SORIANO se inclina por el carácter constitutivo de la inscripción en el derecho real de hipoteca al sostener que *...si tenemos todo lo necesario para constituir una hipoteca y la constituimos, la hipoteca existe, pero existe «sin vida jurídica», y puesto que la hipoteca no es una entidad objetiva..., sino jurídica, tal hipoteca sólo tiene una existencia potencial; si no se inscribe no existe en el Ordenamiento (y, naturalmente, sólo en el Ordenamiento cumple su función) así que, para que quede «válidamente constituida», es necesario inscribir el «documento en que se constituya» [o, mejor, en que se constituyó] en el Registro de la Propiedad*³²⁸. De acuerdo con la citada autora, esa “entidad objetiva” a la que se refiere no es otra que aquella perceptible a los sentidos o materialmente realizable, como sería, la posesión; la ausencia del elemento objetivo en la hipoteca es justamente lo que motivaría la necesidad de embargar directamente y no de retener, suponiendo este último un poder de hecho sobre la cosa que sí se encuentra presente en figuras como la anticresis o la prenda.

Entendiendo que la garantía puede ser real o personal, por expresa disposición del artículo 1470-II del Código Civil, el acreedor también podrá embargar y sacar a pública subasta un bien perteneciente a un tercero. Así, el citado precepto *señala que También puede obtenerse el embargo y la venta forzosa contra los bienes de un tercero cuando están vinculados al crédito como garantía.*

El supuesto previsto en la norma se refiere a aquel en el que un tercero, llamado fiador, garantiza con bienes propios la obligación del deudor principal, de manera que queda obligado con el acreedor pero sólo en defecto de aquél. Es éste el fundamento del beneficio de excusión que, como señala BLASCO GASCÓ, constituye el carácter subsidiario de la fianza³²⁹, a lo que hay que añadirle que este beneficio *...se traduce en una carga para el fiador, esto es, un comportamiento que ha de observar si quiere obtener la ventaja de que el crédito no se haga efectivo sobre su patrimonio en tanto pueda normalmente realizarse sobre el patrimonio del deudor*³³⁰.

³²⁸ FUENTES SORIANO, O., «La inscripción constitutiva de la hipoteca: Su importancia para la ejecución», Anales de la Universidad de Alicante, núm. 8, 1993, págs.247-264.

³²⁹ BLASCO GASCÓ, F., *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, cit.

³³⁰ *Íbid.*

El embargo de los bienes de un tercero supone la existencia necesaria de fianza personal, misma que, en criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, implica una relación obligatoria que *...se establece entre el fiador y el acreedor aunque ciertamente con las previsiones establecidas en los artículos 933 al 937 de Código Civil...* (A.S. Nro. 562/2014 de 3 de octubre)³³¹. Dicha relación, naturalmente, encuentra su nexo en la obligación del deudor principal y no en la persona de éste, motivo que a su vez genera la extinción de la fianza cuando el acreedor concede al deudor la prórroga sin el consentimiento del fiador, así como la repetición a favor de este último.

Conforme al supuesto estudiado, la misma jurisprudencia añade que *La hipoteca también puede ser constituida por el propietario para garantizar la deuda de un tercero, en cuyo caso nos encontramos frente a la fianza o caución real*³³². Al respecto, si bien el crédito del acreedor supone una relación personal con el deudor, pudiendo sólo a través de éste embargar los bienes que conforman su patrimonio; en el caso de la hipoteca constituida por un tercero el fundamento del embargo sobre sus bienes será siempre objetivo, pues amén de que el fiador no es el deudor principal, dicha posibilidad de embargar encuentra su origen en la obligación contraída por el deudor principal.

De acuerdo con lo expuesto, la hipoteca constituida sobre los bienes del fiador genera una especie de fianza mixta que tiene tanto elementos personales como reales. Así, la fianza será personal en cuanto al fiador y real en cuanto al bien de su patrimonio que es objeto de la hipoteca, generando en este último caso los derechos de persecución y preferencia.

La existencia de esta fianza mixta pone en entredicho el tratamiento personal o real que deberá dársele a la misma, pues la diferencia no solamente se encuentra determinada por su naturaleza sino también por las causas de extinción diferentes, como ya veremos, en cada una de ellas. Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia ha puntualizado las diferencias entre ambas modalidades de garantía al señalar que: *...la fianza se extingue por las siguientes causas: Por las mismas causas que las demás obligaciones. (art. 939 CC.); porque el acreedor por un hecho propio ha determinado que no pueda tener efecto la subrogación de fiador en los derechos, la prenda, las hipotecas, la anticresis o los privilegios del acreedor” (art. 940 CC.);*

³³¹ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 562/2014 de 3 de octubre. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=6841>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

³³² *Íbid.*

porque el acreedor voluntariamente acepta como pago por la deuda principal una cosa inmueble o de cualquier otro efecto; porque sin consentimiento expreso del fiador el acreedor concede al deudor principal una prórroga para el cumplimiento de la obligación, dejando claramente sentado que aun cuando en la práctica muchas veces con este nombre se alude a cualquier tipo de garantía del derecho de crédito, sea real o personal, el auténtico sentido de la fianza es que se trata de una garantía personal que asume el fiador en favor del deudor y frente al acreedor, para el caso de incumplimiento por parte del deudor principal por eso es que se la constituye mediante un contrato accesorio o subordinado al contrato u obligación principal, que es precisamente lo que se pretende afianzar, resultando intrascendente para constituir fianza, el consentimiento expreso del deudor principal... (A.S. Nro. 562/2014 de 3 de octubre)³³³.

Por su parte, respecto a la naturaleza de la hipoteca ha entendido lo siguiente: *...toda constitución de hipoteca para resultar válida, dentro de algunos de sus requisitos, debe cumplir necesariamente con el de especialidad, tanto del bien hipotecado conforme señala el art. 1378 de Código Civil, referida a la obligación imperativa de individualizar de manera concreta el bien o bienes que se constituyen en la garantía, en resguardo precisamente de aquellos que no están afectados; así como con el requisito de especialidad en la suma garantizada con la hipoteca, conforme previene el art. 1379 de la norma sustantiva que refiere: “La hipoteca voluntaria sólo es válida en tanto la suma por la cual se ha constituido sea cierta y determinada. Si el crédito resultante de la obligación es condicional en su existencia o está indeterminado en su valor, el acreedor no podrá pedir su inscripción sino hasta la concurrencia de un valor estimativo que él declarará expresamente y que el deudor tendrá derecho a hacer reducir, si hubiere lugar.”, esto porque necesariamente la hipoteca debe ser considerada desde dos perspectivas, desde el punto de vista del bien para producir plenos efectos cuando se haga perseguible la obligación y desde la perspectiva del crédito o la suma o monto por la que se garantiza ya que conforme establece el artículo glosado supra, su indeterminación ha de decretar su invalidez (A.S. Nro. 562/2014 de 3 de octubre)³³⁴.*

³³³ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 562/2014 de 3 de octubre. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=6841>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

³³⁴ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 562/2014 de 3 de octubre. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=6841>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

De la jurisprudencia glosada, se desprende que si bien la hipoteca y la fianza constituyen medios de garantía, una real y la otra personal, y que en ambas es necesaria la especialidad en cuanto a la suma garantizada, no lo es, sin embargo, en cuanto al bien por hallarse este ausente en la fianza personal. En ese sentido, atendiendo al elemento común entre ambas garantías, la especialidad en la suma garantizada, la misma resulta trascendental para delimitar la responsabilidad del fiador y, por lo tanto, la cantidad por la que será embargada la universalidad de sus bienes, o el bien hipotecado si la garantía es real.

Así, en cuanto a la especialidad de la hipoteca, el artículo 1378 del Código Civil señala que *No es válida la hipoteca convencional si el instrumento público que la constituya no señala e individualiza claramente cada uno de los inmuebles sobre los cuales se consiente la hipoteca.* Por su parte, aplicando análogamente dicha especialidad a la fianza, aunque con efectos menos rigurosos, el artículo 920-I y III del Código Civil establece que *La fianza no puede exceder a lo debido por el deudor, ni contraerse en condiciones más onerosas...La fianza que excede a la deuda, o que se otorga en condiciones más onerosas, no es nula, pero se reducirá a los límites de la obligación principal.*

No obstante, la fianza y la hipoteca tienen diferentes modos de extinción; ambas, por su naturaleza de garantía, se encuentran subordinadas a la existencia del crédito. En ese sentido, extinguido éste, también desaparecerán la fianza y la hipoteca, siendo indistinta la naturaleza real o personal de cada una de ellas.

Por otro lado, en cuanto a los efectos que tienen los derechos reales de garantía para el embargo posterior, conviene señalar que, además de anular por sí mismos el peligro en la demora para el derecho de crédito del acreedor, también acentúan o refuerzan el principio de proporcionalidad para los derechos del deudor establecido por el artículo 1470-I del Código Civil. En ese sentido, el artículo 1471 de la misma norma señala que *El acreedor que tiene prenda, hipoteca, anticresis o privilegio sobre bienes determinados del deudor no puede embargar otros si no somete previamente a venta judicial los primeros.*

Para el caso de la prenda o la anticresis -como ya mencionamos anteriormente- el legislador ha contemplado como garantía inmediata (y podríamos decir con preferencia al embargo) el derecho de retención y, como no podía ser de otra manera, también el derecho de preferencia. Al respecto, conviene preguntarse si la inclinación del legislador por el derecho de

retención excluiría al embargo, por resultar el primero *a priori* una medida más idónea por contener el elemento “posesión”.

Analizando, en primer lugar, la situación de la anticresis, el artículo 1431 del Código Civil establece que ésta confiere al acreedor el derecho de retención y el de preferencia de acuerdo con lo regulado por el artículo 1393 de la misma norma. Tomando el derecho de retención, éste necesariamente deberá cumplir con los siguientes presupuestos: onerosidad, posesión física del bien y especificidad. Por el primero, el contrato deberá ser oneroso por presunción o mandato de la ley o por voluntad de las partes; por el segundo, éste implicará un contacto con el bien por parte del acreedor y la consecuente desposesión del deudor o, en su caso, la ausencia de ésta; y en cuanto al tercero, la facultad de retener deberá estar contemplada expresamente por la ley.

Llevando lo expresado al terreno práctico, gozarán de este derecho los acreedores cuyo derecho se haya originado del incumplimiento de los contratos de anticresis, prenda, mandato, arrendamiento y transporte, encontrándose excluido el contrato de depósito por presumirse su gratuidad, salvándose el pacto en contrario. De acuerdo con ello, tomemos el supuesto de un contrato de anticresis en el que el acreedor no pagado utiliza su derecho de retención sobre el bien inmueble, resultando las siguientes cuestiones por la naturaleza de este tipo de negocio jurídico: ¿La retención opera *ipso iure* o, al igual que el embargo, requiere instancia de parte? ¿El ejercicio del derecho de retención interrumpe la prescripción? y, si acaso se embarga el bien inmueble, ¿Este excluye el derecho de retención?

Respondiendo a la primera cuestión, la operabilidad *ipso iure* del derecho de retención, previamente conviene delimitar su naturaleza, es decir, si estamos ante un medio de auto tutela o si, por el contrario, en realidad se trata de una medida que requiere de autorización judicial. Sobre este punto, ADAME LÓPEZ considera que este *es un modo de autodefensa que opera en los supuestos establecidos por ley en virtud de la situación de hecho en que se encuentra el acreedor de poseer, con o sin consentimiento del deudor, pero no por formar parte integrante de la obligación, bienes corporales que no le pertenecen y que generará una coacción privada para el cobro de un crédito debido*³³⁵.

³³⁵ ADAME LÓPEZ, A., «La autodefensa y el derecho de retención». En: AA.VV., *Homenaje al doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, págs. 1-13.

En distintos preceptos, el Código Civil manifiesta la naturaleza de la retención al contemplarla como un derecho. Así, en cuanto al contrato de depósito señala en su artículo 857-I que *...el depositario tiene el derecho a retener el depósito...* (si es oneroso, claro está); en el artículo 1404 que *El contrato de prenda confiere al acreedor el derecho a retener la cosa...*; en el ya citado artículo 1431 que *La anticresis confiere al acreedor el derecho de retención...*; en el artículo 98-I que *El poseedor de buena fe puede retener la cosa hasta que se le abonen las indemnizaciones...*, entre otros.

De acuerdo con lo señalado, concluimos que la retención, al tratarse de un derecho, no obstante es accesorio por encontrar su fundamento en otro derecho principal como es el de crédito, constituye una facultad concedida por la ley sin necesidad de intervención judicial. En ese sentido, planteado el litigio correspondiente, a la autoridad judicial no le queda más que reconocer o desconocer este derecho, mientras no se hayan rematado los bienes y se haya obtenido la satisfacción del crédito que lo sustenta.

De lo último, podemos extraer que el derecho de retención opera de pleno derecho al ser una facultad concedida por la ley y que no requiere más que el reconocimiento, y no la adopción, por parte de la autoridad judicial justamente por la naturaleza extraprocésal que este reviste. Asimismo, concordamos con ADAME LÓPEZ en el sentido de que, si bien la retención constituye un efecto inmediato, únicamente será un medio para obtener la posterior satisfacción del crédito que, como no puede ser de otra manera, se llevará adelante mediante el embargo previo de los bienes objeto de tal retención a efectos de delimitar la correspondencia cuantitativa y cualitativa respecto al crédito reclamado.

En cuanto a la segunda cuestión, es decir, si el derecho de retención interrumpe la prescripción, el planteamiento del problema recae en el supuesto en el que el acreedor, utilizando dicha auto tutela que le confiere la ley, no inicia el proceso judicial y, en consecuencia, no obtiene el embargo del bien. Tal situación, pone en pugna dos situaciones jurídicas: por un lado, el derecho de retención y, por otro, la prescripción extintiva de su derecho de crédito.

En el supuesto citado, el deudor, sacrificando temporalmente su posesión sobre el bien inmueble que es objeto de la anticresis, podría no satisfacer el derecho del acreedor, consciente de que el paso del tiempo hará prescribir el crédito y, con ello, su derecho de retención. En ese sentido, utilizando tal situación a su favor, el deudor quedaría facultado a demandar la

prescripción extintiva del crédito del acreedor y la acción reivindicatoria del bien inmueble, ante la pérdida del acreedor de su condición de detentador por carecer de derecho de crédito y, por lo tanto, también del de retención.

El punto de partida, ineludiblemente, será lo regulado por el artículo 1493 del Código civil referente al inicio de la prescripción. Este precepto, señala que *La prescripción comienza a correr desde que el derecho ha podido hacerse valer o desde que el titular ha dejado de ejercerlo*. Al respecto, se plantea la siguiente cuestión: concretamente en el contrato de anticresis si el inicio del cómputo se encuentra marcado por el sólo vencimiento del plazo establecido en el contrato o si, además de ello, se requerirá la constitución en mora del deudor.

Sobre este punto, entendiendo que el efecto de la mora, amén de los daños y perjuicios o los riesgos que ella importa, finalmente materializa el incumplimiento del deudor ante la ley posibilitando desde ese momento el ejercicio de la acción por parte del acreedor para la satisfacción del crédito, consideramos que el sólo vencimiento del plazo constituido en el contrato de anticresis marcará el inicio del cómputo de la prescripción. Ello encuentra sentido en el efecto extintivo de la prescripción que, a diferencia de la caducidad, opera sobre la acción y no así sobre el derecho.

Lo expresado guarda concordancia con lo establecido por el legislador en el artículo 1503 del Código Civil donde señala que la prescripción se interrumpe por una demanda judicial, un decreto o un acto de embargo notificados a quien se quiere impedir que prescriba. Así, una vez vencido el plazo, el acreedor de un contrato de anticresis quedará facultado para requerir judicial o extrajudicialmente al deudor el cumplimiento de su prestación interrumpiendo, por este solo acto, la prescripción.

Si, por el contrario, el acreedor no ejerce requerimiento alguno, la acción quedará prescrita, imposibilitando con ello la constitución en mora y, por supuesto, la posibilidad de reclamar la satisfacción forzosa del crédito. De acuerdo con esto, debido a que el derecho de retención constituye una forma de auto-tutela, a lo mucho podrá generar la constitución en mora del deudor por suponer una resistencia a la entrega y con ello el requerimiento previo y extrajudicial de restitución del capital anticrético. Sin embargo, solamente tendrá como efecto la interrupción de la prescripción por mandato del artículo 1503-II del Código Civil, comenzando a correr a partir de entonces un nuevo cómputo mientras no se interponga la

pretensión de pago en la vía judicial, se inicie una diligencia preparatoria³³⁶ o se obtenga un embargo *ante demandam* y que éstos actos se notifiquen al demandado.

Ahora bien, respecto a la exclusión del derecho de retención por efecto del embargo, previamente habrá que observar la naturaleza del bien que es objeto de garantía pues si bien en los casos del derecho de retención a favor del mandatario (art. 824-I C.C.), del acreedor prendario (art. 1405-II C.C.) y del anticresista (art. 1432 C.C.) la ley prevé su preferencia frente a otros créditos, en lo demás existe una ausencia de regulación por parte del legislador y, por lo tanto, la necesidad de aportar una solución desde la doctrina. Es el caso del poseedor de buena fe cuyo derecho, pese a estar reconocido por el artículo 83 del Código Civil, no solo no está regulado frente al derecho de crédito de otros acreedores, sino que además contiene la responsabilidad por los daños o la pérdida de la cosa durante la posesión.

De acuerdo con el citado artículo 83, el poseedor de buena fe puede retener la cosa hasta que se le abonen las indemnizaciones y se le reembolsen los gastos realizados por concepto de mejoras y ampliaciones necesarias. Al respecto, al igual que en cualquier derecho de crédito donde se encuentra inmerso el factor posesión, el poseedor se encontrará facultado para ejercer la retención como una forma de garantía inmediata y de auto tutela. No obstante, si posteriormente existiese una anotación preventiva de embargo sobre el mismo bien, ello impondría la preferencia sobre el derecho del poseedor por el efecto *erga omnes* que dicha anotación genera y la buena fe que el registro supone para el actuar del acreedor embargante.

Por otro lado, atendiendo al supuesto donde el embargo preventivo, y no anotado, es trabado con anterioridad al derecho de retención, se encontrarían ausentes en el primero la

³³⁶ Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia ha ampliado el término “demanda” a las diligencias preparatorias al señalar que: *...todo acto jurídico procesal que denote una manifestación de voluntad que acredite en forma auténtica que el acreedor no ha abandonado su crédito y que su propósito es no dejarlo perder, pudiera encontrarse inmerso dentro el término "demanda" y pudiera generar el efecto interruptivo previsto en el citado art. 1503 del Código Civil. Siendo en consecuencia tres los requisitos esenciales que el acto jurídico procesal debería reunir para que interrumpa la prescripción: 1) ser deducido ante un órgano jurisdiccional; 2) demostrar inequívocamente la voluntad del acreedor de lograr el cumplimiento de la obligación; 3) ser notificado a quien se quiere impedir que prescriba.* Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 220/2012 de 23 de julio de 2012. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2012/as201221220.htm>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

oponibilidad y la presunción de buena fe. En ese sentido, el embargo subsistiría únicamente entre las partes siendo en este caso preferente la posesión y, con ella, el derecho de retención³³⁷.

Por su parte, el legislador tampoco ha previsto nada respecto a la situación del derecho de retención del usufructuario³³⁸ y su oponibilidad o inoponibilidad frente a los acreedores del usufructuante. Así, el artículo 241 del Código Civil establece que el usufructuario puede retener el bien que ha sido objeto del usufructo hasta que se le reembolsen los gastos por reparaciones extraordinarias y las anticipaciones por concepto de los intereses imputables a las cargas impuestas sobre el bien usufructuado.

Al respecto, partiendo de que el usufructo, por disposición del artículo 1540-2) del Código Civil, es un derecho susceptible de inscripción, surtirá efectos frente a posteriores embargos indistintamente se encuentren o no inscritos en el registro. De acuerdo con ello, entendiendo que el usufructo, como derecho principal, es fundamento del derecho de retención, cuya naturaleza es accesoria al primero por cuanto sólo a partir de sus efectos puede generarse la facultad de retener, el mismo impone su preferencia respecto a los derechos de crédito que hayan nacido con posterioridad o que, aun cuando preexistan al usufructo, no hayan sido inscritos en el registro³³⁹.

En cuanto al derecho de retención que la ley otorga en virtud de un contrato de depósito, el artículo 857 del Código Civil señala que éste será ejercido hasta que se le pague íntegramente al depositario lo que se le deba por razón de dicho depósito. A continuación, el mismo precepto señala en su segundo apartado que si no estuviesen justificados los adeudos por concepto del depósito, el depositante tendrá la facultad de pedir en la vía judicial la devolución de lo depositado, previa constitución de garantía idónea.

En la norma analizada puede observarse como el legislador nuevamente regula el derecho de crédito y la relación jurídica constituida entre aquel que se encuentra obligado a pagar una suma de dinero y aquel a quien la ley, considerándole un acreedor, le faculta el

³³⁷ Creemos que, a su vez, éste sería uno de los fundamentos por el que no procede el secuestro de los bienes muebles sobre los que el deudor tiene la posesión por más de un año, tal como regula el artículo 326-IV del Código Procesal Civil.

³³⁸ Mención aparte merece el derecho de usufructo en su integridad frente al embargo, refiriéndonos en el presente apartado únicamente al derecho de retención que emana de este derecho real.

³³⁹ El propio artículo 1538-III del Código Civil establece que *Los actos por los que se constituyen, modifican o limitan los Derechos reales sobre inmuebles, y en los cuales no se hubiesen llenado las formalidades de inscripción, surten sus efectos sólo entre las partes contratantes con arreglo a las leyes, sin perjudicar a terceros interesados.*

ejercicio del derecho de retención. Sin embargo, nada se regula respecto al derecho de retención del depositario y los efectos que este derecho surte respecto a terceros que también aleguen derechos genéricos o específicos sobre el patrimonio del deudor que a su vez es depositante.

Al respecto, insistimos nuevamente en el carácter no inscribible e *ipso iure* que reviste al derecho de retención, lo cual, amén de constituir una garantía posesoria inmediata, representa un problema de eficacia frente a otros derechos que gozan de la publicidad y la buena fe que les concede el registro. Asimismo, tal situación cae aún más en discordancia si a ella se antepone otra medida que implica un depósito, pero esta vez judicial, como es el secuestro de bienes muebles o semovientes.

Sin embargo, si bien el derecho de retención opera *ipso iure*, del texto del artículo 850-I del Código Civil se infiere una necesidad de que este derecho sea ordenado por autoridad judicial. Al respecto, el citado precepto señala que *El depositario debe restituir la cosa al depositante, luego que éste la reclame, aún cuando el contrato fije un término, a menos que ese término se hubiese convenido en interés del depositario, o que éste cuente con una orden de retención o una oposición judicial a la entrega o bien si, tratándose de arma, crea prudentemente que el depositante pueda ir a cometer alguna falta o delito.*

Consideramos que el carácter judicial que reviste el derecho de retención en el contrato de depósito no tiene por causa un desliz del legislador. Lo expresado encuentra sustento en el hecho de que, en el contrato de depósito, a diferencia de lo que ocurre en otros negocios jurídicos, existe la posibilidad de que la restitución opere a sola petición del depositante o del depositario aun cuando el plazo se encuentre pendiente de cumplimiento.

Tal determinación, genera una especie de incertidumbre tanto para los derechos que hubiesen podido quedar desprotegidos como para aquellos que a la fecha de la reclamación del depósito se encontrasen pendientes de satisfacción. Es esa discordia la que justifica que, *a priori*, la ley judicialice cualquier oposición a la entrega de los bienes depositados, incluyendo el derecho de retención, prescindiendo de la autotutela. Así, si atendemos al carácter sinalagmático que envuelve a este tipo de contratos, lo normal será que previamente se dilucide el cumplimiento de las prestaciones que este genera para cada una de las partes que intervienen en él.

De acuerdo con lo expresado, tomando en cuenta la necesaria intervención judicial en la retención cuyo sustento es un contrato de depósito, estamos en condiciones de señalar que esta, a diferencia de lo que sucede en otras figuras donde dicha retención *per se ipso iure*, reviste una naturaleza esencialmente cautelar. Sin embargo, quedando siempre pendiente la ausencia de publicidad, a falta de regulación expresa, este derecho sólo podría surtir efecto entre el depositante y el depositario; salvo que se aplique análogamente lo regulado por el artículo 411-II del Código Procesal Civil que dispone que el embargo de muebles (no sujetos a registro, claro está) se hará efectivo mediante su aprehensión.

Ahora bien, entendiendo que las garantías reales siempre deben estar constituidas mediante documento público, conviene analizar qué ocurre en aquellos casos en los cuales, pese a ser evidente la intención de las partes de constituir tales garantías, éstas no respetan la forma establecida por la ley. Al respecto, corresponde partir de lo establecido por el artículo 549 del Código Civil que señala que el contrato es nulo, entre otras causales, por faltar en el mismo el objeto o la forma prevista por la ley como requisito de validez.

De acuerdo con el precepto citado, conviene señalar que por expresa disposición de la ley, deberán ser celebrados mediante documento público los contratos de hipoteca (art. 491-2) C.C.); de prenda agrícola, ganadera, hotelera o industrial (art. 1421 C.C.); de anticresis (arts. 491-3) y 1430 C.C.) y de subrogación convencional (arts. 491-4) y 325-II.1) C.C.). En este sentido, aplicando lo establecido en el artículo 549 del Código Civil, si alguno de los actos antes mencionados no cumple con la forma que establece la ley, serán nulos.

Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que *...para la validez del contrato de anticresis, la ley establece que éste, debe ser constituido mediante documento público e inscrito en Derechos Reales (art. 1430 del CC), para que surta efectos contra terceros debe cumplir con la publicidad correspondiente (art. 1538 del CC), formalidades legales sine quanon para poder ejercer el derecho de retención y el de preferencia (art. 1431 del CC)...* (A.S. Nro. 222/2015 de 9 de abril)³⁴⁰. El criterio del Tribunal es muy claro en cuanto a los requisitos necesarios para que este tipo de contrato surta efectos frente a terceros, pues es evidente que por disposición del artículo 1538 del Código Civil, cualquier acto sobre bienes

³⁴⁰ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 222/2015 de 9 de abril de 2015. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2015/as201520222.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

inmuebles únicamente gozará de publicidad mediante su inscripción en el registro y, por lo tanto, de la oponibilidad erga omnes que, sólo a partir de entonces, le otorga la ley.

Pese a ello, el Tribunal Supremo de Justicia de igual manera ha construido un criterio más amplio respecto al contrato de anticresis que no cumple con la forma pues, no obstante la ley sanciona con nulidad la anticresis celebrada en documento privado, este Tribunal ha trascendido más allá de los efectos respecto a terceros y ha interpretado aquellos que indudablemente se generan entre las partes. Al respecto, ha señalado que *...dichos contratos tienen eficacia entre los otorgantes y sus herederos y causahabientes y merecen la misma fe probatoria que un documento público conforme lo norma el art. 1297 del Código Civil, si bien éstos no observaron la forma prevista por el art. 1430 del Código Civil, éstos no fueron demandados de nulidad por ninguna de las partes y al encontrarse debidamente reconocido en sus firmas y rúbricas son perfectamente válidos como prueba documental...* (A.S. Nro. 222/2015 de 9 de abril).

De acuerdo con el criterio del Tribunal Supremo, si bien estos contratos no son oponibles frente a terceros y no pueden surtir los efectos propios de un contrato de anticresis, principalmente, el derecho de retención; es evidente que existe una suma de dinero que, amén de tener una garantía real o no, debe ser restituido a la finalización del plazo acordado por las partes contratantes. Así, el artículo 1297 del Código Civil citado en la jurisprudencia glosada establece que *El documento privado reconocido por la persona a quien se opone o declarado por la ley como reconocido, hace entre los otorgantes y sus herederos y causa-habientes, la misma fe que un documento público respecto a la verdad de sus declaraciones.*

Antes de continuar con el análisis de los efectos que el supuesto estudiado genera en los derechos materiales, corresponde apuntar que en materia procesal y, siempre que no se haya demandado la nulidad del contrato por falta de forma, éste no podrá ser utilizado como título ejecutivo. Sin embargo, esto no impedirá que el acreedor opte por la vía monitoria, pues conforme a lo establecido en el artículo 380-IV del Código Procesal Civil *Cuando no exista diligencia judicial de reconocimiento de firmas y rúbricas en forma previa a la demanda ejecutiva, se intimará de pago al deudor por el total de lo debido e intereses, dentro de tercero día, bajo apercibimiento de costas y costos...*

En cuanto a la naturaleza y los beneficios que otorga el proceso monitorio, VARELA AGRELO sostiene que a través de éste *...el acreedor mediante un proceso especial y privilegiado*

*puede conseguir la creación rápida de un título ejecutivo que le permita la satisfacción del crédito impagado*³⁴¹. De acuerdo con el autor, coincidimos en que el proceso monitorio constituye una tutela privilegiada debido al carácter sumario que le caracteriza y por la pronta satisfacción del derecho de crédito que, conforme a la norma procesal, debe encontrarse inmerso en uno de los títulos ejecutivos que ella establece.

En el caso del contrato de anticresis celebrado mediante documento privado, éste únicamente perdería la tutela privilegiada que le concede la técnica monitoria, caracterizada por la cognición sumaria; la concentración de los actos de impulso procesal, tutela cautelar y decisión de fondo en una sola sentencia; así como la mínima posibilidad de contradicción. Todo ello encuentra su fundamento en que la pretensión ejecutiva que carece de título ejecutivo pierde la certeza que, *a priori*, se requiere para la obtención de una sentencia *inaudita altera pars*.

Sin embargo, con mucho acierto el codificador ha atendido al hecho de que en nuestro tráfico jurídico muchas obligaciones no cumplen con la forma pese a que la ley exige la misma para muchas de ellas. En ese sentido, el ya citado artículo 380-IV del Código Procesal Civil recoge tal posibilidad y no niega la tutela monitoria, modificando únicamente la estructura de dicho proceso en cuanto a la fórmula demanda-sentencia. Así, entre ambas necesariamente deberá mediar la intimación previa por la falta de certeza que genera un documento privado en defecto del título ejecutivo que para estos casos exige la ley.

Ahora bien, será distinto el caso en el que el acreedor que ha suscrito un contrato privado de anticresis opte por la vía de las diligencias preparatorias y no directamente por el proceso monitorio. En principio, al igual que si previamente se inclinase por este último, el factor tiempo y los actos necesarios en uno y otro proceso, reconocimiento judicial de firmas e intimación previa, impedirán la fórmula demanda-sentencia. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en

³⁴¹ VARELA AGRELO, J., «Cuestiones prácticas sobre el proceso monitorio» [En línea], Abogacía, núm. 4, 2010, págs. 173-181. Sobre el proceso monitorio, *vid.* PLANCHADELL GARGALLO, A., *La tutela del crédito en el proceso monitorio*, La Ley, Madrid, 2014; LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «El proceso monitorio», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7, 2000, págs. 1486-1489; PALOMO VÉLEZ, D., «Reformas de la ejecución civil y del proceso monitorio: la apuesta chilena por la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a un debido proceso», *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2014, págs. 475-500; CORREA DELCASSO, J.P., «El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista jurídica galega*, núm. 26, 2000, págs. 271-294; PÉREZ RAGONE, A., «Consideraciones en torno al proceso monitorio: utilidad y funcionamiento de la estructura y técnica monitoria», *Revista peruana de derecho procesal*, núm. 10, 2008, págs. 187-232; LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Naturaleza jurídica de los procesos monitorio y cambiario», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 7, 2001, págs. 557-582.

el proceso monitorio, las diligencias preparatorias permitirán al acreedor obtener un título ejecutivo.

No obstante, pese a que mediante el reconocimiento judicial de firmas el documento privado transmutará en un título ejecutivo, esto no generará por sí solo la oponibilidad frente a terceros, pues la conversión del documento privado a uno público únicamente tendrá por finalidad la instauración del proceso ejecutivo y no la inscripción en el registro. Pese a ello, si se podrá obtener el embargo y su correspondiente anotación preventiva a efectos de generar la preferencia frente a posteriores acreedores, mas no en virtud de una garantía específica sino de una garantía general como cualquier acreedor quirografario.

En cuanto al derecho de retención, entendiendo que éste opera *ipso iure*, el acreedor anticresista quedará facultado a ello sólo a partir de que el documento privado alcance la calidad de documento público y solo podrá ejercerlo frente al deudor. De lo contrario, si se desechase cualquiera de estas vías -la monitoria o la preliminar- el contrato de anticresis podrá ser utilizado como prueba documental del crédito y surtirá efectos entre las partes contratantes en aplicación de lo establecido en los artículos 1430 y 1538-III del Código Civil.

III. EL CRÉDITO, LA PRUEBA DE SU EXISTENCIA Y SU NATURALEZA DENTRO DEL PROCESO

Debido a que ya se analizaron en el apartado anterior las características del derecho que sirve de fundamento para el embargo preventivo, que no es otro que el derecho de crédito cuya naturaleza exigible para el efecto será siempre pecuniaria y con una suma determinada o determinable; el presente título lo dedicaremos al estudio del aspecto extrínseco de éste y cómo debe manifestarse dentro del proceso civil en el momento de plantearse una pretensión. En ese sentido, la existencia del crédito diferirá de acuerdo con la tutela aplicable a cada una de las pretensiones pecuniarias, constituyendo unas veces el título mismo de la ejecución, otras la posibilidad de ser ejecutable y, más comúnmente, una prueba documental que cimentará la pretensión esencialmente contradictoria.

1. EL CRÉDITO. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

En cuanto lo que es el objeto del derecho, es decir, el crédito mismo que, amén de estar representado materialmente en el capital, es siempre un concepto tanto económico como

jurídico, partiremos de la crítica realizada por KOCH, quien sostiene que *La jurisprudencia y la doctrina ven en el crédito la confianza en la voluntad de cumplir una promesa hecha, o bien la creencia en la capacidad de pago del deudor. Pero éstas dos características, «confianza y creencia», no abarcan de ningún modo en la práctica, el concepto de crédito; pueden ser, desde luego, supuestos para la concesión de un crédito, mas no se identifican con él...*³⁴².

De acuerdo con el autor, los elementos confianza y creencia serían periféricos y anteriores al crédito, mismo que es constituido a través del contrato de crédito. Por otro lado, el citado autor agrega además que *...El crédito llega a ser propiedad del acreditado por la transmisión de dominio; pero no capital propio, sino que permanece siempre como capital prestado (capital ajeno), y, por consiguiente, aparece en el balance de aquél en el pasivo, pero no en la cuenta de capital, sino en la de acreedores, y en el balance del acreditante, en el activo, en la sección de deudores... El importe del crédito queda siempre como deuda, desde el punto de vista del acreditado, y como derecho de crédito, desde el del acreditante*³⁴³.

Al respecto, KOCH sigue rodeando al crédito, sin dilucidar su concepto, refiriéndose esta vez a su modo de transmisión y al lugar que ocupa en el patrimonio tanto del deudor como del acreedor (como pasivo y activo, respectivamente). En ese sentido, corresponde revisar el concepto de crédito que otorga la Real Academia Española que sobre el mismo, en la acepción que interesa al estudio de la presente tesis doctoral, refiere que es una *Cantidad de dinero u otro medio de pago que una persona o entidad, especialmente bancaria, presta a otra bajo determinadas condiciones de devolución*³⁴⁴.

Por su parte, OSSORIO define al crédito como el *Derecho que tiene una persona, llamada acreedor de exigir de otra, denominada deudor, un determinado comportamiento. Por antonomasia, cuando lo exigible es una suma de dinero*³⁴⁵. Asimismo, GÓMEZ DE LIAÑO señala que *...significa la deuda que uno tiene a su favor o el documento que la justifica; en ese sentido, en todo crédito existe un deudor y un acreedor*³⁴⁶.

³⁴² KOCH, A., *El crédito en el Derecho; traducción y notas de Derecho español por José María Navas*, cit., pág. 20.

³⁴³ *Ibid*, pág. 23.

³⁴⁴ *Real Academia Española*. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=BDeQ78f>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

³⁴⁵ OSSORIO, M., *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales* [CD-ROM], Heliasta, Buenos Aires, 1974, pág. 237.

³⁴⁶ GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Diccionario jurídico...*, cit., pág. 89.

Nótese que ninguno de los autores mencionados se pone de acuerdo en cuanto a lo que definitivamente significa “crédito”. Así, la Real Academia Española se refiere al mismo como su representación material, la suma de dinero, u otro medio de pago que puede inferirse como el cumplimiento en especie. Por otro lado, OSSORIO nos otorga una definición más cercana a los derechos personales y, más precisamente, al derecho de crédito; en cambio, GÓMEZ DE LIAÑO se inclina por el elemento extrínseco del crédito que sería el título o documento que lo contiene y termina por señalar a los sujetos que intervienen en la constitución del mismo.

En la ley tampoco encontramos una definición precisa de crédito aun cuando el Código Civil hace referencia al mismo en más de un precepto. De acuerdo con ello, la citada norma regula cuestiones como la cesión de crédito, las garantías reales del crédito, la mora creditoria, entre otras. Sin embargo, consideramos que en dicha norma lo que se regula es más bien el derecho de crédito y no el crédito como tal, pues si tomamos como ejemplo la cesión de créditos, del texto del artículo 385 del Código Civil se desprende que el cedente debe tener capacidad de disposición, de lo que se infiere que ésta constituye el poder jurídico que otorga la ley para transmitir un bien o un derecho, siendo el caso más común el de la transmisión del derecho de propiedad mas no la propiedad ni el bien como tal o, en el caso de la cesión de créditos, el derecho de crédito y no así el crédito.

Más ilustrativo resulta el artículo 328 del Código Civil que establece que cuando el acreedor entra en mora genera, entre otros efectos, que el deudor no tenga derecho a los intereses ni a los frutos que todavía no hayan sido percibidos por el deudor. Al respecto, nótese que el legislador ha diferenciado el crédito principal de aquel resultante de los frutos e intereses, deduciéndose que el primero se acercaría más al concepto de capital, es decir, aquello que constituye el objeto esencial de la obligación.

De acuerdo con ello, entendiendo que en un préstamo de dinero originariamente el crédito estará representado por el capital prestado, también existe la posibilidad de que posteriormente nazcan otros créditos que, si bien se originan como consecuencia del crédito principal -el capital- se incorporan a éste por causa distinta. Esto, por ejemplo, se ve reflejado en el caso de la resolución de contrato por incumplimiento voluntario regulada por el artículo 568-I del Código Civil. El mismo establece que *En los contratos con prestaciones recíprocas cuando una de las partes incumple por su voluntad la obligación, la parte que ha cumplido*

puede pedir judicialmente el cumplimiento o la resolución del contrato, más el resarcimiento del daño.

Conforme al precepto citado, uno de los créditos estará constituido por aquello que es objeto del incumplimiento y el otro diferente lo será aquel del resarcimiento del daño. Tal afirmación encuentra fundamento en los siguientes elementos:

1. El crédito tiene como causa la relación contractual constituida entre las partes respecto a aquello que es la obligación principal
2. El resarcimiento tendrá como causa el daño emergente o el lucro cesante que es siempre posterior a la relación contractual
3. El crédito de la obligación contractual es objeto de un acto jurídico, en cambio, la fuente del resarcimiento es un hecho jurídico
4. El tiempo para prescribir opera de forma distinta en la obligación principal y en la de resarcimiento del daño, pues en la primera operará la prescripción ordinaria de cinco años (art. 1507 C.C.) y en la segunda la prescripción trienal (art. 1508 C.C.).

Por su parte, la ex Corte Suprema de Justicia también había manifestado la clara diferencia existente entre el crédito del daño con el de otros créditos como es el de la asistencia familiar. Al respecto, sostuvo que *En lo que se refiere al daño material y moral a que alude la recurrente, cuyo monto pretende agregar al de la asistencia familiar, se aclara que tal extremo resulta impertinente tratar en este proceso no sólo porque no ha sido demandado ni figura en el auto que declara trabada la relación jurídica procesal de fs. 45 y vta., sino también porque la naturaleza del resarcimiento de daños morales y materiales es muy diferente al quantum de la asistencia familiar* (A.S. Nro. 94/2005 de 9 de mayo)³⁴⁷.

Llegados a este punto, concluimos con que el crédito se encuentra representado por todo aquello que es objeto material de la obligación, debiendo a ella su relevancia jurídica y, por lo

³⁴⁷ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil Primera). Auto Supremo Nro. 94/2005 de 9 de mayo de 2005. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=103221>. [Consultado el 1 de junio de 2020]. Asimismo, la diferencia de la asistencia familiar respecto de otros créditos recae en la noción del incumplimiento, pues mientras que en estos últimos el cumplimiento debe ser *in natura*, en la segunda se admite el cumplimiento parcial, aunque esto no exima al obligado de cumplir con la totalidad de la asistencia familiar. Al respecto, LLOVERAS y ORLANDI sostienen que *En oportunidad de interponer el incidente de reposición con apelación en subsidio, el quejoso realizó un depósito bancario a esos fines, que, aunque de manera irregular, implica un cumplimiento parcial de la obligación que debe ser tenido en cuenta al tiempo de ejecutar la deuda por alimentos de los hijos*. LLOVERAS, N. y ORLANDI, O.E., «Actualidad en Derecho de Familia», APC 2010-11. Cita online: 0003/70066003-1.

mismo, de todo derecho que de aquella surja. Así, en las obligaciones de naturaleza pecuniaria, la causa (indistintamente se trate de un préstamo, el pago del precio por la compra de un bien, el pago del canon de arrendamiento, etc.) traerá aparejada el derecho de exigir el cumplimiento de las prestaciones, las cuales, una vez satisfechas extinguen este último. Sin embargo, el objeto como elemento material de la prestación, no quedará extinguido con éste y seguirá en el tráfico jurídico mas no merecerá más la calificación de crédito.

De acuerdo con lo expuesto, el crédito estará compuesto por el objeto material más la relevancia jurídica más la prestación, actuando esta última como continente del objeto. Asimismo, será la prestación la que sirva de fundamento para el derecho de exigir su cumplimiento, existiendo a partir de entonces el denominado “derecho de crédito”.

2. DERECHO DE CRÉDITO Y TÍTULO QUE LO CONTIENE

Ya inmersos en el derecho de crédito, éste encuentra su fuente en la ley pues si ella no dispone la licitud del mismo ni señala a su titular, no podrá ser tutelado. Es por este motivo que el codificador ha previsto como filtro procesal la figura de la improponibilidad de las pretensiones, la cual faculta a la autoridad judicial a rechazar *in limine* cualquier pretensión que no pueda ser tutelada ni objetiva ni subjetivamente.

En cuanto a la primera, la improponibilidad objetiva, el Tribunal Supremo de Justicia ha reiterado en más de un Auto Supremo que *...una vez comprobada por el Juez la concurrencia de los presupuestos procesales y el cumplimiento de los requisitos formales, le corresponde efectuar un control de la proponibilidad o fundamento intrínseco de la acción tal como ha sido propuesta. A diferencia del control formal, el juicio de fundabilidad opera con elementos que corresponden al derecho material...* (A.S. Nro. 73/2011 de 23 de febrero)³⁴⁸. De ello se deduce que, si a los actos del proceso les corresponde un control formal, a los del derecho material un control de fondo. Consecuentemente, si en este último resultase que la ley no reconoce el “derecho” pretendido por el actor o, peor aún, lo prohíbe expresamente, no podrá ser objeto de tutela judicial y, por tanto, de un proceso.

Respecto a la segunda, la improponibilidad subjetiva, se refiere a la titularidad antes citada, pues aun cuando la ley tutele un derecho, éste sólo puede ser ejercido por aquel que tenga

³⁴⁸ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 73/2011 de 23 de febrero de 2011. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=17972>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

interés directo o indirecto en su reclamación. Así, mientras que al interés directo se le denomina legitimación, al indirecto interés legítimo. A falta de alguno de ellos, de igual manera la autoridad judicial quedará facultada para rechazar la sustanciación del proceso por faltar en él la capacidad para ser parte.

Resulta esencial delimitar la naturaleza del derecho de crédito, pues si bien éste tiene su fuente en la ley sustantiva, también se expresa en el proceso no sólo como objeto de tutela sino también como parte intrínseca del título que ostenta algo más: una tutela privilegiada. Este título, que forma parte extrínseca del derecho de crédito, goza de la aptitud necesaria para optar por un trámite más sumario y que a *priori* representa certeza, aquella que es exigible para la vía del proceso monitorio.

No obstante, debido al carácter sumario y concentrado de su trámite, el proceso monitorio constituye una tutela privilegiada. En atención a ello, si el derecho de crédito está inmerso en un título que es susceptible de oposición o contradicción, exigiendo una mayor complejidad, la vía monitoria resultará demasiado limitada para la sustanciación de la oposición. Consideramos que esta es la razón por la que el artículo 386-I del Código Procesal Civil dispone que *Lo resuelto en el proceso ejecutivo podrá ser modificado en proceso ordinario posterior, siempre que la acción tenga por objeto el derecho material y de ninguna manera el procedimiento del proceso ejecutivo.*

De acuerdo con el precepto citado, si se estima que el título ejecutivo finalmente contiene al derecho material, es decir, el Derecho de crédito; todo aquello que afecte al título y no a este último tendrá una naturaleza formal. Así, si existiese contradicción, conforme a lo establecido en el artículo del Código Procesal Civil, el ejecutado únicamente quedará facultado para interponer cualquiera de las siguientes excepciones:

1. Incompetencia.
2. Falta de personería en el ejecutante o en el ejecutado o en sus representantes, por carecer de capacidad civil para estar en juicio o de representación suficiente.
3. Falta de fuerza ejecutiva.
4. Litispendencia, por existir otro proceso ejecutivo.
5. Falsedad o inhabilidad del título con que se pidiere la ejecución. La primera podrá fundarse únicamente en adulteración del documento; la segunda se limitará a las formas

extrínsecas del título, sin lugar a discutirse la legitimidad de la causa. Si hubiere mediado reconocimiento expreso de la firma, no procederá la excepción de falsedad.

6. La prescripción o caducidad.
7. Pago documentado total o parcial.
8. Compensación de crédito líquido resultante de documento que tuviere fuerza ejecutiva.
9. Remisión, novación, transacción, conciliación y compromiso documentado.
10. Cosa juzgada.
11. Beneficio de excusión u orden o división.

Nótese que, salvo las excepciones de falta de impersonería o falta de capacidad, pago documentado y compensación, remisión, novación, transacción, conciliación o compromiso documentado; todas las demás recaen sobre el título como elemento extrínseco de la relación jurídica material. En ese sentido, quedarían fuera del ámbito del proceso ejecutivo, de naturaleza monitoria, cuestiones inherentes al derecho material como la inexistencia de éste, los vicios en el consentimiento para el nacimiento del derecho de crédito o la ausencia total o parcial de éste, el cumplimiento recíproco de las prestaciones, el desequilibrio de las mismas, la falta de exigibilidad o liquidez, etc.

Ahora bien, en cuanto a aquellas excepciones que aparentemente tienen efecto sobre el derecho de crédito, conviene señalar que esta afectación no es directa como ocurre, por ejemplo, con la ausencia de consentimiento para su existencia. Así, cuando se alude a la falta de personería en el ejecutante, si bien ésta toca a la legitimación y, por tanto, a la relación jurídica material, en ningún momento se niega la existencia del crédito, sino que aquel que reclama su satisfacción no ostenta el derecho que faculta a dicha reclamación.

No obstante, distinto es el caso de la excepción de falta de capacidad pues la misma puede entenderse de dos maneras. Así, en primer lugar, puede tomarse a la capacidad como aquel elemento inherente a la formación de un contrato, cuya falta impide la formación del mismo y, en consecuencia, del Derecho de crédito. Por otro lado, puede entenderse la falta de capacidad en su ámbito procesal, elemento que más bien casa con la falta de personería en el representante y que, si bien impide la prosecución del proceso, no niega la existencia del Derecho de crédito cuya titularidad recae en un tercero ajeno al actor.

Por su parte, la excepción de pago documentado evidentemente trasciende lo procesal e influye en el Derecho de crédito. Sin embargo, si bien dicha influencia genera un efecto extintivo

de este, el pago total o parcial constituye una causa posterior y tampoco supone la inexistencia del derecho material o un óbice en el mismo pues se entiende que evidentemente existió.

En cuanto a las excepciones de compensación, remisión, novación, transacción, conciliación y compromiso documentado, se encuadran en aquellas excepciones materiales con efectos extintivos en las que, a decir de MONTERO AROCA, *...los hechos constitutivos han existido y han desplegado su eficacia normal, pero posteriormente se ha producido otro hecho que ha suprimido esos efectos...*³⁴⁹.

Retomando aquellas pretensiones que atacan al Derecho de crédito y que trascienden al título que lo contiene, conviene partir de lo establecido por el artículo 1383 del Código Civil, que señala que *La inscripción es una medida de publicidad que hace oponible a terceros la obligación hipotecaria y no presume la validez de la misma.*

En cuanto a la inscripción de la hipoteca en el registro, el Tribunal Supremo de Justicia ha entendido que *...es imprescindible el registro de la hipoteca legal, o de las otras hipotecas, en la oficina de Derechos Reales, entendiéndose que ésta publicidad asegura, los derechos de persecución y preferencia que ostenta éste derecho real, en tal razón su constitución válida constriñe también su registro publicitario* (A.S. Nro. 512/2012 de 14 de diciembre)³⁵⁰. Al respecto, haciendo extensiva la interpretación del Tribunal a la hipoteca voluntaria, no obstante ambas siempre suponen la existencia de un Derecho de crédito al que garantizan, no bastará con que ésta se haya constituido mediante el documento público exigido por ley, sino que además se deberá registrar en Derechos Reales a efectos de tener los derechos de persecución y preferencia, siendo la publicidad el presupuesto esencial.

Es por este motivo que en el proceso monitorio la autoridad judicial únicamente valorará aquellos datos que se desprendan del título ejecutivo, entre los que se encuentra expresado el Derecho de crédito, más no quedará facultada para averiguar la existencia real de éste, máxime si además de que la inversión de la contradicción corresponde al ejecutado, dicha dilucidación rebasa la naturaleza y los alcances del proceso monitorio. Por ello, sin perjuicio de que el

³⁴⁹ MONTERO AROCA, J., *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, Tirant lo Blanch, 2º Ed., 2016.

³⁵⁰ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 512/2012 de 14 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=498>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

registro de la hipoteca presume la validez de la hipoteca, el ejecutado podrá contradecir su veracidad o la válida constitución de esta a través del proceso ordinario correspondiente.

Lo expuesto anteriormente implica que entre la inexistencia del crédito y la nulidad del título que lo contiene existe una clara diferencia. En ese sentido, si bien puede llegar a existir el Derecho de crédito aun cuando el título sea nulo, en cambio, no será factible que el título sea válido y el Derecho de crédito contenido en él sea inexistente.

Piénsese, por ejemplo, en el caso en el que el acreedor y el deudor han llegado a constituir un contrato de préstamo en forma verbal y, por lo tanto, sin garantía real alguna. El acreedor, ante el incumplimiento de la prestación por parte del deudor en el plazo convenido y, motivado por la falta de garantía para proteger su Derecho de crédito y la necesidad de documentar la relación jurídica, fragua un documento público con garantía hipotecaria para obtener la tutela privilegiada que otorga el proceso monitorio.

En el caso propuesto, no se niega la existencia del Derecho de crédito pues éste ha sido legalmente constituido entre las partes contratantes. Sin embargo, el título que posteriormente pretende documentar esa relación es nulo de acuerdo con la línea jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo de Justicia en el sentido de que *...pretender que un acto que se origina en una falsedad produzca eficazmente efectos favorables para quien es el autor o beneficiario de esa falsedad resulta inaceptable en un Estado Constitucional... consiguientemente podemos concluir que la falsedad de un acto no habilita su invalidación por vía de anulabilidad sino por vía de nulidad por su manifiesta ilicitud...* (A.S. Nro. 275/2014 de 2 de junio)³⁵¹.

Si bien en el caso anterior, el título que contiene el Derecho de crédito es nulo, aún la relación jurídica podrá ser probada por medio de las diligencias preparatorias. En cambio, en el segundo supuesto, la posible validez del título y la inexistencia del Derecho de crédito, éste puede originar dos situaciones: La simulación relativa del contrato (en cuanto al Derecho de crédito) o, en definitiva, la nulidad del título por efecto de la inexistencia del crédito no pudiendo surtir efectos ninguno de ellos.

3. PUBLICIDAD REGISTRAL Y PRUEBA DEL CRÉDITO

³⁵¹ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 275/2014 de 2 de junio de 2014. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2014/as201421275.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

Así como sucede en el ámbito del proceso monitorio, la función registral, de acuerdo con su propia naturaleza, implica un examen extrínseco del Derecho de crédito cuando éste goza de una garantía real y es, por tanto, susceptible de inscripción para su debida publicidad y oponibilidad. Dicha actividad, se desenvuelve fuera de la esfera judicial, aunque complementario de ésta, y se limita únicamente a la aceptación o a la denegación de la inscripción.

Así, partiendo de lo establecido en el artículo 89 del Decreto Supremo Nro. 27957 de 24 de diciembre de 2004 que, entre otras atribuciones de los registradores, señala la de *aceptar y denegar la inscripción de documentos, previa calificación de los mismos...* se infiere que la actividad registral se despliega en torno a aquello que es objeto de la calificación sin emitir un pronunciamiento en el fondo. Tal alcance también se extiende a la anotación preventiva, esta última de naturaleza provisional, por cuanto el artículo 40 de la misma norma señala que *La calificación que harán los registradores de las faltas insubsanables catalogadas por el Artículo 31º de la Ley de Inscripción de Derechos Reales y del Artículo 1556 del Código Civil, de la legalidad de las formas extrínsecas y de la jurisdicción de los jueces que expidan ejecutoria u ordenen cancelaciones, conforme a los Artículos 32º y 33º del presente Reglamento, se entenderá limitada al efecto de admitir o negar la inscripción o cancelación, y no impedirá ni prejuzgará el juicio que pueda seguirse en los tribunales sobre la nulidad de la escritura o la competencia del juez.*

Para dilucidar la naturaleza de la actividad registral, siempre limitada a aceptar o denegar la inscripción o la anotación, previamente conviene partir del término “calificación” empleado por el citado Decreto Supremo Nro. 27957. Al respecto, RUIZ MARTÍNEZ lo vincula con la *...idea de catedrático que examina, califica y a veces catea, y, por tanto, no a la función docente, augusta y señera, sino a la de antipática de examinador y calificador, con la doble secuela de superioridad e inferioridad en que se colocan profesor y alumno*³⁵².

Sobre este punto, huelga afirmar que la actividad calificadora, que es propia del registrador, se resume al examen del cumplimiento de aquellos elementos extrínsecos que hacen a la forma y no al negocio jurídico, expresada la primera en los presupuestos que señala la ley

³⁵² RUIZ MARTÍNEZ, F., «Algunas consideraciones sobre la calificación registral». En: AA.VV., *Curso de conferencias sobre Derecho inmobiliario registral (años 1951-52)*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Madrid, pág. 139.

y a los cuales éste debe ceñir su revisión. Ello guarda coherencia con lo establecido en el artículo 1544 del Código Civil que claramente señala que *La inscripción no otorga validez a los actos o contratos nulos o anulables*; disposición que manifiesta, una vez más, la diferencia entre la actividad registral, cuya naturaleza es administrativa, y la actividad judicial que decide en cuanto al fondo, teniendo bajo su potestad el estudio (no la mera calificación) del negocio jurídico, el examen de los elementos extrínsecos, la posibilidad de condenar y de ordenar, en su caso, la ejecución de lo declarado en la sentencia.

Por otro lado, abordando la problemática que representa la prueba de la relación jurídica material y, en consecuencia, del Derecho de crédito, plasmados en un acuerdo verbal, este supuesto implicará la existencia de un supuesto diferente a aquellos contemplados para el proceso monitorio. Esto es así debido al modelo adoptado por el codificador boliviano que responde al de un proceso monitorio documental, diferente, a aquel modelo de proceso monitorio puro donde basta con la petición monitoria³⁵³.

Sin embargo, conviene señalar que en algunas relaciones que en principio no se encuentran documentadas, cabe la posibilidad de obtener la sustanciación de las pretensiones que se encuentran en ellas por la vía monitoria, aunque siempre sujetas a las reglas determinadas por esta última. Al respecto, la obtención de la tutela monitoria en virtud de una relación no documentada se encuentra delimitada por expresa disposición del artículo 377-I del Código Procesal Civil, a las que contengan las pretensiones de desalojo en régimen de libre contratación y de entrega del bien.

Fuera de estos casos, la acreditación de una relación jurídica de naturaleza verbal siempre podrá obtenerse por la vía de las diligencias preparatorias; no obstante, no gozarán en forma alguna de la tutela privilegiada del proceso monitorio. En ese sentido, cualquier pretensión de cumplimiento, de responsabilidad o cuyos efectos sean retroactivos o restitutorios y, siempre que impliquen un derecho de naturaleza pecuniaria y no se encuentren documentados, no podrán plantearse directamente en la vía ordinaria, requiriendo de las citadas diligencias en fase preliminar, a diferencia de los que ocurre con las pretensiones contenidas en documentos públicos o privados, estos últimos solo si han sido voluntariamente reconocidos.

³⁵³ PÉREZ RAGONE, A., «En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: Caracterización, elementos esenciales y accidentales», *Revista de Derecho*, vol. 19, núm. 1, 2006, págs. 205-235.

4. EL CRÉDITO EN PRETENSIONES NO PECUNIARIAS

Respecto a otras pretensiones tuteladas por el proceso monitorio como las pretensiones de desalojo en régimen de libre contratación y de entrega del bien, pese a su naturaleza no pecuniaria, por la aplicación extensiva del cuarto apartado del artículo 326-I del Código Procesal Civil, conviene precisar si pueden ser tuteladas por medio del embargo preventivo. El citado apartado, contiene como supuesto de aplicación del embargo preventivo al derecho de *la persona que tuviere que demandar reivindicación, división de herencia, nulidad de testamento o simulación, u otras acciones reales respecto del bien demandado mientras dure el juicio...*

Fuera de las pretensiones expresamente reguladas por la norma en análisis, entiéndase como “acciones reales” aquellas que *...tienen por objeto garantizar el ejercicio de algún derecho real, es decir, aquellas que ejercita el demandante para reclamar o hacer valer un derecho sobre alguna cosa, con plena independencia de toda obligación personal por parte del demandado...* (A.S. Nro. 721/2015 de 26 de agosto). De acuerdo con la naturaleza de las pretensiones reales y la diferencia que presentan respecto a las personales, la pretensión de desalojo en régimen de libre contratación quedaría descartada de las primeras por las siguientes razones: *a priori*, supone la existencia de una relación jurídica de carácter personal; tratándose de una consecuencia del incumplimiento del contrato de arrendamiento, implica la existencia de prestaciones recíprocas; y, por último, no persigue el ejercicio de derecho real alguno sobre el bien, sino únicamente aquellos efectos que emanan del incumplimiento de este tipo de contrato.

Por otro lado, refiriéndonos a la pretensión de entrega del bien, ésta constituye una de las obligaciones del vendedor por expresa disposición del artículo 614 del Código Civil y facultan al comprador a su reclamación conforme al artículo 622 de la misma norma. Sin embargo, dicha obligación quedará subordinada a la adquisición del derecho de propiedad por parte del comprador, sin que ello impida que por voluntad de las partes la entrega se haga efectiva con anterioridad a la adquisición del dominio. En ese sentido, la exigencia de la entrega tendrá su fuente en la ley, desde que se consolide la referida adquisición, o en la voluntad de las partes si así se encuentra expresado en el contrato.

De acuerdo con ello, salvo la voluntad de las partes, no procederá la entrega del bien en aquellos contratos de venta cuyo perfeccionamiento se encuentre diferido a un momento posterior, siendo éste el caso de la venta con reserva de propiedad, la venta de cosa ajena, la

venta con pacto de rescate, la venta de cosa futura y el contrato de opción de compra. En ese sentido, como ya apuntábamos en el título correspondiente, si la pretensión no es proponible o posible por encontrarse subordinada a la adquisición y ésta, a su vez, al cumplimiento de un hecho futuro, tampoco lo será el embargo preventivo debido al carácter instrumental que le envuelve.

Debido a que -como expresábamos anteriormente- la entrega del bien del mismo modo encuentra su génesis en la voluntad de las partes y, en general, en la ley; conviene hacer extensiva su reclamación a aquellos casos contemplados por esta última. Así, corresponderá la entrega del bien en los contratos de arrendamiento (art. 726 C.C.), de préstamo (art. 879-I C.C.), de usufructo (art. 726 C.C.), de anticresis, de prenda (siempre que se haya convenido el desplazamiento art. 1400-III C.C.), de depósito (art. 850-I C.C.), etc.

IV. EL MANDAMIENTO

Superados todos los presupuestos inherentes al embargo y adoptada la medida, el juez expedirá el mandamiento correspondiente, consignando la cantidad por la que se librá el embargo sobre los bienes del demandado. A diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado³⁵⁴, en la legislación boliviana el mandamiento de embargo no tiende a individualizar los bienes sobre los cuales será trabada la medida, constituyendo una especie de embargo genérico que encontrará su determinación a través del acta, la cual deberá ser refrendada y ejecutada por el oficial de diligencias conforme a sus atribuciones señaladas por el artículo 105.2 de la Ley del Órgano Judicial³⁵⁵. En ese sentido, se muestra el siguiente ejemplo:

³⁵⁴ En la legislación española, por ejemplo, el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³⁵⁵ Este precepto señala que *Son atribuciones de los oficiales de diligencias:...Ejecutar los mandamientos expedidos por el tribunal o juzgado competente, con el auxilio de la fuerza pública, si fuera necesario.*

44
Comodoro
S. Cruz

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
PODER JUDICIAL DE LA NACION
CONSEJO DE LA JUDICATURA

MANDAMIENTO DE EMBARGO

EL DOCTOR []
JUEZ DEL JUZGADO PÚBLICO 23° EN
MATERIA CIVIL Y COMERCIAL DE LA
CAPITAL-----
EN NOMBRE DE LA LEY.-----

POR EL PRESENTE MANDAMIENTO ORDENA: AL OFICIAL DE DILIGENCIAS
DEL JUZGADO.

**PARA QUE PROCEDA AL EMBARGO DE LOS BIENES DE O LOS
EJECUTADOS:**

[]
[]

**HASTA LA SUMA PROVISIONAL CALCULADA DE CIENTO VEINTISEIS MIL
TRECIENTOS OCHENTA Y DOS 24/100 BOLIVIANOS (Bs. 126.382.24).**

DEBIENDO DESIGNARSE DEPOSITARIO A: PERSONA SEGURA Y
RESPONSABLE.-----

ASI SE TIENE ORDENADO POR AUTO DE FECHA: SENTENCIA INICIAL DE
FECHA 28 DE DICIEMBRE DEL 2017.

DENTRO DEL PROCESO-----EJECUTIVO-----**SEGUIDO POR** []
CONTRA LOS EJECUTADOS ANTES MENCIONADOS.-----
(EXP-[]).

EL PRESENTE MANDAMIENTO ES LIBRADO EN LA CIUDAD DE: SANTA
CRUZ DE LA SIERRA A LOS 15 DIAS DEL MES DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL
DIECISIOCHO.-----

[]
JUEZ
MATERIA CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL
SANTA CRUZ DE LA SIERRA
[]
SECRETARIO

571
CIVIL
5 de junio

ACTA DE EMBARGO

En Santa Cruz, a horas 08:30 pm. del día jueves siete (07) de junio del año 2018, la suscrita Oficial de Diligencias del Juzgado Publico Civil y Comercial 23° de la Capital, [] dando cumplimiento al Mandamiento de Embargo librado en fecha Quince (15) de febrero del año 2018, por Juez del Juzgado Publico Civil y Comercial 23° de la Capital, DR. [] dentro del proceso **EJECUTIVO** seguido por [] representado por [] en contra de [] Y [] por el cobro de CIENTO VEINTISEIS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS 24/100 BOLIVIANOS (Bs.- 126.382,24).

La suscrita Oficial de Diligencias en el ejercicio de las funciones que por ley ejerce, procedí a trabar el EMBARGO del bien inmueble (Lote de terreno) de propiedad de [] Y [] con las características siguientes:

MATRICULA []
SUPERFICIE 531.57 M2
UBICACIÓN []
Colindancias []

Acto seguido procedí a nombrar como **Depositario Legal** a [] con C.I. N° [] con domicilio en Barrio [] [] quien advertido de sus responsabilidades de ley como Depositario Legal, firma conjuntamente con el suscrito Oficial de Diligencias que certifica.

Nota. Se deja claramente establecido que el Depositario Legal NO se encuentra en posesión del Bien embargado.

[Handwritten signature]
[Handwritten signature]

El fundamento del mandamiento de embargo se encuentra en la resolución cautelar que lo ordena. Por este motivo, el mandamiento únicamente constituye un acto judicial que tiene por finalidad la ejecución del embargo. En consecuencia, constituye uno de los elementos formales de esta medida cautelar, conjuntamente el acta de embargo que, como mencionamos anteriormente, individualiza el bien sobre el cual será trabado el mismo.

A diferencia de otros actos judiciales que únicamente generan efectos dentro del mismo proceso, el mandamiento y el acta de embargo también trascienden a otros ámbitos de orden privado. Así, por ejemplo, tenemos la designación del depositario y las responsabilidades y derechos que esta condición le origina. A continuación, pasamos a analizar el contenido de ambos actos judiciales.

1. MANDAMIENTO. NATURALEZA JURÍDICA Y CONTENIDO

Como se mencionó anteriormente, el mandamiento constituye, para los efectos de esta medida cautelar, un acto judicial encaminado a la ejecución del embargo preventivo previamente ordenado por la autoridad judicial. En ese sentido, este mandamiento no es una resolución judicial sino un medio más para el cumplimiento de la misma, por lo que deberá circunscribirse únicamente a lo expresado en la resolución sin estimarse otras situaciones no contenidas en ella, como las facultades de allanamiento a domicilios, locales de comercio u otras dependencias³⁵⁶.

Por su parte, OSSORIO SERRANO, citando a CARRERAS, sostiene que este autor define al mandamiento de embargo como *...el acto procesal de comunicación consistente en una declaración de voluntad llevada a cabo por un titular del órgano judicial enderezada a poner en conocimiento del Registrador de la propiedad la afectación decretada sobre determinado bien inmueble, y a ordenarle tomar dicha anotación en el Registro de la Propiedad*³⁵⁷. Al respecto, resalta la importancia de este acto judicial para su plasmación en el registro de la

³⁵⁶ Sobre este punto, CACHÓN CADENAS sostiene que *...la Comisión Judicial no puede penetrar en el domicilio del ejecutado sin previa resolución del juez por la que se autorice, expresamente, aquella entrada; la autorización judicial ha de ser específica, sin que pueda estimarse englobada en el mandamiento de embargo*. CACHÓN CADENAS, M.J, *El embargo*, cit., pág. 572.

³⁵⁷ OSSORIO SERRANO, J.M., *La anotación preventiva de embargo. Aspectos civiles y registrales*, cit., págs. 59-60.

propiedad, debiendo contener, a los efectos de tal registro, todos los datos necesarios para la efectiva práctica del embargo por parte del registrador de la propiedad.

A diferencia de la anotación preventiva de demanda, la norma procesal no realiza una enumeración de los elementos que deberá contener el mandamiento de embargo preventivo. No obstante, siendo evidente que el embargo, como actividad compleja que representa, provocará un cambio en el mundo exterior requiriendo la realización de actos fuera de estrados judiciales, conviene considerar los siguientes requisitos que en la práctica contiene todo mandamiento de este tipo:

- a) Nombre de la autoridad judicial que ha dictado la resolución de embargo
- b) Nombre del titular de los bienes que serán objeto de la traba
- c) Cantidad que alcanza el embargo³⁵⁸
- d) Datos de la resolución que ordenó la medida
- e) Datos del proceso principal que sirve de fundamento para el embargo
- f) Firma de la autoridad judicial y del secretario del juzgado³⁵⁹

Pese a los elementos antes expuestos y ante el silencio del legislador sobre este tema, consideramos que la práctica debe ampliar el contenido del mandamiento a los bienes concretos sobre los cuales será trabado el embargo. Ello, se fundamenta en la economía procesal³⁶⁰ (siempre que sea posible el conocimiento previo de los bienes que pertenecen al deudor) y en las diferentes pretensiones que posibilitan su adopción como medida cautelar, como la división y partición de bienes hereditarios, reivindicación, simulación, entre otras³⁶¹, en las que *a priori* se tienen plenamente individualizados los bienes que serán objeto del proceso principal.

³⁵⁸ Claro está, únicamente en el caso de que la pretensión por la que se ordena sea el cumplimiento de una obligación pecuniaria. En los demás casos consideramos que el mandamiento deberá contener, además, los datos del bien sobre el cual se practica el embargo preventivo.

³⁵⁹ El art. 94-I, núm. 3 de la Ley del Órgano Judicial señala que *Son obligaciones comunes de las secretarías y los secretarios: ...Dar fe de los decretos, autos, sentencias, mandamientos, exhortos, cartas acordadas y provisiones que expidan el tribunal, la jueza o el juez.*

³⁶⁰ Pues es evidente que la realización del mandamiento y posterior acta implican un mayor dispendio de actividad jurisdiccional que, dicho sea de paso, no condice con la urgencia que caracteriza a las medidas cautelares.

³⁶¹ A estas pretensiones se refiere el artículo 326 del Código Procesal Civil, que regula la procedencia del embargo preventivo.

1.1. Contenido procesal

Por su propia finalidad, el mandamiento de embargo encierra en sí mismo un contenido procesal por cuanto constituye una fase más para la efectividad de esta medida. Al respecto, OSSORIO SERRANO, citando a CARRERAS, sostiene que *...el embargo es una actividad combinada o compleja, en la que cabe distinguir varias fases, las cuales sólo pueden ser aisladas desde un punto de vista conceptual, puesto que... en la realidad material se presentan entremezcladas, con imposibilidad de trazar una línea divisoria entre ellas*³⁶².

De lo anterior se desprende que, por su complejidad, el embargo se encuentra constituido por varias fases, todas inescindibles, donde el mandamiento cumple una función de ejecución práctica de la medida. En ese sentido, mediante este acto judicial se impulsa la adecuación provisional de la realidad a lo declarado por la autoridad judicial en la resolución cautelar del embargo.

El efecto procesal inmediato del mandamiento será la confección del acta de embargo por parte del oficial de diligencias. A su vez, este acto tendrá por objeto la individualización y traba de los bienes, momento a partir del cual éstos quedarán circunscriptos al proceso principal. Por su parte, la anotación de estos bienes en el registro de la propiedad será declarativa y únicamente tendrá como finalidad la oponibilidad del embargo frente a terceros.

1.2. Contenido material

El contenido material del mandamiento está determinado por la titularidad de los bienes sobre los cuales será ejecutado. En ese sentido, en el momento de dicha ejecución, el oficial de diligencias deberá constatar que la traba se realiza sobre los bienes de propiedad del deudor o de quien se halle obligado con él como fiador, pues de otra manera la medida no podrá surtir efecto³⁶³.

Por otro lado, el artículo 326-III del Código Procesal Civil señala que *La autoridad judicial al disponer el embargo preventivo o el secuestro, designará depositario a quien advertirá las responsabilidades que conforme a Ley asume, disponiendo más adelante que*

³⁶² OSSORIO SERRANO, J.M., *La anotación preventiva de embargo. Aspectos civiles y registrales*, cit., pág. 92.

³⁶³ Pues, como analizamos en el capítulo correspondiente, la titularidad de los bienes supone el primer presupuesto para la embargabilidad.

podrá ser designado depositario el propio deudor o un tercero³⁶⁴. La designación de depositario genera, indudablemente, una serie de efectos en el ámbito material, pues tanto el contenido del depósito como los derechos y obligaciones que de él se desprenden se encuentran regulados en la norma sustantiva.

Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que *...el depósito judicial, de manera general, es el acto por el que se entrega una cosa en manos de otro, con obligación de custodiarla y restituirla, llamado este último depositario. Asimismo, que ...las reglas que rigen para el depósito, en tanto derechos y obligaciones de las partes componentes, son aplicables para el depósito judicial en forma análoga ...debemos indicar que una característica propia del depósito judicial es que el nombramiento del depositario recae por orden judicial, o en su caso fiscal, tratándose del caso, por tal motivo la restitución de la cosa dada en depósito debe necesariamente ser mediante otra orden de la misma autoridad, consignando a la persona que se debe restituir, en la forma, modo y plazo que ordene, o cumpliendo con la disposición que devenga de su labor de custodia, como es la exhibición (A.S. Nro. 448/2013 de 30 de agosto)*³⁶⁵.

De la jurisprudencia glosada, se entiende que el depósito judicial, salvo su fuente, se asimila al depósito contractual. Ello, tendrá como efecto situaciones como la capacidad del depositario, su retribución, la entrega efectiva de la cosa, el deber de diligencia, entre otras, lo que resalta el cambio material que tiende a producir el mandamiento de embargo.

Por último, siendo evidente que una vez ejecutado el mandamiento podrá obtenerse el testimonio judicial respectivo, éste constituirá un título susceptible de anotación, subsumiéndose en lo establecido por el artículo 1540-14) del Código Civil. Así, efectuada la anotación del embargo en el registro de la propiedad, surtirá efectos no sólo frente a las partes, sino también frente a terceros que no forman parte del proceso, trascendiendo, con ello, al ámbito jurídico material.

2. ELEMENTOS PERSONALES

³⁶⁴ Art. 411-II del Código Procesal Civil.

³⁶⁵ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 448/2013 de 30 de agosto de 2013. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2013/as201321448.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

Como actividad compleja, el embargo preventivo presenta una serie de elementos personales diferentes de las partes que intervienen en el proceso. Así, entre ellos se encuentran la autoridad judicial, que ordena la medida; el oficial de diligencias, quien cumple con su ejecución en nombre de la autoridad judicial; y el depositario, en quien recae la custodia de los bienes afectados a la traba, con la obligación de restituirlos a requerimiento de la autoridad judicial.

2.1. Autoridad judicial

La autoridad judicial es aquella que tiene competencia para conocer el proceso principal³⁶⁶ y quien, por tanto, debe asegurar a las partes la efectividad de éste y la materialización de la sentencia que dictará en el futuro. A partir de la adopción del embargo, reúne también la competencia para conocer cualquier vicisitud acerca de esta medida. Así, cualquier cuestión relacionada con la modificación, levantamiento u otra causa de extinción del embargo preventivo será de conocimiento de la misma autoridad judicial que lo dictó³⁶⁷.

Por otro lado, la concentración de la competencia por parte de la autoridad judicial no sólo tiene efectos frente a las partes del proceso, sino también en las propias facultades de ésta. En ese sentido, si bien para la adopción del embargo, así como de cualquier otra medida cautelar, prima el principio dispositivo³⁶⁸, una vez ordenado el embargo, se desplegará la iniciativa cautelar de la autoridad judicial, quien a partir de ese momento podrá disponer de oficio la modificación, sustitución o cese el embargo en razón a la mejor protección de los derechos de las partes³⁶⁹.

Asimismo, la competencia de la autoridad judicial embargante se extenderá para terceros que se vean afectados por la medida cautelar, alegando la existencia de un derecho excluyente o preferente frente al embargo. En el primer caso, hablamos de la tercería de dominio, y en el segundo, de la tercería de pago preferente. Al respecto, el artículo 360-I del Código Procesal

³⁶⁶ Aunque, conforme señala el artículo 313 del Código Procesal Civil, existe la posibilidad de que las medidas cautelares sean adoptadas por una autoridad judicial incompetente.

³⁶⁷ Por ejemplo, el artículo 1560-II del Código Civil señala que las anotaciones hechas por orden judicial (incluyendo, por supuesto, la de embargo) se cancelarán sólo a mérito de otra que emane del mismo juez.

³⁶⁸ El artículo 3010-III del Código Procesal Civil señala que *Las medidas se decretarán únicamente a instancia de parte, bajo responsabilidad de quien las pidiere, salvo que la Ley disponga lo contrario.*

³⁶⁹ Art. 314-II del Código Procesal Civil.

Civil señala que *La tercería propuesta en procesos de ejecución, ejecutivos o cautelares por quien comparezca como consecuencia de medidas cautelares que afectaren sus bienes o sobre los cuales alegare mejor derecho que el embargante, será tramitada corriendo en traslado a las partes...*

A continuación, el precepto citado señala que en la tercería excluyente de dominio *Justificado el derecho de propiedad que fundamenta la tercería con el certificado pertinente, la autoridad judicial ordenará la cancelación de la cautela, con notificación a las partes...*, de lo que se infiere que la competencia para conocer de la tercería y, en su caso, disponer el levantamiento del embargo, recae en la misma autoridad judicial que ordenó dicha medida cautelar.

Idéntica situación presenta la tercería de pago preferente en la que, conforme señala el artículo 360-III del Código Procesal Civil, *...el trámite en lo principal continuará desarrollándose, pero quedará suspendido el pago hasta que se resuelva la tercería planteada.* Al respecto, el trámite en lo principal no es otro que el proceso judicial en virtud del cual se ordenó el embargo y en el que será dictada la sentencia por la autoridad judicial que ordenó esta medida cautelar. No obstante, su ejecución quedará suspendida hasta que la misma autoridad judicial dilucide la tercería planteada por el acreedor que afirma ser preferido al embargante.

2.2. Oficial de diligencias

El oficial de diligencias forma parte, conjuntamente con la autoridad judicial, de los elementos personales esencialmente jurisdiccionales del embargo. Así, mientras que el primero ordena esta medida para garantizar la efectividad de la sentencia, el segundo cumple con su extensión al ámbito material, delimitando los bienes que serán objeto del embargo y ejecutando aquello que ha ordenado la autoridad judicial mediante la aprehensión de los bienes y la designación de depositario.

En él recae la responsabilidad de los efectos prácticos del embargo, pues será a partir de su actividad -plasmada en el acta de embargo- que la medida habrá cumplido con su finalidad, logrando la eficacia de ésta entre las partes del proceso³⁷⁰. En ese sentido, si bien su actividad

³⁷⁰ Para que surta efectos frente a terceros, se requerirá también la anotación del embargo, conforme señala el artículo 1473 del Código Civil.

no es independiente y se fundamenta en la adopción del embargo por parte de la autoridad judicial, éste no tendrá sentido si el oficial de diligencias no lo ejecuta, pues, como representante de la autoridad judicial, hace efectiva su decisión sin necesidad de que ella se desplace fuera del asiento judicial.

2.3. *Depositario*

El depositario constituye la última intervención personal del embargo preventivo, pues la misma supone que la medida cautelar se ha cumplido, habiéndose individualizado los bienes afectados a la traba y adscrito a la ejecución del proceso principal. El depositario es aquella persona que durante la sustanciación del proceso quedará a cargo de los bienes embargados y a su finalización será requerido por la autoridad judicial para su entrega.

De acuerdo con lo anterior, la función que desempeña el depositario es tan importante como aquella que desenvuelve el oficial de diligencias, pues en ambos casos, se busca la efectividad práctica del embargo ordenado por la autoridad judicial. En consecuencia, de no resguardarse adecuadamente los bienes afectados con la medida cautelar, se irrogará un perjuicio a la parte victoriosa, por efecto de su desvalorización o su desaparición.

3. EL EMBARGO GENÉRICO DE DERECHOS

Entre las novedades que introduce el actual Código Procesal Civil en materia cautelar, con respecto a la norma anterior, se encuentra el denominado *embargo genérico de derechos* que, según el artículo 411-III de la misma norma, *...comprenderá todos los bienes inmuebles y muebles sujetos a registro, presentes y futuros del deudor y las universalidades de sus bienes, exceptuándose los bienes concretos que integren las mismas, que serán objeto de embargos específicos.*

Habiéndose analizado entre los presupuestos del embargo preventivo la existencia de una cantidad determinada o determinable³⁷¹ y que el artículo 320 del propio Código Procesal Civil señala que al momento de disponer cualquier medida cautelar *La autoridad judicial deberá fundar su decisión en consideración a la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la posibilidad jurídica y la proporcionalidad de la medida...* resulta contradictorio que la misma

³⁷¹ V. pág. 94.

norma más adelante introduzca el embargo genérico de derechos que, por su propia denominación, supone un embargo indeterminado.

Respecto al embargo genérico de derechos, GARBARINO SARAVIA sostiene que esta medida cautelar recae sobre bienes determinables y es procedente cuando no se conozcan bienes del deudor o éstos sean insuficientes³⁷². Asimismo, añade que en el caso del embargo genérico *...la traba se configura con la providencia que decreta el embargo, no existiendo por tanto diligencia del alguacil*³⁷³.

Ante el criterio expuesto por el citado autor conviene preguntarse cuál será, entonces, el alcance práctico del embargo genérico, pues al comprender todos los bienes presentes y futuros del deudor y no requerir la actividad del oficial de diligencias, no será posible la individualización de los bienes que se verán afectados con la traba. Éste sería el caso de todos los embargos decretados por la autoridad judicial, por cuanto sin la intervención del oficial de diligencias los mismos son siempre genéricos.

El problema del embargo genérico de derechos contenido en nuestra norma procesal viene determinado por la falta de adecuación de dicha disposición legal con la realidad nacional, pues, siendo evidente que el actual Código Procesal Civil se ha inspirado en el Código General del Proceso uruguayo, el codificador no ha tomado en cuenta las diferencias trascendentales entre uno y otro contexto. Así, el artículo 380.2 del Código General del Proceso señala que *Cuando se trate de embargo genérico, la vía de apremio se suspenderá hasta la denuncia de bienes concretos...*, y mediante el artículo 35-2) de la Ley 16.871³⁷⁴ señala que los embargos generales de derechos se inscribirán en la Sección Interdicciones del Registro Nacional de Actos Personales.

Por el contrario, el ordenamiento jurídico boliviano no cuenta con un registro de actos personales como en el caso del uruguayo, teniendo únicamente los registros específicos para los diferentes bienes y derechos y, para los efectos personales y familiares, el Servicio de Registro Cívico que no incluye los actos de disposición de derechos. A ello, conviene añadir que para el

³⁷² GARBARINO SARAVIA, A., «La individualización de las personas físicas y el embargo genérico», AEU, vol. 92, núm. 7-12, 2006, págs. 245-257.

³⁷³ GARBARINO SARAVIA, A., «La individualización de las personas físicas y el embargo genérico», cit., pág. 247.

³⁷⁴ República Oriental del Uruguay. Ley Nro. 16.871 de 28 de septiembre de 1997, Ley de Registros Públicos, *Registro Nacional de Leyes y Decretos*, 10 de octubre de 1997, tomo 1, semestre 2, pág. 888.

caso de las restricciones sobre bienes inmuebles habrá que considerar el sistema registral adoptado por el ordenamiento boliviano. En ese sentido, dicho sistema utiliza la técnica del folio real mediante la cual, en primer lugar, se individualizan técnica y jurídicamente los bienes inmuebles y luego a sus titulares y derechos³⁷⁵.

En ese sentido, aun admitiendo la posibilidad de que el embargo genérico pueda ser objeto de anotación, el registrador de la propiedad se vería imposibilitado de llevar adelante la misma, pues carecerá de los datos técnicos y legales necesarios del bien inmueble que será afectado con dicha anotación. De ahí que sea imposible el alcance práctico del embargo genérico de derechos regulado por el artículo 411-III del Código Procesal Civil.

A la imposibilidad práctica de esta medida cautelar se suma la cuestión de fondo, de la que resulta que admitir el embargo indeterminado de derechos colisionaría con la suficiencia que debe tener el mismo, ésta última en clara manifestación del principio de proporcionalidad ampliamente desarrollado por ALEXY. Respecto a la proporcionalidad, el autor, quien defiende la idea de los principios como mandatos de optimización, sostiene que el principio de proporcionalidad *...está conformado por tres subprincipios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto*³⁷⁶.

El autor agrega que el primero de estos subprincipios -el de idoneidad- *...excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado*. Al respecto, aplicando este principio al embargo genérico de derechos previamente deberá tenerse en cuenta la finalidad que persigue, de modo general, el embargo preventivo.

Dicha finalidad no es otra que la adscribir los bienes a la ejecución de la sentencia, sea porque se pretenda la defensa, reconocimiento, constitución o extinción de un derecho sobre los mismos, o que a través de su venta se busque la satisfacción de un crédito. En ese sentido, el embargo genérico (que no es lo mismo que el embargo indiscriminado) no constituye un medio

³⁷⁵ El artículo 12 del D.S. 27957 de 24 de diciembre de 2004 sobre el Reglamento, modificación y actualización a la Ley de Inscripción de Derechos Reales señala que: *Se adopta, para las inscripciones, el Sistema Integrado de los Registros de Derechos Reales (Registro Legal Gráfico Catastral), aplicando la técnica del Folio Real, que comprende esencialmente al inmueble física y jurídicamente determinado, luego al sujeto y al derecho.*

³⁷⁶ ALEXY, R., «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, págs. 11-29.

idóneo para la satisfacción de cualesquiera de las pretensiones antes mencionadas, pues la ausencia de un objeto determinado supondría, en el primer caso, la ausencia del objeto mismo de la pretensión, y en el segundo, la imposibilidad de sacar a venta judicial bienes sobre los cuales no se tiene conocimiento y que, por tanto, no podrán ser valuados económicamente.

En tal tesitura, nos encontraríamos en una situación análoga a la venta de cosa futura que, en sede de ejecución, no cumpliría los fines de la sentencia, *máxime* si lo que se busca es la adecuación de la realidad fáctica al deber ser establecido en la misma³⁷⁷ y no la creación de una nueva situación diferente a la actual y también a lo declarado por la autoridad judicial. Ello, a su vez, generaría una clara contradicción del principio de ejecución en sus propios términos que reviste a toda sentencia³⁷⁸.

Respecto al subprincipio de necesidad, ALEXY sostiene que entre dos medios igualmente idóneos para un principio deberá ser elegido el que sea menos lesivo para otro³⁷⁹. Ello, en relación con el embargo genérico, nos lleva a plantearnos en qué medida sus efectos son lesivos para los derechos del demandado.

En ese sentido, si el embargo genérico y el embargo determinado cumplen igualmente una función de afectación del patrimonio del deudor, convendrá analizar cuál de ellos lesiona los derechos del demandado. Al respecto, mientras que a través del embargo sobre bienes o derechos determinados se obtiene la satisfacción del crédito del acreedor en la medida de su incumplimiento, dejándose sin afección otros bienes del deudor; en el embargo genérico, que igualmente buscará dicha satisfacción, no existe una correspondencia entre el valor del crédito y la suficiencia de los bienes adscritos a la ejecución.

Por último, en cuanto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, ALEXY señala que *Este principio expresa el sentido de la ponderación respecto de las posibilidades jurídicas... La ponderación puede llevarse a cabo tan pronto como se tenga una escala con dos valores, digamos, leve y moderado*³⁸⁰. Así, ponderando la intensidad del embargo genérico y el

³⁷⁷ MONTERO AROCA, J Y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, cit.

³⁷⁸ La amplia y reiterada jurisprudencia española respecto a este principio ha señalado que el mismo forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 34/1993 de 8 de febrero, STC 240/1998 de 15 de diciembre, STC 175/2002 de 9 de octubre, entre otras).

³⁷⁹ ALEXY, R., «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», cit., págs. 14.

³⁸⁰ *Ibid.*, pág. 15 y 16.

conflicto entre los derechos de crédito del acreedor y de propiedad del deudor, se concluye con que el embargo genérico constituye una afectación grave en relación con otros bienes cuyo valor sobrepasa al del crédito reclamado.

Así, por ejemplo, parece haberlo entendido el legislador español, quien mediante el artículo 588.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sanciona con nulidad el embargo indeterminado. El contenido del embargo indeterminado comprende que la medida no sea trabada sobre bienes determinados, dejando de lado aquellos embargos que se traben sobre bienes determinables.

En el primer caso, estaríamos ante el embargo genérico en el cual no constan, en absoluto, bienes concretos del demandado; y en el segundo, ante un embargo que aun cuando sea trabado sobre bienes que no estén determinados al momento de ejecutarse la medida, existe la razonable posibilidad de que éstos surjan o sean determinados en el futuro³⁸¹. En esta situación se encuentra, por ejemplo, el embargo del crédito generado por los cánones de arrendamiento a favor del demandado³⁸².

Respecto a la nulidad del embargo indeterminado, CASERO LINARES sostiene que *...el embargo implica siempre el conocimiento de la situación patrimonial del deudor*, es decir, sobre la existencia de los bienes que lo conforman y, en caso de existir, si éstos son embargables³⁸³. A ello, conviene añadir la necesaria determinación de los bienes embargados con el objeto de precisar la existencia de privilegios especiales sobre bienes concretos, los que no siempre adquieren publicidad mediante su inscripción.

Respecto a la necesidad de trabar embargos concretos y no genéricos, justificada por el carácter embargable o inembargable de algunos bienes, corresponde remitirse a los presupuestos de inembargabilidad absoluta o relativa. En contraposición, la traba de un embargo genérico de los derechos del deudor no permitirá determinar, en un sentido negativo, aquellos bienes que

³⁸¹ Esta posibilidad encuentra fundamento en lo regulado por el artículo 1472 del Código Civil que señala: *El embargo comprende los accesorios, pertenencias y frutos de la cosa embargada.*

³⁸² En el derecho comparado, encontramos que la legislación chilena regulaba este supuesto en el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil abrogado. Este precepto señalaba que *Si los bienes embargados consisten en el derecho de gozar una cosa o percibir sus frutos, podrá pedir el acreedor que se dé en arrendamiento o que se entregue en prenda pretoria este derecho.*

³⁸³ CASERO LINARES, L., *El embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 71.

sean absolutamente inembargables por disposición de la ley o cualquier otra imposibilidad jurídica, ni discriminar, positivamente, entre aquellos bienes que, pese a ser relativamente inembargables, puedan ser trabados con la medida, como es el caso de la doble existencia de bienes “necesarios” para el deudor y su familia³⁸⁴.

V. MODIFICACIÓN DEL EMBARGO

Es carácter distintivo del embargo y de otras medidas cautelares la provisionalidad de la resolución que lo dispone, pues atendiendo a las circunstancias que determinaron su adopción y su variabilidad en el tiempo, el embargo también podrá sufrir modificaciones. Estas modificaciones consistirán en la ampliación, reducción, sustitución, e incluso, el levantamiento del embargo. Para los fines del presente apartado, estudiaremos las tres primeras, reservando el análisis del levantamiento para los presupuestos de extinción de esta medida.

1. AMPLIACIÓN

Superados los juicios de titularidad, patrimonialidad y embargabilidad necesarios para la afectación de los bienes a la ejecución, corresponderá aquel referido a la suficiencia de los bienes embargados que cumple una doble finalidad: tutelar el derecho de crédito del acreedor y proteger los derechos patrimoniales del deudor, previniendo, en el primer caso, que el embargo logre cubrir la suma reclamada, y en el segundo, que no se menoscaben derechos más allá de la prestación que debía cumplir el deudor.

Por su parte, CACHÓN CADENAS sostiene que *...la insuficiencia de los bienes trabados puede ser originaria o sobrevenida. Esta última puede obedecer a una disminución del valor de cambio de los bienes embargados, o cabe que tenga su causa en la ampliación o incremento de la cuantía de la ejecución*³⁸⁵. En este último caso, por ejemplo, habrá que tener en cuenta que, si bien el capital normalmente se encuentra determinado al momento de plantear la demanda, los intereses podrán incrementarse a partir de su conocimiento por parte del demandado. Esta situación ha sido prevista por el codificador, quien en el artículo 118.3 del

³⁸⁴ V. pág. 81.

³⁸⁵ CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, cit., pág. 301.

Código Procesal Civil ha señalado que la citación con la demanda o con la reconvencción dará lugar a que los intereses legales corran desde el día de la citación.

Por otro lado, el incremento del embargo también encuentra sustento en lo señalado por el artículo 321-I del Código Procesal Civil, que otorga al acreedor la facultad de solicitar la ampliación o mejora del embargo. Al respecto, conviene preguntarse qué sucede con el embargo limitado a aquellos bienes sobre los cuales el acreedor cuenta con una garantía especial. Esta cuestión surge de lo señalado por el artículo 1471 del Código Civil que limita la ampliación del embargo a otros bienes, si previamente no se han subastado los bienes constituidos en hipoteca, prenda o anticresis.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que los bienes afectados a una garantía real, indistintamente su valor, circunscribirán la traba del embargo a éstos, pues el ajuste de los mismos al valor del crédito reclamado se supone previamente determinado por las partes, en uso de su autonomía de la voluntad. No obstante, ello no implica una prohibición total de embargar otros bienes, sino únicamente el establecimiento de un orden o prelación, pudiendo afectarse los demás bienes del deudor en subsidio de aquellos sobre los cuales existe una garantía especial.

La posibilidad de embargar y vender judicialmente otros bienes distintos a aquellos hipotecados o pignorados encuentra su presupuesto esencial en la venta de estos últimos. De este modo, se infiere que no será admisible el simple avalúo de los bienes garantizados para determinar su insuficiencia con respecto al crédito, siendo necesaria la venta judicial de aquellos. En consecuencia, para la procedencia del embargo sobre bienes distintos se contarán con dos vías: la venta judicial de los bienes, resultante de una sentencia firme, y el denominado *remate provisional anticipado de los bienes embargados*, cumplidas las causales que lo determinan.

2. REDUCCIÓN

A diferencia de la ampliación o mejora del embargo, fundamentado en un embargo insuficiente, la reducción supone la existencia de un embargo excesivo con relación al crédito reclamado. En ese sentido, su disposición encuentra sustento en la proporcionalidad que debe guardar la medida.

De acuerdo con lo anterior, la reducción del embargo podrá promoverse por el exceso de la medida con relación al crédito reclamado, tratándose de una pretensión pecuniaria, o por haberse trabado un embargo mayor al objeto pretendido, si dicha pretensión es real o mixta. En el primer caso, habrá que tener en cuenta la cuantía del capital, intereses, costas y costos; y en el segundo, la extensión objetiva de la pretensión.

En cuanto a los presupuestos que permiten la reducción del embargo, CACHÓN CADENAS lo justifica en cuanto al aumento del valor de los bienes embargados y en la traba inicial de un embargo mayor al necesario para cubrir *la cuantía de la ejecución*³⁸⁶. Al respecto, el autor se refiere a aquellas pretensiones pecuniarias, las cuales encuentran la razonabilidad del embargo en la cuantía del crédito.

No obstante, como ya se mencionó anteriormente, la reducción del embargo preventivo trabado en virtud de pretensiones reales o mixtas se fundamenta en la amplitud objetiva del embargo y la incongruencia de éste con el objeto de dichas pretensiones. Así, por ejemplo, el embargo trabado sobre bienes que no pertenecen a la masa hereditaria en aquellas pretensiones cuya finalidad es la división y partición de bienes hereditarios, o aquel trabado sobre la totalidad de un bien en la reivindicación promovida por uno de los cónyuges³⁸⁷.

Por su parte, tratándose de un embargo trabado sobre bienes distintos a aquellos afectados a una hipoteca, prenda o anticresis, éste será susceptible de un levantamiento y no de una reducción. Ello, debido a que en este caso la aplicación excesiva del embargo no se justifica en la cuantía de la medida y su relación con el crédito, sino en la prohibición de embargar otros bienes, establecida en el artículo 1471 del Código Civil. En ese sentido, tratándose de un supuesto de inembargabilidad relativa, los bienes distintos a aquellos otorgados en garantía tendrán esta condición mientras no se demuestre la insuficiencia de los bienes embargados mediante su correspondiente venta judicial.

³⁸⁶ CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, cit., pág. 302.

³⁸⁷ El artículo 192-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar señala que *Los actos de disposición como enajenar, hipotecar, gravar, dejar en prenda, mutuo, usufructo y uso, comodato, anticresis, entre otros, de uno de los cónyuges respecto a los bienes comunes, pueden anularse a demanda de la o el otro cónyuge, salvo que ésta o éste prefiera reivindicar a título exclusivo la parte que le corresponda en el bien dispuesto...* De ahí que, cuando uno de los cónyuges promueva esta última, su pretensión deberá circunscribirse a su parte alícuota ganancial y no a la totalidad del bien, como sí sería el caso de la anulabilidad de los actos de disposición unilateral.

3. SUSTITUCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA CAUCIÓN SUSTITUTORIA

Pese a que por disposición del artículo 321 del Código Procesal Civil la sustitución del embargo por otra medida podrá ser promovida por el acreedor o por el deudor, es más común aquella impulsada por este último. La razón se encuentra en los efectos que origina el embargo sobre el patrimonio del deudor. Así, si el deudor ofrece otros bienes que satisfagan el crédito reclamado, podrá obtener el levantamiento de la medida sobre los bienes que han sido inicialmente embargados.

Esta situación también se encuentra prevista para el secuestro de bienes o semovientes, por cuanto el artículo 326-II del Código Procesal Civil señala que el secuestro procederá, entre otras causas, cuando el deudor ofreciere bienes para su descargo. Dicho descargo irá dirigido al levantamiento del embargo y a su sustitución por otros bienes que cumplan suficientemente la misma función, es decir, la de garantizar la ejecución de la sentencia.

Pese a que el citado artículo 321 del Código Procesal Civil se limita a señalar la sustitución entre una de las facultades que tienen las partes para modificar las medidas cautelares, dentro del concepto de *sustitución* deberán tomarse en cuenta las más variadas hipótesis³⁸⁸. Por consiguiente, la misma podrá operar por la sustitución del bien embargado por otro bien, sin optar por otra medida distinta; por la adopción de una medida cautelar diferente al embargo, como es el caso de la anotación preventiva de demanda; o por el ofrecimiento de una caución suficiente para cubrir el crédito reclamado.

Esta última, la caución sustitutoria, no se encuentra expresamente regulada en la norma procesal. Sin embargo, en el derecho comparado, se puede observar que la misma está prevista en el artículo 746 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Este precepto señala que *Aquél frente a quien se hubieren solicitado o acordado medidas cautelares podrá pedir al tribunal que acepte, en sustitución de las medidas, la prestación por su parte de una caución suficiente,*

³⁸⁸ No obstante, todos los supuestos de sustitución deberán cumplir con la nota de suficiencia y proporcionalidad respecto al objeto de la medida cautelar que es reemplazado por otro. Así, en el Derecho comparado DI TULLIO, al analizar un fallo de la jurisprudencia argentina, sostiene que *...para que sea posible la sustitución de embargo, la garantía sustituta debe brindar similar cobertura a la que proporciona la sustituida, conforme exige el rito.* DI TULLIO, J.A., «Actualidad en Derecho Procesal Civil», APC 2013-6 núm. 768. Cita online: AR/DOC/5502/2013.

a juicio del tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare.

Puede observarse que la caución sustitutoria guarda afinidad con otros tipos de garantía como aquella que se otorga para la ejecución provisional de sentencias no firmes. Dicha caución, al igual que la sustitutoria, encuentra su fundamento en una resolución con carácter provisional y debe ser suficiente. Sin embargo, el objeto de protección es diferente, por cuanto la caución para la ejecución provisional está dirigida al pago de los eventuales daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución anticipada, y la caución sustitutoria para la modificación de medidas cautelares tiene como finalidad la ejecución de la sentencia de condena, de lo que resulta que la primera tiene una naturaleza negativa y la otra positiva.

Por otro lado, conviene preguntarse si la otorgación de caución sustitutoria se encuentra justificada en un proceso ejecutivo³⁸⁹ o de ejecución coactiva de suma de dinero³⁹⁰. Al respecto, siendo que dicha caución tiene naturaleza cautelar, según MARTÍNEZ BELTRÁN DE HEREDIA, la razón de esta cuestión se encuentra en que *...dependiendo de la naturaleza que se atribuya al proceso monitorio se podría argumentar que las medidas cautelares no casan con la naturaleza del monitorio, en especial con la sumariedad que el legislador pretende*³⁹¹.

Pese a lo anotado, posteriormente el citado autor se muestra favorable a la adopción de medidas cautelares en el juicio monitorio, bajo el argumento de que *...la sumariedad del proceso monitorio e incluso la simplicidad que el legislador pretende, no se ve perjudicada por el hecho de que se permitan las medidas cautelares. Estas no van a “complicar” el proceso monitorio, sino a aportar algo más al mismo en beneficio del acreedor*³⁹². No obstante, para el caso concreto de la caución sustitutoria, pese a que se trata de una medida cautelar, tal como su nombre lo expresa se otorga en sustitución de otra medida previamente acordada, lo que

³⁸⁹ De naturaleza monitoria, conforme a lo regulado por el artículo 376.1 del Código Procesal Civil.

³⁹⁰ Éste, regulado por el artículo 404 del Código Procesal Civil, constituye un proceso muy afín al ejecutivo por su brevedad y finalidad, con la diferencia que en el mismo la sentencia es definitiva, se funda en títulos coactivos diferentes a los ejecutivos, y tiene excepciones materialmente más limitadas.

³⁹¹ MARTÍNEZ BELTRÁN DE HEREDIA, F., *El proceso monitorio. Teoría y práctica*, Difusión jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2007, pág. 116.

³⁹² *Íbid.*

supone que siempre es temporalmente posterior y únicamente puede acordarse con la demanda principal o con posterioridad a ésta.

Ello, en el ámbito del proceso ejecutivo la coloca en entredicho por cuanto los procesos ejecutivos y de ejecución coactiva de suma de dinero se rigen bajo la estructura demanda-sentencia, de lo cual resulta que una caución sustitutoria otorgada con posterioridad a la misma carecería de sentido alguno. En ese sentido, contándose con una sentencia que ha estimado el derecho y que es susceptible de ejecutarse, únicamente quedarán dos vías: el cumplimiento voluntario o la ejecución propiamente dicha. De este modo, la caución sustitutoria será inadmisibile, pudiendo imputarse dicha cantidad directamente a la satisfacción del crédito, siempre que sea suficiente para cubrirlo.

Al contrario, tratándose de una caución sustitutoria otorgada en otros procesos cuyo trámite es más amplio, esta medida se encontrará suficientemente justificada por la propia finalidad que persigue una pretensión de obtener una suma de dinero. Así, por ejemplo, en los casos de cumplimiento de la cláusula penal, pago de daños y perjuicios, nulidad o anulabilidad de contrato, resolución, repetición del pago de lo indebido, etc., la caución sustitutoria será procedente dado que estas pretensiones se sustancian por la vía ordinaria, lo que supone que entre la demanda y la sentencia existirá un lapso necesariamente extenso durante el cual el derecho al cobro se encontrará en duda.

De acuerdo con lo anterior, si a través de estas pretensiones se busca la obtención de una suma de dinero, sea como un fin principal o resultante del efecto retroactivo que apareja la ineficacia de los contratos, la caución sustitutoria cumplirá a cabalidad la misma función que el embargo. En ese sentido, si mediante éste se busca la venta judicial de los bienes del demandado y posterior obtención del producto, la caución sustitutoria posibilitará este último, por anticipado y sin necesidad de recurrir a la subasta.

Lo anterior nos lleva a plantearnos si en el embargo anticipado de los bienes lo que se obtiene es una caución sustitutoria. Para resolver dicha cuestión, previamente conviene analizar en qué consiste el remate anticipado de bienes embargados. En ese sentido, el artículo 316-II del Código Procesal Civil señala: *La autoridad judicial a petición de parte o de oficio, también podrá disponer, como medida provisional anticipada, el remate de bienes que se hubieren*

embargado o que en general se encontraren sometidos a medidas cautelares, cualquiera que fuere la materia del proceso, y que corran riesgo de perecer, deteriorarse, depreciarse o desvalorizarse, o cuya conservación irroque perjuicios o gastos desproporcionados a su valor.

La similitud entre el remate anticipado y la caución sustitutoria se encuentra en que ambas tienen como finalidad la de garantizar la ejecución de una eventual sentencia estimatoria, requieren la existencia de un embargo previamente trabado y que, como objeto último, uno y otro consisten en una suma de dinero. Sin embargo, la diferencia se encuentra en sus fuentes y presupuestos, pues el remate anticipado se hace por orden de la autoridad judicial fundada en el deterioro de los bienes embargados o el perjuicio que irroque su conservación, y la caución sustitutoria encuentra su origen en la voluntad del demandado, sin necesidad de cumplir otro presupuesto que no sea la suficiencia de dicha caución.

4. MODIFICACIÓN DEL EMBARGO EN PRETENSIONES REALES O MIXTAS

En los apartados anteriores se analizó, con mayor profundidad, la modificación del embargo preventivo fundado en pretensiones pecuniarias. No obstante, debido a que el embargo también es procedente para la tutela de pretensiones reales o mixtas, mediante las cuales se persigue la constitución, modificación o extinción de derechos sobre el objeto del proceso, conviene delimitar el fundamento y los efectos de la modificación de esta medida cautelar en tales casos.

A diferencia de aquellas pretensiones pecuniarias, la modificación del embargo preventivo trabado en virtud de pretensiones reales o mixtas no se encontrará subordinado a la suficiencia del crédito, pues en ellas sólo eventualmente existe una pretensión económicamente realizable, sino a la extensión del objeto sobre el cual se pretende el reconocimiento o constitución de un derecho. De este modo, la ampliación o reducción del embargo únicamente se encontrará subordinado a la extensión objetiva de la pretensión o a la desaparición de la verosimilitud del derecho o del peligro en la demora, como presupuestos esenciales de la tutela cautelar.

En consecuencia, en la modificación de este tipo de embargos, no procederá la caución sustitutoria por cuanto en esta clase de pretensiones no cumpliría una función idónea, salvo que a la pretensión real se sumen otras accesorias o subsidiarias que tengan naturaleza pecuniaria.

Este es el caso de la acumulación de pretensiones en las que la principal normalmente tiene naturaleza real y, como consecuencia de su estimación, también se busca la imposición de una condena, como es el caso de la acción reivindicatoria más el resarcimiento del daño o de la resolución de un contrato por incumplimiento voluntario³⁹³.

Por su parte, mientras que en las pretensiones pecuniarias, excepto el caso de los bienes afectados a una garantía real, al acreedor le es indiferente que el embargo sea trabado sobre unos u otros bienes siempre que de ellos se obtenga un producto, en las pretensiones reales el actor ejerce la persecución como regla general de los bienes afectados al embargo, por lo que la medida cumple una función de aseguramiento y no de satisfacción. Ello tendrá como efecto que los presupuestos para su modificación se restrinjan únicamente a la extensión objetiva de la pretensión y a la situación fáctica y jurídica actual de los bienes.

De acuerdo con lo anterior, si en la sustanciación del proceso se determina que la pretensión del actor se encuentra delimitada a parte del bien objeto del proceso o que ésta no se justifica sobre su totalidad, el embargo preventivo podrá ser reducido. Si, por el contrario, existe una fundada razón para entender que la pretensión se amplía a otros bienes, el embargo podrá ser ampliado.

En el último caso, dado que lo normal es que la pretensión esté objetivamente determinada desde el inicio del proceso, la ampliación del embargo podrá decretarse como consecuencia de la ampliación de la pretensión antes de la citación del demandado conforme señala el artículo 115 del Código Procesal Civil³⁹⁴. Por el contrario, la reducción del embargo preventivo podrá originarse en la conciliación aprobada parcialmente o en el desistimiento

³⁹³ Como consecuencia de la estimación de esta pretensión, además de operar un efecto retroactivo, por ejemplo, reintegrando los bienes al patrimonio del vendedor (si el contrato es de venta), también genera un resarcimiento del daño, proveniente de la culpa, y la restitución del precio a favor del comprador.

³⁹⁴ Este precepto señala: *I. La demanda podrá ser ampliada o modificada hasta antes de la contestación. En tal caso, la ampliación o modificación deberán citarse a la parte demandada, con los mismos efectos de la citación con la demanda original. II. Si después de contestada sobreviene algún hecho nuevo que influya sobre el derecho pretendido por las partes en el proceso, éstas podrán alegarlo y probarlo hasta antes de la sentencia; si fuere posterior, podrán alegarlo y probarlo en segunda instancia. En ambos casos se concederá a la contraparte las facultades de contradicción y prueba correspondientes.*

Al respecto, piénsese en el caso en el que el actor, después de presentada la demanda por mejor derecho propietario, amplíe su pretensión al reconocimiento de las mejoras introducidas en el bien.

Embargo preventivo

parcial de la pretensión, en el primer acto de la audiencia preliminar³⁹⁵ o durante el desarrollo del proceso.

³⁹⁵ De acuerdo con el texto del artículo 166-I, núm. 1 el primer acto de la audiencia preliminar en el proceso ordinario será la *Ratificación de la demanda y de la contestación, y en su caso, de la reconvencción y su contestación...*, oportunidad en la que el actor o el reconvenccionista eventualmente podrán no ratificar alguna de sus pretensiones.

CAPÍTULO TERCERO: ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO

Debido a que el embargo, tanto en su dimensión cautelar o ejecutiva, constituye una medida que puede recaer sobre la totalidad del patrimonio disponible del demandado, tratándose de embargos que se traban sobre bienes registrables, el mismo podrá ser anotado preventivamente o, respecto a bienes no registrables, podrá hacerse efectivo por otros medios establecidos en la ley. En el presente título estudiaremos aquel embargo que recae sobre los primeros y que, por lo tanto, produce cambios en el registro de la propiedad.

I. DEFINICIÓN

Comúnmente denominada como *anotación de embargo*, entiéndase como aquel asiento registral de carácter provisional que otorga publicidad a un embargo previamente ordenado sobre bienes registrables, por una autoridad judicial y cuya ejecución ha sido efectivizada por un funcionario público autorizado³⁹⁶. Por su parte, CACHÓN CADENAS sostiene que la anotación preventiva de embargo *es la medida de aseguramiento de la traba que resulta adecuada cuando aquélla recae sobre bienes inmuebles, incluidos los derechos reales que tengan por objeto bienes de esa naturaleza... Pero también puede ser objeto de anotación preventiva el embargo que tenga por objeto bienes muebles susceptibles de acceso a un Registro Público*³⁹⁷.

De acuerdo con las anteriores definiciones, se infiere que la anotación preventiva de embargo debe cumplir con los siguientes presupuestos:

1. Embargo previamente ordenado
2. Embargo efectivamente ejecutado o trabado³⁹⁸
3. Que el bien trabado sea susceptible de registro

En cuanto a los efectos que despliega, consideramos que, en principio, el embargo sólo alcanza a las partes del proceso mientras no sea anotado en el registro de la propiedad conforme se desprende del artículo 1473 del Código Civil. A su vez, esta disposición se refuerza en lo

³⁹⁶ Decimos “funcionario autorizado” en atención a lo regulado por el artículo 411-I del Código Procesal Civil boliviano que establece que el embargo será ejecutado por el oficial de diligencias o cualquier autoridad que se comisione al efecto.

³⁹⁷ CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, cit., pág. 661.

³⁹⁸ Pues sólo a través de la traba podrá individualizarse el bien afectado con el embargo y éste será accesible en el registro de la propiedad.

establecido por el artículo 411-II del Código Procesal Civil³⁹⁹ que instituye la efectividad del embargo sobre bienes muebles e inmuebles sujetos a registro por medio de su inscripción⁴⁰⁰.

Sin perjuicio de la definición otorgada líneas arriba para la anotación preventiva de embargo, a continuación, inspirados en la sistematización realizada por TALMA CHARLES⁴⁰¹, pasamos a abordar cada uno de los términos que la conforman según la significación que poseen de manera independiente.

1. “ANOTACIÓN”

OSSORIO define la anotación como poner notas en un escrito, cuenta, libro⁴⁰². Por otro lado, desde un punto de vista jurídico, la anotación es todo asiento registral que tiene como función otorgar la publicidad de una situación o acto capaz de producir efectos legales y provocar un cambio en el registro. En ese sentido, la palabra *anotación*, lejos de referirse a un acto propiamente procesal, constituye un medio auxiliar para garantizar la ejecución de las decisiones emitidas por la autoridad judicial (resoluciones cautelares o sentencias) o para la protección de aquellas situaciones que, por falta de algún requisito, no pueden consolidar algún derecho (anotación estrictamente registral).

En cualquiera de los casos la anotación, por su naturaleza cautelar o de simple protección, siempre obedecerá a una situación momentánea o provisional. En ese sentido, a diferencia de la inscripción, que consolida derechos como la propiedad o la hipoteca, tiene una vigencia temporal previamente establecida por la norma.

2. “PREVENTIVA”

Que la anotación sea preventiva, denota que la misma tiene como finalidad prevenir a un tercero que, en el plano extraprosesal, pueda constituir derechos sobre los bienes anotados. En el ámbito cautelar la utilización de este término podrá referirse a la anotación preventiva de demanda o de embargo, a una prohibición de contratar, y a la inhibición general de bienes.

³⁹⁹ *El embargo de inmuebles se hará efectivo por su inscripción en el Registro de Derechos Reales y de igual manera el de muebles sujetos a registro; el de muebles, mediante su aprehensión, pudiéndose designar depositario al propio deudor o a un tercero; y el de créditos, por la notificación al deudor del ejecutado.*

⁴⁰⁰ Aun cuando exista una imprecisión con el uso del término *inscripción*, por cuanto el embargo es susceptible de anotación y no de inscripción, como se analizará más adelante.

⁴⁰¹ TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, cit., págs. 39-42.

⁴⁰² Equiparando dicha definición, claro está, a la situación registral actual, tal nota podría resultar en un sistema digital como es el registro de derechos reales. OSSORIO, M., *Diccionario...*, cit., pág. 74.

Por su parte, TALMA CHARLES sostiene que *La anotación se denomina "preventiva" porque previene al tercero, en el sentido de hacer públicas situaciones que le podrán ser oponibles en lo sucesivo*⁴⁰³, por lo que la finalidad que persigue la anotación preventiva será la de evitar que el tercero adquirente de los bienes anotados encuentre protección en el manto de la buena fe que ofrece el registro en evidente perjuicio de los derechos del anotante.

3. “EMBARGO”

Como se estudió en el apartado correspondiente el embargo es la medida cautelar que tiene como finalidad la adscripción de los bienes del demandado al resultado del proceso, sea que éste persiga la constitución, modificación o extinción de derechos sobre dichos bienes o simplemente su realización económica por medio de su venta judicial.

Si bien el embargo es el objeto de la anotación, a través de éste se otorgará la publicidad de la *litis* y, por lo tanto, anulará la buena fe del tercero adquirente. De lo que resultan principalmente dos efectos protectores: repelerá la constitución de actos sobre el bien embargado o, una vez consumados dichos actos, aniquilará la buena fe de terceros.

A lo anterior, conviene añadir otro efecto, consistente en la cancelación inmediata de los actos constituidos sobre los bienes embargados. Así, el artículo 414-II del Código Procesal Civil señala que en lo que respecta a estos actos de disposición *La ejecución continuará como si el acto de disposición o de constitución de gravámenes no existiere. La autoridad judicial a pedido del acreedor, ordenará la cancelación de dichos actos en los registros correspondientes, con notificación del tercero en cuyo favor se hubiere realizado el acto.*

II. NATURALEZA DE LA ANOTACIÓN: ¿MEDIDA CAUTELAR O DERECHO REAL?

Debido a la posibilidad de su acceso al registro y los efectos propios tanto del embargo como de su anotación un sector de la doctrina se ha planteado si el embargo preventivo se trata de un derecho real. Al respecto, conviene señalar que los derechos reales hacen referencia a las relaciones de las personas con las cosas⁴⁰⁴ y a aquellos atributos o facultades que tienen sobre éstas.

⁴⁰³ TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, cit., pág. 40.

⁴⁰⁴ ROMERO SANDOVAL, R., *Derecho Civil*, Editorial Los amigos del libro, 3° Ed., La Paz, 1991, pág. 50.

Para entender la diferencia entre la anotación de embargo y los derechos reales, en primer lugar, conviene delimitar los efectos que ambos generan de forma separada. De este modo, el embargo preventivo genera como efectos el poder dispositivo del órgano jurisdiccional, el derecho del acreedor de realizar los bienes embargados en venta judicial y su pérdida del deudor por el cambio de titularidad de los mismos una vez aprobada la subasta.

Por su parte, la anotación, en el caso concreto del embargo, generará la publicidad de la medida y, por lo tanto, del proceso en el que se ordenó, determinará la competencia de la autoridad que la haya ordenado respecto a cualquier vicisitud que se presente con relación a la anotación, y la hará oponible frente a terceros y prioritaria frente a otros que concurren con un asiento registral de igual naturaleza o que hayan constituido derechos sobre los bienes anotados.

La principal diferencia entre el embargo y los derechos reales se manifiesta por su modo de acceso al registro, por cuanto mientras que los derechos reales acceden a éste por medio de inscripción, el embargo lo hace siempre a través de una anotación preventiva. Ello también transluce la naturaleza de situación no consolidada que reviste al embargo a diferencia de los derechos reales que, debido a la eficacia positiva de la inscripción, supone una afirmación *iuris tantum* de su existencia.

Por otro lado, los derechos reales, a diferencia del embargo, no requieren de la actividad jurisdiccional para su inscripción en el registro. Asimismo, en el caso concreto de las garantías reales éstas surgen como una medida de garantía ante el eventual incumplimiento por parte del deudor, mientras que el embargo se origina por el incumplimiento ya consumado, facultándose al acreedor la posibilidad de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación.

III. FUNDAMENTOS

Pese a que la anotación del embargo en último término siempre se practica en sede registral, conviene analizar cuál es el origen o fundamento de todos los elementos que la conforman. En ese sentido, analizaremos las fuentes de la anotación registral en general y de la anotación del embargo en particular.

1. FUNDAMENTOS DE LA ANOTACIÓN REGISTRAL

Los efectos inmediatos de la anotación en el registro de la propiedad son la publicidad y su consecuente oponibilidad de las situaciones que se anotan frente a terceros. Su fundamento principal es la seguridad jurídica en el tráfico de bienes y la buena fe de los actos de disposición

sobre los mismos. A continuación, analizamos los principales fundamentos de la anotación registral.

1.1. La fe pública registral

Es indudable que la anotación registral encuentra su fuente más cercana en la fe pública que caracteriza al registro, por cuanto ésta deriva de la seguridad jurídica que debe tener cada acto que realicen los ciudadanos en los múltiples negocios jurídicos que celebran en su cotidiano vivir.

La existencia del registro posibilita que el tráfico jurídico cuente con un respaldo que refleje la tradición de los bienes, los distintos actos jurídicos realizados sobre éstos, la titularidad, las prohibiciones ordenadas por mandato judicial, cargas, entre otros. En ese sentido, el principal fundamento del registro se encuentra en la fe que éste otorga respecto de cada acto realizado sobre los bienes formando parte, en consecuencia, del interés público estatal.

Como parte de la actividad estatal y, por tanto, del Derecho Público, lo reflejado en el registro goza de fe por cuanto todo lo registrado tiene la veracidad que le otorga el necesario control de la función pública que ha dado el visto bueno a cada acto inscrito en él. De otra manera, cualquier acto que no cumpla con los requisitos señalados por la ley será rechazado por el registrador, debiendo subsanarse aquello que impidió su acceso al registro.

En principio, el registro otorga la fe de todo lo que se encuentra en él asentado. Esta fe registral, como señala TALMA CHARLES, puede desplegarse de dos maneras: en un sentido positivo y en un sentido negativo. Este último genera aquello que se conoce como oponibilidad, de manera que todo aquel que pretenda constituir actos sobre el bien no gozará de la buena fe que otorga el registro. En cuanto a la primera -la fe pública registral positiva- ésta implica que el acto no sólo será oponible frente a terceros, sino que también se tendrá por existente el derecho inscrito en el registro.

Aplicando lo anterior, conviene delimitar una de las principales diferencias existentes entre el acto de inscripción y el de anotación. Así, la inscripción genera una fe pública registral positiva y negativa⁴⁰⁵; en cambio, la anotación únicamente despliega efectos negativos⁴⁰⁶, pues el acto o situación anotados puede llegar a consolidarse o, de lo contrario, jamás existir.

⁴⁰⁵ TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, cit., pág. 116.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, pág. 127.

No obstante, la eficacia positiva de la fe pública registral respecto a los actos inscritos no es absoluta. De ahí que el artículo 1544 del Código Civil establezca como principio esencial que *La inscripción no otorga validez a los actos o contratos nulos o anulables*. Mientras dicha comprobación no se lleve a cabo o se encuentre pendiente, los actos inscritos, cuando menos, serán verosímiles y quien niegue su existencia o eficacia podrá anotar judicialmente su pretensión en el registro.

Lo anterior, manifiesta aún más las diferencias existentes entre el asiento de inscripción y el de anotación, pues ante la duda o contradicción del primero podrá practicarse la anotación, pero de ningún modo ésta podrá impedir por sí misma la eficacia o validez de la inscripción. Así, el único asiento que podrá hacer frente a la inscripción será otro de igual naturaleza, que únicamente podrá obtenerse por efecto de la sentencia que estime la pretensión que contradiga a dicha inscripción. De ahí que la anotación preventiva no impida los actos de disposición sobre el bien fundados en un derecho de propiedad inscrito.

1.2. La publicidad

La publicidad es el principal fundamento de la anotación registral, pues ésta no tendría sentido sin la existencia de un sistema que haga públicos o conocidos todos los actos que se insertan en el registro. A partir de ella también se generan los efectos *erga omnes* de los derechos reales inscritos y la obstrucción de la buena fe a partir de la anotación de las diferentes situaciones jurídica susceptibles de ella.

La publicidad siempre ha sido motivo de preocupación desde el derecho antiguo, siendo una de las cuestiones que ha ido evolucionando con el paso del tiempo y conforme a las diferentes situaciones jurídicas que pasaron a formar parte del tráfico jurídico y comercial. Sobre este punto, MORALES GUILLÉN grafica, por ejemplo, la situación de la hipoteca⁴⁰⁷ que en el Derecho Romano *...significaba que un predio, en el que se colocaba un madero que contenía la noticia del gravamen, estaba bajo tal aviso, seguridad o gravamen*⁴⁰⁸.

En el contexto nacional, la evolución del registro trajo consigo la evolución del sistema de publicidad a través de la transición operada entre el sistema de libros a la técnica del folio real que rige actualmente para el registro y publicidad de los derechos reales en todo el Estado

⁴⁰⁷ La hipoteca, al igual que el embargo, requiere de su anotación en el registro para adquirir publicidad y oponibilidad frente a terceros.

⁴⁰⁸ MORALES GUILLÉN, C., *Código Civil Concordado y Anotado*, cit., pág. 1804.

boliviano. Esta técnica, introducida a partir de la entrada en vigor del Reglamento, modificación y actualización a la Ley de Inscripción en Derechos Reales de 24 de diciembre de 2004, a decir de su artículo 12, ...*comprende esencialmente al inmueble física y jurídicamente determinado, luego al sujeto y al derecho.*

Tratándose de cuestiones jurídicas más que fácticas, la anotación preventiva surge como un medio idóneo para otorgar la publicidad de todos aquellos actos que no necesariamente responden al ejercicio de un derecho sino meramente a la posibilidad de su existencia. Por el contrario, el registro no podrá dar fe de aquellos derechos que se consolidan por la fuerza de los hechos, como es el caso de la posesión, la cual no necesita del registro para ser oponible frente a terceros⁴⁰⁹.

Conforme señala DE LA RICA Y ARENAL *La buena fe, estado normal psíquico, se presume; su reverso, la mala fe, estado patológico del espíritu, hay que probarla*⁴¹⁰. Es, en este último punto, en el que incide la publicidad, pues al otorgarse a situaciones jurídicas concretas el acceso al registro a través de la anotación, no se pretende probar la buena fe - que *a priori* se presume- sino la mala fe de los terceros adquirentes, quienes desde la publicidad de la situación anotada no podrán alegar ignorancia o desconocimiento de la misma.

La publicidad siempre está dirigida hacia terceros por cuanto las partes que celebran el acto o tienen relación directa con el objeto del litigio conocen de antemano el acto que constituyen o los efectos jurídicos que despliega la *litis*⁴¹¹. En cambio, los terceros que no forman parte de ambas relaciones, material y procesal, normalmente no conocen de aquellas situaciones que se constituyan sobre bienes concretos que puedan afectar a su círculo jurídico.

1.3. La seguridad jurídica

Resultante de aquellos fundamentos anteriormente analizados, la seguridad jurídica es un concepto multidimensional, por cuanto también es válido para otros principios y derechos⁴¹²

⁴⁰⁹ Esta también es la situación, por ejemplo, de la separación de hecho o de las uniones convivenciales, en las cuales impera el trato conyugal, el afecto y el proyecto de vida en común, demostrable por los hechos gozando de publicidad sólo a través de aquellos.

⁴¹⁰ DE LA RICA Y ARENAL, R., «Meditaciones hipotecarias. La buena fe y la publicidad del registro», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 256, 1949, págs. 537-562.

⁴¹¹ Dicho conocimiento despliega, por sí mismo, los efectos de la doctrina de los actos propios. Así, el que forme parte de la relación jurídica o haya asumido el conocimiento de un proceso luego no podrá contradecir todo aquello que ha manifestado expresa o tácitamente.

⁴¹² Así, la seguridad jurídica se emplea para tratar el principio de legalidad, la irretroactividad de la ley, el derecho a un juez natural, la motivación de las resoluciones judiciales, la primacía de la Constitución, entre otros.

e incluso para otras disciplinas de distinta naturaleza como la economía. En suma, la seguridad jurídica que otorga el registro a los derechos y situaciones plasmados en él siempre tienden a generar una seguridad económica, pues el registro de la propiedad siempre recae sobre bienes patrimoniales y, por tanto, económicamente valiables.

La seguridad que otorga el registro a las diferentes relaciones jurídico-comerciales permite que los sujetos desenvuelvan con mayor tranquilidad los diferentes negocios que celebran y que son susceptibles de provocar un cambio en el registro. Así, si los sujetos saben de antemano que la constitución, modificación o extinción de derechos reales que celebran guiados por su voluntad tendrá un acceso al registro y que ello les permitirá hacer públicos y demostrables los distintos actos que desenvuelven, lo harán sabiendo que ante cualquier controversia están amparados por la evidencia que queda en dicho registro.

Por su parte, la ausencia de la seguridad jurídica implicaría en los sujetos la sensación de desprotección en el desenvolvimiento de sus relaciones. Asimismo, propiciaría el surgimiento de arbitrariedades por parte de otros sujetos y del propio Estado, quienes no estarían limitados por algún instrumento que impida sus abusos u otorgue certeza a los derechos constituidos en apego a la ley.

Desde la propia Constitución Política del Estado, la seguridad jurídica se encuentra conformada como un principio esencial de la impartición de justicia, del sistema de economía plural y de la iniciativa empresarial⁴¹³. Asimismo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional la seguridad jurídica ha sido entendida como un principio emergente y *...dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal; por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental, es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal; este entendimiento está acorde con el nuevo texto constitucional, que en su art. 178 dispone que la potestad de impartir justicia emana del*

⁴¹³ Artículos 178, 306-III y 311-II, núm. 5 de la Constitución Política del Estado.

*pueblo boliviano y se sustenta, entre otros, en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, probidad y celeridad... (SC 70/2010-R de 3 de mayo)*⁴¹⁴.

En el tráfico inmobiliario, la seguridad jurídica se manifiesta en otros principios específicos registrales como los de tracto sucesivo, prioridad, legalidad, publicidad e impenetrabilidad. En ese sentido, por el primero existirá certeza acerca del historial de los bienes o el enlace de titularidades⁴¹⁵; por el de prioridad existirá una eficacia temporal del derecho o situación inscrita o anotada; por el de legalidad el acceso al registro estará condicionado al cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley y calificados por el registrador; por el de publicidad se dotará a los actos que figuran en el registro de conocimiento general; y por el de impenetrabilidad se impedirá la incompatibilidad de otros derechos frente a aquel que se encuentra vigente por su inscripción en el registro⁴¹⁶.

2. FUNDAMENTOS DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO

Tratándose el embargo de una actividad judicial compleja, conformada por una serie de elementos periféricos al mismo pero destinados todos a la ejecución de la sentencia⁴¹⁷, en el presente apartado analizaremos cada una de las fuentes de esta medida en relación con la anotación preventiva. En ese sentido, el enfoque del presente estudio será procesal y registral por la naturaleza de este asiento registral y del objeto anotado.

2.1. Pretensión real o pecuniaria

La existencia de un embargo previamente ordenado por una autoridad judicial necesariamente se encuentra vinculada con la interposición de una pretensión real o pecuniaria, de acuerdo con los supuestos establecidos en el artículo 326-I del Código Procesal Civil. En cuanto a las primeras -las pretensiones reales- estas podrán ser a su vez simplemente reales o mixtas, como es el caso de las pretensiones de nulidad de testamento, simulación y cumplimiento del contrato de venta.

⁴¹⁴ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Nro. 70/2010-R de 3 de mayo de 2010.

⁴¹⁵ TÉLLEZ MIGUÉLEZ, F., «Seguridad jurídica y registro de la propiedad», Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, núm. 3, 1996, págs. 17-27.

⁴¹⁶ ALARCÓN FLORES, *Principios registrales, procedimiento registral, anotaciones preventivas, bloqueo registral*. En: *Monografías.com*. Disponible en: <https://www.monografias.com/trabajos16/derecho-registral/derecho-registral.shtml>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁴¹⁷ Este criterio se desprende de lo señalado por NOVELLINO, quien entiende que *...el embargo es una medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de una sentencia condenatoria, pero que se agota con la traba requiriéndose diversos procedimientos conexos para obtener la satisfacción del acreedor*. NOVELLINO, N.J., «Técnica jurídica del embargo y desembargo», cit.

Por su parte, el precepto citado es mucho más amplio en cuanto a las pretensiones simplemente reales, pues al regular la procedencia del embargo preventivo en estos casos extiende su adopción a *...otras acciones reales respecto del bien demandado mientras dure el juicio*. En ese sentido, la anotación preventiva del embargo procederá siempre que el mismo se haya fundado en una pretensión de reivindicación, acción negatoria, división de herencia, división de bienes gananciales, acción confesoria, usucapión, colación de bienes hereditarios, entre otras.

En cuanto a las pretensiones pecuniarias, las que en mayor medida provocan la adopción del embargo preventivo, conviene delimitar el derecho que se ejerce en virtud de ellas que no es otro que el derecho de crédito. Éste es la facultad que tiene todo acreedor de exigir de su deudor el cumplimiento efectivo de su prestación sea ésta de dar (pecuniaria o no pecuniaria), de hacer y de no hacer. De esta manera, el incumplimiento de la prestación por parte del deudor originará su responsabilidad patrimonial con todos sus bienes presentes y futuros, conforme a lo señalado por el artículo 1335 del Código Civil.

Los efectos de la anotación preventiva del embargo se activarán con el ejercicio de la facultad concedida al acreedor para sacar a venta judicial los bienes del deudor. No obstante, tal facultad podrá encontrarse en riesgo de no obtener sus resultados si no se otorga publicidad al embargo obtenido para la consecución de tal fin. Así, el acceso del embargo preventivo al registro otorgará al embargante la publicidad de su pretensión y, ante la concurrencia de otros acreedores, la prioridad por la temporalidad de su anotación.

2.2. Derecho real de garantía

Los derechos reales de garantía otorgan a favor del acreedor la seguridad de que, en caso de incumplimiento, podrá obtener la venta judicial de bienes concretos del deudor que satisfagan el crédito reclamado por el primero. Así, tomando como referencia a la hipoteca, que según el artículo 1360-I del Código Civil otorga al acreedor los derechos de persecución y preferencia, esto únicamente será posible si el derecho es público y oponible frente a terceros.

Dicha publicidad y oponibilidad se obtendrá mediante la inscripción del derecho en el registro de la propiedad⁴¹⁸ y su importancia es tal que, aun cuando el embargo sustentado en la

⁴¹⁸ Artículo 1538.- (Publicidad de los Derechos Reales; regla general) I. Ningún derecho real sobre inmuebles surte efectos contra terceros sino desde el momento en que se hace público según la forma prevista por este Código.

inscripción de la hipoteca sea posterior a otros derechos inscritos inmediatamente después de la hipoteca, sus efectos se retrotraerán a ésta última⁴¹⁹. Por el contrario, si el derecho de garantía no es inscrito éste no gozará de la protección del registro, aun cuando el derecho de persecución hubiese sido activado por medio del embargo preventivo.

IV. PRESUPUESTOS

El embargo, medida cautelar por excelencia, puede afectar bienes y derechos de distinta naturaleza, siendo la medida cautelar más adaptable y de alcance más amplio respecto de todas las demás. No obstante, cuando su publicidad está sujeta a la anotación preventiva, su efectividad estará condicionada a los efectos de esta última que, por recaer exclusivamente sobre bienes registrables, tendrá sus presupuestos particulares distintos a los del embargo propiamente dicho.

1. BIEN O DERECHO INDIVIDUALIZADO

Salvo en los casos de ejecución de una obligación con privilegio especial (hipoteca, anticresis, prenda), la individualización de los bienes del deudor por parte del acreedor quirografario no resulta una tarea fácil, pues la normativa procesal no regula expresamente nada al respecto. Distinto es el caso de la legislación comparada, donde, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil española contempla la manifestación judicial de bienes del ejecutado y la averiguación judicial de su patrimonio en sus artículos 589 y 590.

En criterio de TORIBIOS FUENTES, la manifestación judicial de bienes encuentra su fundamento en evitar el fenómeno del fracaso de la ejecución por insolvencia del deudor que se presentó en todas las épocas y pueblos, cuyos ordenamientos jurídicos han permitido la realización obligatoria de las deudas privadas⁴²⁰. Este criterio es acertado, por cuanto considerando la evolución que ha sufrido la ejecución forzosa de las obligaciones, el legislador se ha visto obligado a introducir otros medios que garanticen la seguridad del acreedor ante la posible insolvencia del deudor.

Ante este vacío en la legislación procesal nacional, los acreedores se ven obligados, a veces por sus propios medios, a veces con auxilio judicial, a averiguar aquellos bienes que

⁴¹⁹ Situación derivada de los derechos de persecución y preferencia regulados por el artículo 1360-I del Código Civil.

⁴²⁰ TORIBIOS FUENTES, F., *Averiguación de bienes en la ejecución civil: Manual para la práctica de la investigación patrimonial del deudor*, cit., pág. 378.

conforman el patrimonio del deudor con la finalidad de circunscribirlos a la ejecución por medio del embargo⁴²¹. Así, una vez detectados los bienes, concretará el embargo, que en principio era genérico, sobre los mismos.

La subordinación del embargo a su individualización para acceder al registro encuentra su fundamento en la publicidad y la técnica del folio real que gobierna dicho registro, esto último cuando la anotación del embargo deba ser practicada sobre bienes inmuebles. De este modo, la publicidad se encuentra condicionada a que exista un bien individualizado sobre el que será practicada la anotación, haciendo oponible el embargo frente a terceros. Y, tratándose de bienes inmuebles, la anotación será imposible si previamente no se individualiza el bien embargado debido a que el registro de la propiedad individualiza, en primer lugar, los bienes y después la titularidad sobre éstos.

2. RESOLUCIÓN CAUTELAR DE EMBARGO

La posibilidad de practicar la anotación de un embargo supone que se han cumplido con todos los actos inherentes a su adopción. De acuerdo con ello, no podrá acceder al registro una resolución cautelar que rechace el embargo o un embargo genérico que no señale la cuantía del embargo ni individualice el bien embargado⁴²². Sobre este punto, PEREIRA CAMPOS se ha pronunciado al manifestar que *...basta que el bien sea 'registrable', ya que la ley no realiza ninguna clase de distinción.* " En ese supuesto no importaría el tipo de registro sino tan solo que el bien sea objeto de registro público o privado. En esta categoría entrarían los registros públicos todos y los registros privados de bienes de cualquier naturaleza" ...⁴²³.

⁴²¹ Tarea que no siempre resulta fácil, pues es común que el deudor que ha caído en mora haya realizado con anterioridad actos dirigidos a provocar el fraude de sus acreedores. Esto ha llevado a la jurisprudencia penal a crear la línea relativa a los *contratos criminalizados*, que sujeta la criminalización de un negocio de naturaleza civil a la intención de defraudación en forma anterior o coetánea a la celebración del mismo. En ese sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo de Justicia mediante los Autos Supremos Nro. 258/2013 de 11 de julio, 56/2016-RRC de 21 de enero y 167/2018-RA de 21 de marzo, entre otros.

⁴²² Ya nos referimos con anterioridad a ello al señalar que, en el derecho comparado se sanciona con nulidad un embargo con estas características. Este es el caso de la normativa procesal española, cuyo artículo 588.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sanciona con nulidad el embargo indeterminado al establecer que: *Será nulo el embargo sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste.*

⁴²³ Declaraciones vertidas por el especialista Santiago Pereira Campos el 21 de agosto de 2013 al diario El Observador de Montevideo en el artículo titulado: *Advierten que el código del proceso tiene artículos inconstitucionales* [En línea], Disponible en: <https://www.elobservador.com.uy/nota/advierten-que-codigo-del-proceso-tiene-articulos-inconstitucionales-20138211950>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

De todos los requisitos que hacen procedente al embargo preventivo, la resolución cautelar es, sin duda alguna, la más importante. Es por ésta que el registrador podrá prestar el auxilio necesario para la plasmación del embargo en el registro pues sin la orden judicial que disponga esta medida el registrador no tendrá competencia alguna para anotarla.

Asimismo, es a través de la resolución cautelar del embargo que se fijará el alcance de la medida. En primer lugar, identificará el proceso en virtud del cual ha sido dispuesta y el alcance cuantitativo del embargo y objetivo del bien embargado. Asimismo, al contener el nombre de la autoridad judicial que lo ordena, los terceros a quienes les será oponible la medida cautelar conocerán al juez competente para elevar ante él cualquier solicitud relacionada con el embargo o con los derechos que se aleguen contra éste.

3. BIEN O DERECHO SUJETO A REGISTRO

Con base en la responsabilidad patrimonial establecida por el artículo 1335 del Código Civil, el embargo podrá recaer sobre todos los bienes y derechos presentes y futuros del deudor, incluyendo aquellos bienes que por su naturaleza pueden ser materiales o inmateriales. En ese sentido, también se contemplan los bienes y derechos sujetos y no sujetos a registro.

Respecto a esto últimos, el embargo se hará efectivo por otros medios. Así, por ejemplo, el embargo de créditos cuya efectividad no está sujeta a inscripción en registro alguno, sino mediante su notificación al deudor del ejecutado, quien a partir de entonces quedará obligado a no pagar la deuda a este último, otorgando además al acreedor las facultades para realizar las gestiones judiciales del cobro.

Cuando nos encontramos ante un embargo que obtiene su publicidad y, por tanto, su oponibilidad por otros medios distintos al registro no podrá plantearse la anotación de embargo. En ese sentido, la condición *sine qua non* para que ésta pueda llevarse a cabo será la naturaleza registrable del bien embargado.

4. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA COMO PRESUPUESTO EVENTUAL

El artículo 325-IV del Código Procesal Civil señala que *Si la sentencia de primera instancia es favorable a la parte que solicitó la medida, a petición de ésta, la autoridad judicial ordenará el embargo o secuestro de los bienes afectados con la anotación.* De este precepto, se extraen dos presupuestos para la conversión de una anotación preventiva de demanda en un embargo: sentencia de primera instancia favorable y solicitud de parte.

La conversión al embargo no exige que la sentencia sea firme o tenga calidad de cosa juzgada, sino únicamente que sea estimatoria del derecho pretendido por el actor. Tampoco sujeta dicha conversión a la impugnación de la sentencia, lo que evita que se confunda con una ejecución provisional.

Sobre este último punto, si bien tanto la conversión de una medida cautelar a otra como la ejecución provisional suponen la existencia de una sentencia no firme, ambas medidas no pueden confundirse debido a que la conversión al embargo únicamente constituye un acto más que acerca a la sentencia a su ejecución, por cuanto tiende a reforzar su seguridad. En cambio, la ejecución provisional, pese a tal carácter, implica una ejecución propiamente dicha pues podría, incluso, llegar a materializarse la realización de los bienes en pública subasta o desapoderarse a la parte perdedora en las pretensiones reales dirigidas a la restitución de los bienes litigiosos.

Asimismo, para la procedencia de la ejecución provisional de sentencia será exigible la impugnación de ésta. Por su parte, la conversión al embargo no impide la impugnación de la sentencia ni implica, por sí misma, que el actor pueda llevar a delante otros actos propios de la ejecución, limitándose sus facultades a la solicitud del embargo.

El fundamento para que el demandante pueda solicitar el embargo con posterioridad a una anotación preventiva de demanda se encuentra en la mayor intromisión que tiene el primero respecto a la segunda. Así, mientras que la anotación preventiva de demanda únicamente otorga publicidad a la *litis* y con eso genera su oponibilidad frente a terceros, el embargo crea preferencia no sólo frente a quienes pretendan constituir actos sobre los bienes embargados, sino también frente a los acreedores del demandado que pretendan satisfacer sus créditos con el bien objeto del litigio.

Por otro lado, la conversión al embargo posibilita, a diferencia de la anotación preventiva de demanda, obtener la desposesión del bien cautelado a través de un posterior secuestro. Esto se colige de lo establecido en los artículos 325-II y 326-II del Código Procesal Civil.

El primero de estos preceptos señala que *La anotación preventiva en un registro público constituye un acto de publicidad y no impide a su titular el ejercicio del contenido de su derecho, ni otorga al que obtuvo la preferencia*. Dichos efectos, son más limitados que aquellos inherentes al embargo y al secuestro de bienes, por cuanto en este último se impediría al deudor

ejercitar el contenido de su derecho de propiedad en cuanto a las facultades de uso y de disfrute, en contraposición a lo regulado por el artículo 325-II del Código Procesal Civil.

Por su parte, en aplicación del artículo 326-II del Código Procesal Civil, la obtención de un embargo con posterioridad a una sentencia estimatoria facultaría al demandante para solicitar el secuestro de los bienes objeto de la *litis*, si el mismo se trata de bienes muebles o semovientes. No obstante, la procedencia del secuestro estará condicionada a la insuficiencia del embargo y a que el demandado no tenga título de propiedad o posesión de los bienes durante más de un año.

V. OBJETO

El incumplimiento de las obligaciones constriñe la totalidad del patrimonio embargable⁴²⁴ del deudor a la satisfacción forzosa de éstas. Empero, en el caso específico de la anotación preventiva conviene delimitar aquellos bienes que, no obstante son embargables, podrán ser objeto de publicidad a través del registro.

Asimismo, no es menos importante atender al presupuesto de titularidad de los bienes embargados. Ello, debido a que no siempre coincide la titularidad de los bienes con los datos contenidos en el registro, dando lugar a la anotación del embargo sobre bienes no pertenecientes al deudor o la imposibilidad de practicar la anotación debido a que éstos se encuentran registrados bajo una titularidad distinta a la del deudor⁴²⁵.

1. BIENES Y DERECHOS DEL DEUDOR

El deudor que se obliga responde con la totalidad de su patrimonio por su incumplimiento. Como señalábamos anteriormente, según el principio establecido por el artículo 1335 del Código Civil todos los bienes del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores.

Respecto a la responsabilidad patrimonial del deudor, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha entendido lo siguiente: *Para el respaldo y cumplimiento de sus obligaciones, el deudor cuenta con su patrimonio, que se constituye en la garantía común de sus acreedores; así nuestra legislación civil reconoce a los acreedores quirografarios -que tienen como garantía de su acreencia todos los bienes presentes y futuros del deudor- y los acreedores*

⁴²⁴ Es decir, que no sean inalienables, accesorios, carentes de contenido patrimonial, etc.

⁴²⁵ Denominado por la doctrina peruana como *embargo castigado*.

hipotecarios -que cuentan con una garantía especial sobre un bien determinado del propiedad del deudor o eventualmente constituido por un tercero a su favor-, de tal manera que el acreedor pueda en caso de incumplimiento de la prestación debida recaer en los bienes del incumplido y hacerse pago de lo debido mediante la acción judicial que corresponda. (S.C. 1439/2011-R de 10 de octubre de 2011)⁴²⁶.

Por su parte, el crédito no será quirografario si el cumplimiento de la prestación tiene una garantía constituida, voluntaria o legalmente, sobre bienes específicos del deudor. Este es el caso, por ejemplo, de la hipoteca, que a diferencia del principio establecido por el artículo 1335 del Código Civil, constituye una garantía concreta sobre bienes individualmente indicados, encontrándose, por tanto, suficientemente⁴²⁷ garantizado el crédito.

En uno y otro caso la diferencia radica en la determinación exacta del bien. Es así que, para el caso de los créditos quirografarios, no existirá una garantía propiamente dicha (por cuanto no refuerza en nada el crédito) sino una facultad de embargar todos los bienes presentes y futuros del deudor. En cambio, el acreedor con garantía específica tendrá como refuerzo del cumplimiento de su crédito bienes concretos del deudor, teniendo como límite, a diferencia del crédito quirografario, lo señalado por el artículo 1471 del Código Civil en cuanto a que *El acreedor que tiene prenda, hipoteca, anticresis o privilegio sobre bienes determinados del deudor no puede embargar otros si no somete previamente a venta judicial los primeros.*

En otro orden de ideas, la similitud entre ambos créditos -quirografario y privilegiado- se encuentra en la inembargabilidad reconocida por la ley sobre algunos bienes. Así, indistintamente se trate de uno u otro crédito, en ningún caso estos podrán ser trabados sobre aquellos bienes enunciados por el artículo 318 del Código Procesal Civil o que no reúnan los presupuestos de titularidad, patrimonialidad y alienabilidad.

Asimismo, tanto en los créditos quirografarios como privilegiados, deberá observarse la proporcionalidad y suficiencia de los bienes embargados. Así lo entiende el legislador en el texto del artículo 1470-I del Código Civil al establecer que el embargo y la venta forzosa de los bienes del deudor serán practicados *...sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito.*

⁴²⁶ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Nro. 1439/2011-R de 10 de octubre de 2011.

⁴²⁷ La suficiencia del bien con relación al crédito debe ser determinada libremente por las partes. Si, subastados estos bienes no resultasen suficientes, el acreedor podrá obtener el embargo de otros bienes en aplicación de la garantía general establecida por el artículo 1335 del Código Civil.

Dicha suficiencia también se manifiesta para los créditos con garantía especial en el citado artículo 1471 del Código Civil.

2. BIENES Y DERECHOS DE UN TERCERO

El artículo 1470-I del Código Civil establece el principio general por el cual todo acreedor puede obtener el embargo y la posterior venta judicial de los bienes del deudor al señalar que *El acreedor puede obtener el embargo y la venta forzada de los bienes pertenecientes al deudor según las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil*. No obstante, pese a la literalidad del precepto, el acreedor también podrá obtener el embargo y la realización de bienes de terceros cuando éstos se encuentran vinculados al crédito mediante una garantía personal o fianza⁴²⁸.

Sobre este instituto, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha entendido que: *Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor, como ya se tiene dicho, este cuenta con su patrimonio y ante la insuficiencia o falta de solvencia del mismo, está previsto en la ley la posibilidad que un tercero pueda afianzar el cumplimiento de los compromisos asumidos por éste -instituto conocido como la fianza-, de tal manera que el acreedor ante la eventualidad del incumplimiento de lo que se le debe, tiene en sus manos dos patrimonios que ejecutar uno del deudor y otro del fiador (S.C. 1439/2011-R de 10 de octubre de 2011)*⁴²⁹.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, se puede inferir que si bien la fianza faculta al acreedor la realización de bienes tanto del deudor como del fiador, este último únicamente responderá ante la insuficiencia del patrimonio del primero, constituyendo una garantía que opera de manera subsidiaria. Al respecto, el artículo del 925 del Código Civil contempla el beneficio de excusión y establece lo siguiente: *El fiador no está obligado para con el acreedor sino a pagarle en defecto del deudor, debiendo hacerse previa excusión en los bienes de éste*.

La excusión es definida por CABANELLAS como un *Beneficio o derecho con que los fiadores cuentan para no hacer pago al acreedor mientras el deudor principal tenga bienes*

⁴²⁸ Al respecto, conviene señalar que para el cumplimiento de las obligaciones se podrá constituirse una garantía real o personal. En el primer caso, nos referimos a aquellos créditos con hipoteca, prenda o anticresis; y en el segundo, a la fianza, establecida y regulada por el artículo 916 del Código Civil.

⁴²⁹ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Nro. 1439/2011-R de 10 de octubre de 2011.

*suficientes para ello*⁴³⁰. En ese sentido, la facultad conferida al acreedor de ejecutar el patrimonio del deudor y del fiador no es absoluta, por cuanto encuentra sus límites en la solvencia del deudor –que es quien se obliga directamente con el acreedor- y en la utilización de esta excepción por parte del fiador, pues de no hacer uso de la misma en el plazo legal, el acreedor podrá ejecutar los bienes de éste.

A ello, la norma suma el beneficio de división que a diferencia del de excusión no impide la afectación de los bienes del fiador. Por el contrario, el acreedor podrá ejecutarlos pero solo en la parte debida por el fiador cuando se ha pactado este beneficio ante la concurrencia de varios fiadores. Al respecto, el artículo 931-I del Código Civil señala que *Si se pactó el beneficio de división, el fiador demandado por toda la deuda puede pedir que el acreedor reduzca su acción a la parte debida por él.*

3. BIENES Y DERECHOS SUSCEPTIBLES DE ANOTACIÓN DE EMBARGO

De acuerdo con el artículo 1335 del Código Civil todos los bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros del deudor podrán ser embargados para el cumplimiento forzoso de su obligación. No obstante, a los efectos de la anotación del embargo corresponderá analizar únicamente aquellos bienes y derechos en los que la publicidad de la medida se obtiene por medio del registro.

En ese sentido, si bien en principio todos los bienes que reúnan los caracteres de titularidad, patrimonialidad y alienabilidad son embargables⁴³¹, no todos los embargos serán susceptibles de anotarse en el registro de la propiedad. De ahí que difieran los presupuestos de la anotación preventiva de embargo y del embargo propiamente, en razón a que este último es necesariamente más amplio que aquélla.

Pese a lo anterior, tanto el embargo como su anotación preventiva será aplicable a la totalidad de los bienes inmuebles, por cuanto sus datos técnicos y legales, y la publicidad de los actos constituidos sobre éstos⁴³² se encuentran contenidas en el registro de la propiedad. No obstante, el fenómeno de los bienes embargables, mas no anotables, se manifiesta en relación con los bienes muebles, siempre de variada naturaleza.

⁴³⁰ CABANELLAS DE TORRES, G., *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993, pág. 130.

⁴³¹ A menos que por su naturaleza por prohibición expresa de la ley sean inembargables.

⁴³² Principalmente la propiedad, que es lo que *a priori* permite el embargo.

Así, por ejemplo, serían bienes y derechos embargables y anotables los vehículos automotores, los buques, las acciones comerciales, las sumas de dinero depositadas en entidades financieras⁴³³ y los derechos de autor. Por el contrario, pese a ser embargables, no serán anotables aquellos bienes muebles cuya propiedad y, en consecuencia, embargo, es ostensible por su posesión⁴³⁴, como es el caso del mobiliario, el menaje del hogar, los electrodomésticos, y los créditos.

La naturaleza de los bienes y derechos creará, en relación con el embargo, dos realidades. En el caso de los bienes embargables y anotables no se limitará el uso ni disposición de estos bienes por parte del demandado, hasta el momento de aprobarse el remate y ordenarse el desapoderamiento de los mismos. En cambio, respecto a los bienes embargables y no anotables, necesariamente se limitará tanto su uso como disposición, por cuanto la imposibilidad de otorgar publicidad por medio de un registro hace imprescindible su aprehensión física⁴³⁵.

4. PROPIEDAD DE LOS BIENES INMUEBLES Y TITULARIDAD REGISTRAL: CARÁCTER CONSTITUTIVO O DECLARATIVO DE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO

A efectos de decretar el embargo y dotarle de publicidad, serán fundamentales los datos asentados en el registro de la propiedad. Así, para concretar la titularidad de los bienes y, por tanto, la procedencia del embargo, se requerirán las certificaciones correspondientes emitidas por el registrador; y una vez decretada la medida, los datos técnicos y dominiales del bien embargado deberán coincidir con aquellos reflejados en el registro.

A continuación, analizaremos los distintos problemas resultantes de la divergencia entre la propiedad de los bienes embargados y su titularidad en el registro. Dicha divergencia, se manifiesta de dos maneras: mediante el embargo de bienes no pertenecientes al deudor, pero registrados a su nombre, y el embargo de bienes pertenecientes al deudor, registrados a nombre de un tercero.

4.1. *Bienes no pertenecientes al demandado, registrados a su nombre*

⁴³³ Bajo cualquier forma de depósito como las cuentas de ahorro, corrientes, depósitos a plazo fijo, etc.

⁴³⁴ En correspondencia con lo regulado por el artículo 100 del Código Civil que señala que *La posesión de buena fe de los muebles corporales vale por título de propiedad, salva la prueba contraria.*

⁴³⁵ El propio artículo 411-II del Código Procesal Civil señala que el embargo de bienes muebles se hace efectivo mediante su aprehensión, pudiéndose designar depositario al propio deudor o a un tercero.

Entiéndase por este supuesto que los bienes embargados pertenecieron, en algún momento, al demandado, pero que por un acto posterior han sido enajenados en favor de tercero. Así, se plantea el embargo de bienes que, si bien civilmente ya no pertenecen al demandado, han sido afectados por su titularidad registral aún inscrita a nombre de éste. Por el contrario, el *verus dominus* no ha dotado de publicidad a su derecho careciendo de dicha titularidad registral, pese a ostentar la propiedad civil.

Con el objeto de determinar la eficacia del embargo en el supuesto planteado, debemos remitirnos, en primer lugar, al sistema de transmisión del derecho de propiedad adoptado por el legislador boliviano. En ese sentido, BAREA MEDRANO sostiene que el sistema boliviano *...adopta, dentro de los modos de adquirir el dominio, la adquisición por efecto de los contratos (contratos con efectos reales) ... Dicho efecto es suficiente para producir la transferencia entre las partes, en el sentido de que el derecho real se adquiere o constituye inmediatamente por el adquirente, sin que las partes deban hacer nada más, siempre que el consentimiento se haya manifestado legalmente y concurren los requisitos determinados por la norma.*⁴³⁶.

El autor basa su criterio en lo regulado por el artículo 521 del Código Civil, el cual señala que *En los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada o de cualquier derecho real, o la constitución de un derecho real, la transferencia o la constitución tiene lugar por efecto del consentimiento, salvo el requisito de forma en los casos exigibles*⁴³⁷. Según este precepto -fundamento del sistema consensualista- la transmisión de la propiedad opera por el solo consentimiento, indistintamente ésta sea inscrita o no, contrario

⁴³⁶ BAREA MEDRANO, E., «La buena fe como requisito *sine qua non* en la preferencia registral inmobiliaria», cit., págs. 15-16.

⁴³⁷ Además del consentimiento, exigen la forma las donaciones y la constitución de la propiedad superficiaria, conforme con lo establecido por los artículos 203-II y 667-I del Código Civil.

a lo que como sucedería en un sistema registral⁴³⁸, o mediante su entrega como es el caso del sistema adoptado por otras legislaciones como la española⁴³⁹.

Conforme con el sistema consensualista, la propiedad de los bienes quedaría consolidada por el consentimiento expresado por ambas partes en el contrato de venta (forma más común de transmisión de la propiedad), de manera que *a priori* éste define la embargabilidad o inembargabilidad de los bienes en relación con su titularidad. No obstante, el artículo 1474-2) del Código Civil introduce una solución contraria al señalar que *No tienen efecto, en perjuicio del acreedor embargante ni de los acreedores que intervinieron en la ejecución: ...Las enajenaciones de muebles o inmuebles sujetos a registro hechas antes del embargo pero inscritas después, ni las de otros muebles si el adquirente no ha tomado posesión de ellos con anterioridad al embargo.*

Dicho precepto, parece relacionar la forma de la titularidad de los bienes con la manera en que se hace público su embargo. De este modo, si la posesión de los bienes vale por título bastará con su embargo -realizable mediante su aprehensión- para la efectividad de la medida; y, por el contrario, si los bienes son registrables (sin que su inscripción valga por título), el embargo será efectivo mediante su anotación. Este criterio, se refuerza por el texto del artículo 411-II del Código procesal Civil que señala que *...El embargo de inmuebles se hará efectivo por su inscripción en el Registro de Derechos Reales y de igual manera el de muebles sujetos a registro...*

⁴³⁸ Este sistema es adoptado por otras legislaciones como la argentina, que en su artículo 1892 del Código Civil y Comercial de la Nación establece un sistema de título y modo que consolida la transmisión de la propiedad mediante su entrega o su inscripción (en el caso de bienes registrables) al señalar que *La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. No es necesaria, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente. La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos; y sobre cosas no registrables, cuando el tipo del derecho así lo requiera...*

⁴³⁹ El artículo 609.2 del Código Civil español señala que *...La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición...* Asimismo, el artículo 1.095 establece que *El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.*

Sin perjuicio de lo anterior, el modo de transmisión de la propiedad establecido por el artículo 521 del Código Civil no hace distinciones entre los bienes de acuerdo con su naturaleza. Así, el consentimiento será válido para la transmisión de cualquier bien mueble o inmueble, registrable o no registrable, de lo que resulta el carácter constitutivo de la anotación de un embargo practicado sobre bienes inmuebles carece de fundamento.

Por otro lado, la inoponibilidad de la propiedad no inscrita frente al embargo anotado introducida por el artículo 1474-2) del Código Civil no es absoluta, por cuanto del mismo precepto se manifiesta la condición para que opere la misma: que el tercero adquirente no se encuentre en posesión del bien con anterioridad al embargo. Sobre este punto, MORALES GUILLÉN sostiene que este precepto y el artículo 1475 del Código Civil *...importan aplicación práctica concreta al caso en estudio de la regla general del art. 1538, relativo a la función y a los efectos de la inscripción, respecto de terceros...*⁴⁴⁰, esto es, la publicidad de los derechos reales.

Al respecto, y como mencionamos en el apartado correspondiente⁴⁴¹, si bien el embargo produce ciertos efectos reales, el mismo por su naturaleza no puede identificarse como un derecho real. Sobre este punto, resulta interesante la reflexión de RUEDA JOVER quien equipara la naturaleza de la anotación del embargo con otros derechos reales como la hipoteca al sostener que *...la traba del embargo, a diferencia de la hipoteca, no produce vinculación exclusiva del bien afecto al crédito que lo determina, no alterando para nada la naturaleza del crédito del embargante, que sigue siendo un derecho personal, pues la vinculación aludida sólo opera en beneficio del proceso en que se acuerda, para facilitar la acción de la justicia y asegurar la efectividad de la ejecución acordada...*⁴⁴².

En la misma línea, el artículo 325-II del Código Procesal Civil señala que *La anotación preventiva en un registro público constituye un acto de publicidad y no impide a su titular el ejercicio del contenido de su derecho, ni otorga al que obtuvo la preferencia*. Este precepto, pese a encontrarse inmerso en las normas relativas a la anotación preventiva de demanda, es aplicable a la anotación de un embargo por cuanto la anotación, en su modo genérico, se presenta

⁴⁴⁰ MORALES GUILLÉN, C., *Código Civil Concordado y Anotado*, cit., pág. 1949.

⁴⁴¹ V. las págs. 53 a 56, relativas al poder dispositivo del órgano jurisdiccional.

⁴⁴² Espinosa de Rueda Jover, M. «Naturaleza jurídica de la anotación preventiva de embargo; eficacia frente a actos dispositivos posteriores», *Anales de Derecho*, núm. 9, 1986, págs. 277-282.

como un asiento registral temporal que no altera la naturaleza del derecho anotado⁴⁴³ y que, por tanto, es distinto de éste.

De acuerdo con lo anterior, siendo que el embargo no es un derecho real -pese a producir ciertos efectos reales- no puede ser prevalente frente a un derecho de propiedad constituido por el consentimiento. Ello encuentra su fundamento en la propia naturaleza del embargo como medio procesal que tiende a asegurar la efectividad de una sentencia y no así la constitución de derecho propietario alguno que pueda ser preferente al del titular sin inscripción.

No obstante, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en un sentido contrario al afirmar que *...una vez embargado un bien cualesquier acto de disposición no surte efecto en relación al ejecutante, para lo que debe tenerse en consideración que la “efectivización” a que se refiere es a la anotación en el Registro que corresponda, esto en una interpretación contextualizada con el art. 1473 del CC que determina que cuando el embargo afecta a bienes inmuebles o muebles sujetos a registro, solo surte efectos contra terceros desde su inscripción en el registro. Consecuentemente, desde la inscripción del embargo, los actos jurídicos de disposición o de constitución de gravamen sobre el bien, realizados después de la inscripción del embargo, no tienen eficacia en relación al ejecutante.* (S.C. 415/2005-R de 25 de abril)⁴⁴⁴

De admitirse la imprecisión creada a partir del artículo 1474-2) del Código Civil y sostenida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se estaría equiparando al embargo con un derecho de propiedad y sus efectos con aquel establecido por el artículo 1545 del Código Civil que señala que *Si por actos distintos ha transmitido el propietario los mismos bienes inmuebles a diferentes personas, la propiedad pertenece al adquirente que haya inscrito primero su título.*

Dicho precepto, regula aquello que la doctrina nacional y parte de la latinoamericana ha denominado *acción de reconocimiento de mejor derecho propietario* y que, según el Tribunal Supremo de Justicia *...está referida a la declaración y reconocimiento de prevalencia y eficacia jurídica de un derecho de propiedad sobre otro respecto al mismo inmueble...* (A.S. Nro.

⁴⁴³ TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, cit., págs. 155 a 159.

⁴⁴⁴ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Nro. 415/2005-R de 25 de abril.

463/2013 de 12 de septiembre)⁴⁴⁵. En esta pretensión, pese a la transmisión consensual del derecho de propiedad, resulta lógico y hasta necesario que sea la inscripción la que defina la prevalencia de un derecho propietario frente a otro, pues en ambos casos la adquisición de este derecho deberá ser de buena fe.

Por el contrario, consideramos que la protección del registro no puede alcanzar al embargo cuando frente a éste se alegue un derecho de propiedad no inscrito por cuanto el acreedor no busca constituir derecho alguno sobre los bienes embargados y menos adquirir la propiedad de éstos. Así, el embargo tiene su fundamento en un derecho de crédito, siendo, por tanto, accesorio; y la adjudicación de los bienes embargados en favor del acreedor no es un fin, sino una situación excepcional y subsidiaria resultante de la falta de postores a la venta judicial de estos bienes.

Por otro lado, la propia norma procesal parece reconocer la oponibilidad de un derecho de propiedad no inscrito frente al embargo, al regular en el artículo 360-II del Código Procesal Civil que: *Tratándose de tercería excluyente de dominio, no se suspenderá el trámite en lo principal hasta llegarse al estado de remate del bien litigado. El trámite de estas tercerías quedará dispensado cuando se trate de bienes cuyo derecho propietario se justifique con la correspondiente inscripción en el registro público correspondiente.* En ese sentido, se admite la posibilidad de formular la tercería de dominio de un derecho no inscrito, con el único efecto que, de no ser justificada dicha inscripción con el certificado pertinente, no se suspenderán los actos ejecutivos hasta el remate de los bienes embargados.

4.2. Bienes pertenecientes al demandado, registrados a nombre de tercero

En este supuesto nos encontramos ante una situación análoga a la anterior, con la variante de que los bienes susceptibles de embargo sí pertenecen al deudor, pero su derecho no ha sido inscrito en el registro de la propiedad, dificultando así la anotación preventiva de la medida. Al tratar éste y otros problemas relativos al embargo, GARCÍA VILA analiza lo que considera la “eficacia pura” del embargo, *es decir, la eficacia del embargo sin las interferencias derivadas del juego de la protección registral que conceden tanto la inscripción registral del dominio del*

⁴⁴⁵ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 463/2013 de 12 de septiembre de 2013. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2013/as201321463.html> [Consultado el 1 de junio de 2020].

*bien como la anotación preventiva del embargo*⁴⁴⁶. En virtud de ello, al igual que en el supuesto antes estudiado, corresponderá tomar en cuenta el sistema de transmisión de la propiedad, la efectividad del embargo, y la correspondiente oponibilidad entre la propiedad no inscrita y dicha medida cautelar⁴⁴⁷.

A priori, consideramos que en este supuesto el embargo preventivo sería posible, por cuanto de conformidad con el artículo 521 del Código Civil la propiedad sería del demandado, pese a no haber accedido al registro mediante su inscripción. Esto es coherente con el sistema consensual de transmisión de la propiedad y el fin de publicidad que cumple el registro.

Por su parte, el artículo 1473 del Código Civil señala que *Cuando el embargo afecta a bienes inmuebles o muebles sujetos a registro, sólo surte efectos contra terceros desde su inscripción en el registro*. Según este precepto, que enfoca el embargo desde el punto de vista de los bienes registrables, la inscripción no otorgará validez al embargo sino únicamente su oponibilidad frente a terceros, de lo que se deduce el carácter declarativo de la anotación y la validez del embargo preventivo entre las partes.

Ello tiene sentido debido a que ambas partes, con independencia de la anotación, conocen de la instauración del proceso y de todos los actos que se suscitan dentro del mismo. Por tal motivo, no es necesaria la anotación preventiva del embargo si en la sustanciación del proceso el demandado conoce de la adopción de la medida cautelar⁴⁴⁸ y, por tanto, se somete al resultado del proceso y a los efectos del embargo preventivo. De ahí que la “efectividad” del embargo establecida por el artículo 411-II del Código Procesal Civil, en realidad deba referirse a su eficacia frente a terceros y no así a la validez del embargo propiamente dicho.

Es en este punto que el embargo preventivo, pese a ser ejecutado y surtir efecto entre las partes, puede ver afectada su eficacia frente a terceros debido a la imposibilidad de su anotación. En ese sentido, deberá adoptarse la misma solución estudiada anteriormente para el caso de la prevalencia del derecho de propiedad no inscrito frente al embargo anotado, esto es, que si la

⁴⁴⁶ GARCÍA VILA, J., *El embargo y la titularidad de los bienes embargados*, cit., pág. 15.

⁴⁴⁷ Debiéndose considerar que en este supuesto, a diferencia del anterior, el embargo no puede anotarse debido a la no correspondencia entre la propiedad civil y la titularidad registral.

⁴⁴⁸ La notificación al demandado con la ejecución del embargo no sólo le otorga el conocimiento del mismo, sino también la posibilidad de utilizar los medios de defensa que le concede el proceso cautelar sin perjuicio del principio *inaudita altera pars* que caracteriza a la adopción de todas las medidas cautelares.

propiedad (transmitida por el sólo consentimiento) es suficiente para el levantamiento de un embargo por ausencia de titularidad, también debe serlo para la anotación de un embargo por la acreditación de ésta.

Lo anterior encuentra sustento en el criterio establecido por el Tribunal Supremo de Justicia respecto a la naturaleza de la inscripción de los actos en el registro de la propiedad. En ese sentido, ha señalado que *...la ausencia de registro de la propiedad en Derechos Reales no es impedimento para que dicha venta no pueda surtir efectos entre las partes contratantes, toda vez que la ley expresamente ha previsto que el registro de la propiedad es oponible ante terceros interesados, es decir, la publicidad de los derechos reales está establecido para terceros y no para las partes contratantes, lo que quiere decir, según el art. 1538-III del Código Civil, que las partes contratantes (o sus herederos y/o causahabientes según el art. 524 del Código Civil) que hayan celebrado un acto jurídico por el que hayan constituido, transmitido, modificado o limitado el derecho real de un determinado bien inmueble y no hayan cumplido con esa formalidad del registro, no significa que no tenga validez alguna dicho acto jurídico ya que por ley, entre partes continua surtiendo efectos...* (A.S. Nro. 307/2014 de 24 de junio)⁴⁴⁹.

Pese a lo establecido por el artículo 411-II del Código Procesal Civil, consideramos que el acto de inscripción y el de ejecución son dos momentos distintos, diferencia de la que el legislador parece no percatarse al momento de elaborar el texto del referido precepto. Sobre este punto, en el derecho comparado se encuentra que el legislador brasileño ha interpretado de forma más clara la diferencia existente entre el embargo propiamente dicho y su anotación registral, al señalar expresamente en el artículo 844 del Código del Proceso Civil⁴⁵⁰ que la anotación del embargo en el registro podrá hacerse con independencia de la orden judicial que lo ordena⁴⁵¹.

Siguiendo el mismo criterio, ARRUDA ERICEIRA, en oportunidad de analizar la posibilidad de que pueda trabarse el embargo de aquellos bienes inmuebles sobre los cuales el deudor únicamente tiene la posesión, sostiene que *...En el caso del embargo de bienes*

⁴⁴⁹ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 307/2014 de 24 de junio de 2014. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2014/as201421307.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁴⁵⁰ Brasil. Ley Nro. 13.105 de 16 de marzo de 2015, del Código de Processo Civil.

⁴⁵¹ Art. 844. *Para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no registro competente, mediante apresentação de cópia do auto ou do termo, independentemente de mandado judicial.*

*inmuebles, el ordenamiento traza algunas reglas específicas: primero aclara que el registro ante la Oficina de inmuebles no forma parte del embargo, sirviendo tan sólo para generar presunción absoluta de conocimiento por terceros. Así, independientemente del registro, el embargo se realiza y generará regularmente sus efectos en el proceso y fuera de él.*⁴⁵² En ese sentido, mientras que el embargo es siempre ordenado por una autoridad judicial en virtud de un proceso donde intervienen demandante y demandado y en el cual se dilucida una pretensión contenciosa entre ambas partes; la anotación, salvo el caso de la anotación preventiva de demanda⁴⁵³, se desprende de las funciones del registrador que se dirige frente a terceros.

Por su parte, GARBERÍ LLOBREGAT manifiesta que la ausencia de obligatoriedad de la anotación preventiva una vez trabado el embargo sobre bienes inscribibles *...no es, ni más ni menos, sino consecuencia del carácter no constitutivo de dicha medida en relación con el embargo, carácter éste predicado por la jurisprudencia en infinidad de ocasiones, y que destaca la autonomía del embargo ejecutivo, que existe y se perfecciona como tal desde que es acordado por el Secretario judicial o desde que se reseña el bien en el acto de la diligencia de embargo (art. 587 LECiv), con total independencia de su eventual (y no obligatoria) anotación preventiva en el correspondiente Registro (v. v. gr. STS 1.ª 26-7-1994).*⁴⁵⁴ De lo anotado, se evidencia que la doctrina es uniforme en el sentido de diferenciar ambas instituciones, criterios que a la luz del proceso civil boliviano distan mucho de la “efectividad” a la que alude el artículo 411-II del Código Procesal Civil.

Ante el problema que presenta para la oponibilidad del embargo la ausencia de inscripción del derecho de propiedad, resulta notable la solución otorgada por el legislador español en el derecho comparado. Así, el artículo 629.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española regula la “anotación preventiva de suspensión de la anotación de embargo”, que podrá obtenerse en los casos en que el bien objeto de la medida no se encuentre inmatriculado o estuviese inscrito en favor de persona distinta del ejecutado. Como complemento, el artículo 664 de la misma norma habilita al Letrado de la Administración de Justicia para que realice los

⁴⁵² ARRUDA ERICEIRA, C.M., *A penhora sobre posse de bem imóvel*. Brasília-DF: 30 de junio de 2014. Disponible en: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40003/a-penhora-sobre-posse-de-bem-imovel>. [Consultado el 1 de junio de 2020]

⁴⁵³ En el caso de esta la anotación preventiva de demanda es indudable que la anotación y la demanda no admiten dicotomía, pues únicamente tendrán naturaleza cautelar cuando se hallan fundidas. En ese sentido, la demanda no es más que el acto que da inicio al proceso y no despliega por sí sola efectos cautelares.

⁴⁵⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, J. *et al*, Comentario al artículo 629 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en: *Estudios y Comentarios Legislativos. El Proceso de Ejecución Forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, SA, 2013.

apremios correspondientes si el ejecutado no presenta los títulos de propiedad de que disponga en el plazo de diez días⁴⁵⁵.

Contrariamente, en la legislación boliviana no se encuentra una solución parecida, primando así la verdad formal sobre la verdad material. Tal situación deviene inevitablemente en la evasión de su responsabilidad por parte del deudor en claro desmedro del crédito del acreedor, máxime si tenemos en cuenta que en la práctica el registro de Derechos Reales ha rechazado en más de una oportunidad la inscripción de medidas cautelares por no coincidir en la resolución judicial y en el registro datos personales del deudor como ser alguno de los apellidos, el número de cédula de identidad, etc., situación que manifiesta aún más la primacía de la formalidad frente a la realidad en criterio del registro y de la propia ley.

No obstante, a mayor abundamiento, consideramos que una interpretación amplia del derecho de garantía general de los acreedores regulado por el artículo 1335 del Código Civil, permitiría una solución cuanto menos parecida a la otorgada por el legislador español en el artículo 629 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al respecto, si reparamos en que por medio del mencionado derecho todos los bienes del deudor constituyen la garantía general de sus acreedores, no existirá óbice alguno para su embargo y realización, por cuanto el único límite recae en aquellos bienes inembargables.

De lo expuesto, se observa que la ley solamente exige que tales bienes, presentes o futuros, formen parte del patrimonio del deudor, sin mencionar nada respecto a su inscripción en el registro correspondiente. Así las cosas, bastará el título constitutivo correspondiente para probar la titularidad del deudor sobre los mismos y, por lo tanto, su potencial embargabilidad, siendo factible una anotación preventiva de suspensión de la anotación de embargo, medida suficiente para cumplir con la eficacia a que hace referencia el artículo 411-II del Código Procesal Civil en tanto se practique la inscripción correspondiente del dominio a nombre del deudor.

Por su parte, el artículo 1552-I, inc. 2) del Código Civil establece que se podrá pedir a la autoridad jurisdiccional la anotación preventiva de sus derechos en el registro por quien

⁴⁵⁵ Artículo 663 .1 LEC. *Presentación de la titulación de los inmuebles embargados*. 1. En la misma resolución en que se mande expedir certificación de dominio y cargas de los bienes inmuebles embargados, el Secretario judicial podrá, mediante diligencia de ordenación, de oficio o a instancia de parte, requerir al ejecutado para que en el plazo de diez días presente los títulos de propiedad de que disponga, si el bien está inscrito en el Registro.

obtenga a su favor providencia de secuestro o mandamiento de embargo ejecutado sobre los bienes inmuebles del deudor, precepto que hace viable la anotación de un embargo sobre cualquier bien del deudor pese a no hallarse inscrita su titularidad sobre el mismo. Tal criterio se desprende de la técnica registral regulada por el artículo 73 del Decreto Supremo 27957, la cual señala claramente que *Cada inmueble será registrado asignándole un número de matrícula, que permanecerá invariable, independientemente del cambio de titular o propietario del mismo...*, de lo que se infiere que, bastando que se individualice registralmente el bien inmueble mediante sus datos técnicos, no existirá obstáculo alguno para anotar sobre el mismo un embargo o suspensión del mismo otorgado de conformidad al derecho de garantía general de los acreedores, previa verificación de su titularidad por parte de la autoridad judicial que ha ordenado la medida.

VI. EFECTOS

Pese a los distintos efectos que genera la anotación preventiva, el carácter esencial de ésta es su publicidad y consecuente oponibilidad frente a terceros, originada por su acceso al registro de la propiedad. No obstante, cuando el objeto de la anotación es el embargo preventivo, corresponderá considerar también los efectos propios de esta medida cautelar y la forma en la que interactúan con su asiento registral.

1. Oponibilidad y anulación de la buena fe de los terceros adquirentes

A tiempo de analizar la publicidad como protectora del interés del tráfico, GUERRERO sostiene que *El negocio jurídico entonces se integró con el registro publicitario, no existía el derecho si no pasaba por el registro...*⁴⁵⁶ En ese sentido, a la importancia de la publicidad para la seguridad del tráfico jurídico, se sumó su carácter constitutivo para los derechos en algunos ordenamientos jurídicos⁴⁵⁷.

En el caso concreto del embargo preventivo, el legislador mantiene dos criterios acerca de la naturaleza y efectos de su anotación en el registro. Así, mientras que en el artículo 1473 del Código Civil regula la anotación del embargo como una simple carga⁴⁵⁸, en el artículo 411-

⁴⁵⁶ GUERRERO, F.A., «Los sistemas publicitarios registrales, sus principios y algunos efectos jurídicos sobre el principio de legalidad», *Revista de Derechos Reales*, núm. 2, 2012. Cita electrónica: IJ-LXIV-865.

⁴⁵⁷ Asimismo, en la legislación boliviana la publicidad constituye el criterio de solución que determina la preferencia entre los adquirentes de un mismo bien, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1545 del Código Civil.

⁴⁵⁸ Art. 1473 C.C.: *(Inscripción del embargo) Cuando el embargo afecta a bienes inmuebles o muebles sujetos a registro, sólo surte efectos contra terceros desde su inscripción en el registro.*

II de la norma procesal le asigna un carácter constitutivo al señalar que *El embargo de inmuebles se hará efectivo por su inscripción en el Registro de Derechos Reales y de igual manera el de muebles sujetos a registro...*

Pese a lo anterior, si bien la contradicción entre ambos preceptos genera un debate acerca del carácter constitutivo o declarativo de la anotación, esto sólo afectaría a la protección de los derechos del embargante. Así, respecto a su eficacia frente a terceros, siempre será necesaria la anotación del embargo por cuanto aun aceptándose el carácter declarativo de la anotación y, por tanto, la eficacia del embargo preventivo a partir de su sola traba sobre los bienes; éste no podrá ser de conocimiento de terceros, quienes sin la publicidad de la medida naturalmente ignoran su existencia.

Unida a la oponibilidad del embargo, se encuentra la aniquilación de la buena fe de los terceros adquirentes, de lo que resulta que la eficacia de sus derechos se subordina al resultado del juicio por el que ha sido trabado el embargo preventivo. Ello se manifiesta en distintos preceptos de la norma sustantiva y procesal. Así, el artículo 1474 del Código Civil señala que *No tienen efecto, en perjuicio del acreedor embargante ni de los acreedores que intervinieron en la ejecución: 1) Las enajenaciones del bien embargado. 2) Las enajenaciones de muebles o inmuebles sujetos a registro hechas antes del embargo pero inscritas después, ni las de otros muebles si el adquirente no ha tomado posesión de ellos con anterioridad al embargo.*

Dicho precepto nuevamente destaca la importancia de la anotación del embargo para su oponibilidad al utilizar la expresión *...pero inscritas después*. En ese sentido, si bien en la primera de sus causales únicamente alude al bien embargado, sin aclarar nada sobre el momento en el que éste se tiene por constituido, de la segunda de ellas se infiere el papel preponderante del registro para la inexistencia de buena fe por parte de los terceros adquirentes.

En la misma línea, el artículo 414-I del Código Procesal Civil señala que *Todo acto jurídico de disposición o de constitución de gravámenes del bien embargado, que se realizare en forma posterior a la efectividad del embargo, será ineficaz respecto al embargante y no afectará el curso del proceso ni sus resultados*. Al respecto, comprendiendo que la misma norma procesal otorga a la anotación un carácter constitutivo del embargo, entiéndase que ésta será un requisito *sine qua non* para la ineficacia de los actos posteriores constituidos sobre los bienes embargados.

Por su parte, el artículo 1475 del Código Civil señala que *La solicitud del deudor para la constitución de patrimonio familiar no procede en perjuicio del acreedor embargante y de los acreedores que intervienen en la ejecución cuando: 1) Teniendo por objeto un bien inmueble no ha sido inscrita antes del embargo. 2) Comprendiendo muebles de uso ordinario, se hace en fecha posterior a la que lleva el acta de embargo.* Así, a contrario sensu, la primera de estas causales condiciona la eficacia del patrimonio familiar constituido sobre bienes del deudor a la inexistencia de un embargo previamente anotado, pues de ser así la publicidad de la medida imposibilitará no sólo que dicho patrimonio familiar surta efectos, sino también su acceso mismo al registro.

Distinto es el caso de los bienes muebles de uso ordinario por cuanto para éstos, atendiendo a su naturaleza no registral, se tomará en cuenta la fecha del acta de embargo, o lo que es lo mismo, de la traba efectiva de dichos bienes. No obstante, sin perjuicio de lo regulado por el precepto en estudio, los bienes muebles de uso ordinario también gozan de inembargabilidad inmediata por disposición expresa del artículo 318.3 del Código Procesal Civil. En ese sentido, no será necesaria la fecha del acta de embargo para serles oponibles un patrimonio familiar, por cuanto por su sola naturaleza no puede trabarse el embargo sobre los mismos.

Por último, conviene añadir que la oponibilidad frente a terceros goza de tanta efectividad que el legislador ha previsto, inclusive, la posibilidad de cancelar los actos de disposición o constitución de gravámenes sobre los bienes embargados a sola solicitud del acreedor embargante. Dicha disposición se encuentra contenida en el artículo 414-II del Código Procesal Civil.

2. DERECHO DE PREFERENCIA O PRIORIDAD REGISTRAL

El derecho de preferencia resultante de la anotación de embargo puede entenderse en dos sentidos: el primero, originado como efecto inmediato de algunos derechos reales de garantía; y el segundo, del principio de prioridad registral resultante del acceso del acto en el registro de la propiedad.

Así, el derecho de preferencia se encuentra regulado para la hipoteca en el artículo 1360 del Código Civil según el cual el acreedor hipotecario es preferido en el pago frente a otros acreedores. Asimismo, para el caso de la prenda el artículo 1405-I del Código Civil señala que

El derecho del acreedor prendario a hacerse pagar por la cosa recibida en prenda es preferente con respecto a los demás acreedores y el artículo 1358 de la misma norma establece que Cuando concurren acreedores, con privilegios del mismo rango sobre ciertos bienes muebles, se tendrán en cuenta preferentemente al acreedor que pueda invocar la posesión de la cosa.

Por otro lado, para el caso de la anticresis y los créditos quirografarios el derecho de preferencia únicamente podrá originarse a partir de la prioridad registral y no por la sola constitución del derecho o la ejecución del embargo. En ese sentido, el artículo 1392 del Código Civil señala que *Todos los acreedores hipotecarios así como los anticresistas con título inscrito en el registro, son preferidos a los acreedores quirografarios* y el artículo 1393 establece que *La preferencia entre acreedores hipotecarios de cualquier clase que sean, y entre éstos y los anticresistas, se regula por la prioridad de su inscripción en el registro, para lo que se tomará en cuenta el día y la hora.* Por su parte, para el caso concreto del embargo, la sujeción de la preferencia a su prioridad registral se halla contenida en los artículos 328-I⁴⁵⁹ y 415-I⁴⁶⁰ del Código Procesal Civil.

La preferencia supone la concurrencia de derechos⁴⁶¹, pues el crédito preferente lo será con respecto a otros para hacer efectivo su derecho al cobro. A ello se suma el hecho de que a la concurrencia de acreedores también se añaden otras figuras afines como es caso de la prelación, los privilegios, la exclusión, entre otros.

Respecto a la diferencia entre la preferencia y la prelación LÓPEZ ALARCÓN precisa que la primera *Es el término genérico que conviene a los diversos supuestos en que un sujeto, un bien, un derecho, una ley, un interés, una acción, se antepone a otro...*⁴⁶², y en cuanto a la segunda que *debe limitarse a la preferencia entre acreedores concurrentes sobre un patrimonio en liquidación o, en general, sobre un bien insuficiente para la satisfacción de todos ellos...*⁴⁶³. Sin embargo, nos mostramos en desacuerdo con tal posición, por cuanto pretende dotarse a la

⁴⁵⁹ Artículo 328. (PRIORIDAD). I. *El acreedor que hubiere obtenido en forma prioritaria el embargo o secuestro de los bienes de su deudor que no se encuentren vinculados a causas legítimas de preferencia, tendrá derecho a cobrar íntegramente su crédito, intereses, costas y costos, con prelación a otros acreedores, salvo en el caso de concurso...*

⁴⁶⁰ Artículo 415. (PRELACIÓN). I. *El orden de la fecha de inscripción en el registro correspondiente de los embargos ejecutados, fija el orden de preferencia de los acreedores para hacer efectivos sus créditos...*

⁴⁶¹ Respecto del derecho de preferencia, LÓPEZ DE ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, Universidad de Murcia, 1960, pág. D-13, delimita su estudio desde el punto de vista de la concurrencia de derechos, diferente a la concurrencia de leyes, intereses o acciones.

⁴⁶² LÓPEZ ALARCÓN, M., *El derecho de preferencia*, cit., pág. D-19.

⁴⁶³ *Ibid.*, pág. D-19.

prelación de un concepto que por sí solo ya alcanza a la preferencia para la satisfacción del crédito.

En ese sentido, no encontramos utilidad en diferenciar ambos vocablos, más aún si del significado otorgado por la RAE la prelación es *Antelación o preferencia con que algo debe ser atendido respecto de otra cosa con la cual se compara*. Así, cuando se presenta la concurrencia de acreedores, inevitablemente la autoridad judicial realizará una comparación entre los créditos para decidir finalmente cual, por su naturaleza o por la diligencia empleada en su protección, gozará de primacía. De esta manera también lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia al sostener que *...los acreedores debidamente emplazados que concurren a este proceso, cuya característica es la universalidad...En resumen, concursan sus derechos de crédito y la sentencia debe consultar toda la preceptiva sobre privilegios, hipoteca, prenda anticresis, es decir, cualificar a los acreedores para que ocupen su respectivo lugar que la ley les acuerda...* (A.S. 52/2010 de 27 de marzo de 2010)⁴⁶⁴.

De la jurisprudencia glosada, se infiere la diferencia existente entre la naturaleza del crédito y la diligencia empleada por el acreedor para el cobro del mismo, pues la primera implica una cualidad intrínseca del crédito que goza de un privilegio otorgado por la ley y la segunda se refiere a la prelación que obtiene el acreedor que anotó su derecho con antelación a los demás. Un ejemplo de ello se presenta cuando en la concurrencia de acreedores quirografarios, uno de ellos ha empleado la diligencia necesaria para obtener la anotación del embargo sobre un bien específico del deudor, obteniendo la preferencia con respecto a los demás acreedores, sin embargo, pese a ello concurre un nuevo acreedor persiguiendo el pago de beneficios sociales, gozando de primacía aún con respecto al primer embargante⁴⁶⁵.

Del ejemplo citado, reparamos en que la diligencia del acreedor (materializada en la anotación del embargo sobre los bienes del deudor) otorga una preferencia para el cobro, más no un privilegio a su crédito, el cual únicamente se atribuye por disposición de la ley y no por la actividad del acreedor. Asimismo, no obstante, existe una clara diferencia del privilegio con

⁴⁶⁴ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 52/2010 de 27 de marzo de 2010. Disponible en: <http://www.derechoteca.com/jurisprudencia/sala-civil-sala-civil-auto-supremo-no-52-2010-del-27-de-marzo-de-2010/>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁴⁶⁵ Así se desprende de lo establecido por el artículo 48-IV de la Constitución Política del Estado que dispone: *Los salarios o sueldos devengados, derechos laborales, beneficios sociales y aportes a la seguridad social no pagados tienen privilegio y preferencia sobre cualquier otra acreencia, y son inembargables e imprescriptibles.*

respecto a la preferencia, ambos confluyen en el sentido que no toda preferencia se genera a partir de un privilegio, pero todo privilegio sí genera una preferencia.

En cuanto a la exclusión, siguiendo el alcance señalado para la misma por LÓPEZ ALARCÓN⁴⁶⁶, ésta deviene en una exclusividad reservada para algunos acreedores por disposición de la ley y que se traduce en el embargo de bienes sobre los cuales únicamente éstos podrán ejercer su derecho de persecución, con restricción de otros acreedores. La exclusión, como no puede ser de otra manera, se fundará en el crédito que se demande y al que la ley le reconozca este derecho, como es el caso de la asistencia familiar devengada, la misma que para su cobro admitirá incluso el embargo de bienes que, por regla general, son inembargables.

En ese sentido, el artículo 318.1 del Código Procesal Civil establece que serán inembargables los sueldos y salarios, salvo que se trate de pensiones de asistencia familiar. De lo que podemos inferir dos elementos distintivos de la exclusión: La exclusividad del acreedor privilegiado y la prohibición para los demás acreedores en el cobro de sus respectivos créditos.

Nótese que al hablar de la exclusividad hacemos mención de los acreedores y no así del crédito, como sí lo hacemos para el caso de los acreedores sobre los cuales existe prohibición. El fundamento de ello estriba en que para el caso del beneficiario de la asistencia familiar el crédito no es transmisible y obedece a cuestiones tales como la situación de necesidad en la que se encuentra el mismo y su relación jurídica de consanguinidad, afinidad o adopción con el obligado, por lo que la exclusividad se halla vinculada directamente a la persona del beneficiario, siendo el crédito (la asistencia familiar) un elemento mediato y no determinante del derecho de exclusión.

En cambio, el crédito -no el acreedor- restringido lo es por tratarse del cumplimiento de obligaciones patrimoniales cuyo fundamento atiende a un interés privado y no público. Sin embargo, ello no impide que el crédito adquiera preferencia respecto a otros de igual naturaleza fundada en el tiempo de su constitución o en la diligencia de su cobro mediante la obtención y anotación del embargo.

⁴⁶⁶ LÓPEZ ALARCÓN, M., *El derecho de preferencia*, cit., pág. D-20.

Dejando de lado las causas de preferencia para la satisfacción del crédito, originada principalmente en la ejecución singular⁴⁶⁷ y de manera excepcional en la ejecución colectiva⁴⁶⁸, corresponde analizar aquellas pertenecientes a la preferencia adquisitiva. Ésta, se encuentra regulada para la prevalencia del derecho de propiedad y, en el ámbito procesal, para aquellos embargos preventivos trabados para garantizar la ejecución de sentencias que reconozcan o dispongan la protección del dominio.

De este modo, la preferencia del derecho de propiedad entre adquirentes de un mismo inmueble estará condicionada, conforme lo estipulado por el artículo 1545 del Código Civil, a su inscripción prioritaria en el registro en aplicación del principio *prior in tempore potior in iure*. Lo mismo se infiere para los embargos destinados al reconocimiento y protección del derecho de propiedad, por cuanto el artículo 325-II del Código Procesal Civil señala que *La anotación preventiva en un registro público constituye un acto de publicidad y no impide a su titular el ejercicio del contenido de su derecho, ni otorga al que obtuvo la preferencia.*

Ahora bien, conviene preguntarse cuál es la situación de aquellos embargos cuya publicidad es obtenida con posterioridad a otra anotación que, por virtud del rango registral, les es preferente. En ese sentido, habrá que tomar en cuenta dos situaciones: la anotación preventiva de cualesquiera situaciones no cierra el registro, de manera que podrán acceder al mismo cuantos actos celebre con posterioridad el titular del bien y que sean susceptibles de inscripción o anotación; y dichas anotaciones posteriores no serán nulas de pleno derecho, sino provisionalmente ineficaces.

Dicha provisionalidad se desprende de la posibilidad de que puedan surtir plenos efectos como un simple asiento provisional e inclusive convertirse a inscripción, siempre que se extinga aquella anotación que goza de prelación respecto a las demás. Así, el Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que *Al caducar una anotación preventiva, está queda anulada, extinguida, por lo que debe estimarse como si nunca se hubiese realizado. Es un asiento que ya no tiene*

⁴⁶⁷ Tal es el caso del acreedor cuyo crédito se encuentra vinculado a una causa legítima de preferencia, como en los supuestos del acreedor que goza de un derecho real de garantía o un privilegio concedido por la ley, así como del acreedor con garantía general (quirografario) que consigue afectar un bien determinado del deudor a través del embargo, haciendo oponible su derecho frente a posteriores embargos.

⁴⁶⁸ El concurso, como medio de ejecución colectiva, viene determinado por la *pars conditio creditorum*, en virtud de la cual los acreedores gozan de igualdad en el cobro de sus créditos, excepto cuando no hayan arribado a un acuerdo en la junta de acreedores siendo el presupuesto exigible para proceder a la calificación de grados y preferidos (art. 439-VI.2 C.P.C.).

vida o efecto jurídico por lo que se le considera inexistente frente a todos; es decir, es un derecho que ha sido desregistrado y se encuentra en la misma situación que antes de haberse anotado... (A.S. Nro. 940/2015-L de 14 de octubre)⁴⁶⁹.

De lo anterior se desprende que las anotaciones de embargo posteriores a otra que es preferente por el día de su toma de razón⁴⁷⁰ subordinarán sus efectos a la extinción de ésta por caducidad. Así, una vez extinguida la anotación que era preferente, surtirá pleno efecto aquella que sea la siguiente en orden o prelación. Ello también se manifiesta del contenido del artículo 328-II del Código Procesal Civil que al regular la prioridad en el cobro de los créditos señala que *Los embargos o secuestros posteriores afectarán únicamente al sobrante que quedare después de pagados los créditos que dieron lugar a embargos o secuestros anteriores*, lo que implica el reconocimiento de su eficacia una vez satisfecho el crédito preferente.

3. TRANSITORIEDAD

La transitoriedad de la anotación de embargo surge como consecuencia de su carácter provisional. Ello se manifiesta tanto por la anotación como por el embargo preventivo, pues mientras que la primera es un asiento esencialmente temporal⁴⁷¹ y su objeto no puede ser un derecho consolidado, el embargo responde al proceso principal y subsiste hasta la ejecución efectiva de la sentencia u otro acontecimiento que, antes de ella, lleve a su levantamiento.

Por su parte, O'CALLAGHAN sostiene que *Las dos notas esenciales que se deducen de toda definición y que son inmanentes en las diversas anotaciones preventivas en su contraste con la inscripción, son la transitoriedad y la pendencia, pues lo que más caracteriza a la anotación preventiva es la transitoriedad del propio asiento, correspondiente a cierto estado de pendencia, sea del derecho que forma su contenido, sea de la fase de desarrollo en que se encuentra, sea de su situación en relación al Registro*⁴⁷². Así, tomando la transitoriedad del embargo preventivo (su contenido) y de su propia situación respecto al registro (que es siempre

⁴⁶⁹ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 940/2015-L de 14 de octubre de 2015. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/CO-2015/as201520940.html> [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁴⁷⁰ GUERRERO, F.A., «Los sistemas publicitarios registrales, sus principios y algunos efectos jurídicos sobre el principio de legalidad», cit.

⁴⁷¹ En cuanto a la naturaleza de la anotación preventiva y su diferencia con el asiento de inscripción, TALMA CHARLES sostiene que *...el asiento de inscripción tiene carácter definitivo o permanente (es temporalmente ilimitado). Por el contrario la anotación tiene carácter transitorio (el asiento es temporalmente limitado)*. En: TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, cit., pág. 41.

⁴⁷² O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil Tomo III*, Edersa, Madrid, 2004.

temporal), la anotación de embargo creará dos situaciones que, con respecto a la finalidad última de la medida -que es garantizar la ejecución de la sentencia-, produce efectos contradictorios.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 1553-I del Código Civil señala que *La anotación preventiva caducará si a los dos años de su fecha no es convertida en inscripción. El juez puede prorrogar el término por un nuevo lapso de un año, que no perjudicará a tercero si no se asienta a su vez en el registro.* Por su parte, el artículo 314-II del Código Procesal Civil (aplicable a todas las medidas cautelares, incluido, el embargo) dispone que *Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. La autoridad judicial de oficio o a petición de parte, podrá disponer su modificación, sustitución o cese, en razón de la mejor protección de los derechos*⁴⁷³.

Como se infiere de los preceptos citados, la duración de la anotación preventiva es independiente del derecho o situación anotado. De ello, llama la atención que a pesar de que tanto la norma sustantiva como la procesal insisten en aludir a la autoridad judicial, lo que denota la regulación de la anotación preventiva de naturaleza cautelar, no ha tomado en cuenta la correspondencia entre el plazo legal de dos años con la duración del proceso, que no siempre depende de la voluntad de las partes.

En ese sentido, piénsese en el caso en el que se ha anotado un embargo preventivo y entre el agotamiento de la primera instancia, los recursos de apelación y casación y una eventual nulidad declarada por el Tribunal Supremo han transcurrido más de tres años. La consecuencia será que la anotación habría caducado retrotrayendo al embargo a una situación anterior a su publicidad, es decir, que será oponible sólo entre las partes quedando subordinado a los créditos que, dado el efecto retroactivo de la caducidad, le serán preferentes por la prelación registral.

4. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL QUE DICTÓ LA MEDIDA Y ORDENÓ LA ANOTACIÓN

⁴⁷³ Sin perjuicio de que la anotación preventiva de una medida cautelar deberá regirse al plazo común de toda anotación de este tipo (dos años), llama la atención que el codificador no hubiese señalado un plazo para la misma en la norma procesal que otorgue certeza a las partes respecto a su duración. En ese sentido, SALVATIERRA señala que *...cabe tener presente que toda medida cautelar, al importar una restricción a la libre disposición de una parte, obsta el normal desarrollo del tráfico jurídico de bienes, ergo debe existir un plazo que ante la inactividad del beneficiario libere la obstrucción que implica una medida cautelar, a los fines de no causar perjuicios innecesarios.* SALVATIERRA, J.C., «Caducidad de embargos e inhibiciones anotados en expedientes judiciales», Sup. Doctrina Judicial Procesal, núm. 41, 2015 (abril). Cita online: AR/DOC/405/2015.

En este punto, conviene señalar que la anotación de embargo puede ser ordenada tanto por una autoridad jurisdiccional como por la administración pública por expresa disposición de las normas que regulan esta última materia. En ese sentido, cuando hacemos referencia a que el embargo fija la competencia de la autoridad que dictó la medida, serán válidos igualmente para la administración pública todos los supuestos que engloban la competencia de una y otra autoridad atendiendo a la naturaleza de los procesos que rijan su materia.

Teniendo como base el principio de instrumentalidad que rige en las medidas cautelares⁴⁷⁴ y atendiendo al hecho que el embargo es ordenado como consecuencia de un proceso judicial o administrativo, será la autoridad ante la cual se tramita dicho proceso quien tenga la competencia para conocer sobre la adopción de la medida. Al respecto, resulta clarificador el artículo 312 del Código Procesal Civil, el cual señala que *Será competente para disponer las medidas cautelares, si hubiesen sido planteadas como medida preparatoria, la autoridad que deba conocer la demanda principal*, de lo que resulta que desde el momento en que una autoridad conoce un asunto no solo será competente para la adopción de las medidas urgentes que garanticen la ejecución de la sentencia, sino también de todas aquellas incidencias que surjan como consecuencia de éstas.

Lo anterior también se manifiesta en lo regulado por el artículo 1560-II que señala que *Las anotaciones hechas por orden judicial se cancelarán sólo a mérito de otra que emane del mismo juez, salvo el caso de caducidad prevista por los Arts. 1554 y 1555*. En ese sentido, los casos a los que hace referencia el citado artículo y que, por tanto, serán de conocimiento de la misma autoridad que ordenó el embargo serán la caducidad del embargo anterior a la demanda, la sustitución del embargo por otra medida, la tercería de dominio declarada probada y la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

De esta manera, otorgada la publicidad al embargo mediante su anotación, éste será de conocimiento de todo aquel que pretenda hacer valer sus derechos de preferencia o de dominio sobre los bienes embargados, así como del embargo del sobrante una vez satisfecho el crédito preferente⁴⁷⁵. En consecuencia, la autoridad judicial embargante será competente para conocer

⁴⁷⁴ Recordemos que, por este principio, las medidas cautelares buscan asegurar la eficacia y realización material de la sentencia que se dictará dentro del proceso principal. En ese sentido, el proceso cautelar se encuentra subordinado a la existencia de este último, de tal manera que, extinguido éste, también lo hará el proceso cautelar.

⁴⁷⁵ Al respecto, CASERO LINARES sostiene que en el embargo del sobrante *...lo que se solicita del Secretario Judicial es el embargo de la cantidad que pudiera resultar sobrante una vez realizado el bien y pagado al acreedor*,

no sólo las peticiones de las partes con relación al embargo, sino también de terceros que vean afectado su círculo jurídico como consecuencia de la medida cautelar.

VII. EXTINCIÓN DE LA ANOTACIÓN

Debido a que el embargo en su dimensión registral se halla vinculado con su anotación preventiva, corresponde analizar las causales de extinción de ésta última y los efectos que produce respecto al primero en los planos sustantivo y procesal. En ese sentido, al estudiar cada una de dichas causales también se analizarán sus efectos para el embargante y los terceros adquirentes de los bienes embargados.

1. CADUCIDAD

GÓMEZ DE LIAÑO define a la caducidad como la *Decadencia de derechos al no ejercitarse en el plazo previsto al efecto... En la caducidad el tiempo es un dato definitivo de forma que el derecho sólo está vivo en el plazo prevenido para cada supuesto...*⁴⁷⁶. Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que *La caducidad es la extinción del derecho a la acción por el transcurso del tiempo o el plazo previsto por ley para el efecto, lo que significa que si el titular del derecho de accionar deja transcurrir el plazo previsto por ley sin presentar la demanda, el mencionado derecho se extingue...* (A.S. Nro. 1090/2015 de 23 de noviembre)⁴⁷⁷.

En principio, la caducidad de la anotación preventiva se manifiesta tanto en la norma procesal como en la sustantiva. Así, en relación con la vigencia de las medidas cautelares, el artículo 310-II del Código Procesal Civil señala que *Cuando se planteen como medida preparatoria de demanda, caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda principal dentro de los treinta días siguientes de habérselas ejecutado*. Por su parte, el artículo 1553-I del Código Civil establece que *La anotación preventiva caducará si a los dos años de su fecha no es convertida en inscripción. El juez puede prorrogar el término por un nuevo lapso de un año, que no perjudicará a tercero si no se asienta a su vez en el registro*.

por tanto tiene por objeto una mera expectativa sobre el posible excedente una vez realizado el bien embargado, desapareciendo si por cualquier circunstancia se extingue el primer embargo o no llega a existir excedente...
CASERO LINARES, L., *El embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., 2011, pág. 122.

⁴⁷⁶ GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Diccionario jurídico*, cit., pág. 48.

⁴⁷⁷ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 1090/2015 de 23 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2015/as2015201090.html> [Consultado el 1 de junio de 2020].

Si bien ambos preceptos refieren a la caducidad de las medidas cautelares, diferirán el tiempo de su solicitud y posterior ejecución, y el acto que impide su operatividad. En este último caso, mientras que en los embargos solicitados con anterioridad a la demanda la caducidad se impide por la interposición de ésta, en aquellos embargos que han accedido al registro mediante su correspondiente anotación se requerirá su transmutación en inscripción, acto sin el cual serán susceptibles de caducidad.

Por otro lado, respecto al fundamento de la extinción de la anotación por caducidad, ESPEJO LERDO DE TEJADA sostiene que *...el simple retraso en inscribir no es lo que perjudica al adquirente, sino que es necesario que un tercero realice una adquisición confiando en lo que el registro publica y que se adelante en su inscripción...*⁴⁷⁸. En ese orden de ideas, podrá obtenerse la anotación de un embargo y aunque caduque si a los dos años no es convertida en inscripción, el embargante no se verá afectado a menos que un tercero adquiera los bienes embargados revestido de la buena fe creada a partir de la extinción de dicha anotación.

Lo anterior también lleva a admitir la inscripción del derecho a favor del embargante aun cuando hubiese caducado la anotación del embargo. El fundamento de esto se encuentra en que así como un tercero puede adquirir los bienes afectados con la medida, nada impide que el propio embargante acceda al registro con un asiento diferente sin perjuicio de que su anotación hubiese caducado. Ello implica que la anotación del embargo no constituye un presupuesto necesario para la inscripción de su derecho por parte del mismo demandante.

Una nota esencial es que mientras la anotación de embargo no hubiese caducado, es decir, que ésta siga vigente, el embargante no sólo se verá beneficiado con el rango registral, sino que también podrá obtener la cancelación de todo acto posterior que se hubiese constituido sobre el bien embargado. Por el contrario, una vez operada la caducidad de la anotación, su rango registral se verá amenazado por cualquier acto que se constituya sobre este bien, por cuanto al tenerse por inexistente su anotación, ya no estará facultado para solicitar la mencionada cancelación quedando subordinado a éste.

Asimismo, ESPEJO LERDO DE TEJADA plantea la imposibilidad de que la protección registral alcance al tercero adquirente que produjo su negocio adquisitivo estando vigente la

⁴⁷⁸ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Efectos registrales y sustantivos de la caducidad de la anotación preventiva de embargo: Comentario a la STS de 31 mayo 2002 (RJ 2002, 5024)», Revista Aranzadi de derecho patrimonial, núm. 13, 2004, págs. 377-389.

anotación preventiva⁴⁷⁹. Al respecto, pese a que nos mostramos en total acuerdo con el autor, la jurisprudencia constitucional ha resaltado el efecto retroactivo de la anotación preventiva, que opera tanto para su conversión en inscripción, como para su caducidad y posterior extinción⁴⁸⁰.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que *A los efectos de la caducidad, la extinción de la anotación se produce de un modo absoluto y la caducidad produce efectos tanto respecto de las partes como de terceros. Al caducar una anotación preventiva, está queda anulada, extinguida, por lo que debe estimarse como si nunca se hubiese realizado. Es un asiento que ya no tiene vida o efecto jurídico por lo que se le considera inexistente frente a todos; es decir, es un derecho que ha sido desregistrado y se encuentra en la misma situación que antes de haberse anotado.* (SC Nro. 0057/2004 de 23 de junio)⁴⁸¹. A ello, se suma lo regulado por el artículo 1553-II del Código Civil que señala que *La anotación preventiva se convertirá en inscripción cuando se presente la sentencia favorable pasada en autoridad de cosa juzgada, o se demuestre haberse subsanado la causa que impedía momentáneamente la inscripción y ella en estos casos produce todos sus efectos desde la fecha de la anotación, sin embargo de cualesquier derecho inscrito en el intervalo.*

2. TERCERÍA DE DOMINIO DECLARADA PROBADA

La tercería de dominio se erige como una de las causas más comunes de la extinción de la anotación, por cuanto tratándose de uno de los medios de impugnación de las medidas cautelares, una vez estimada, produce la extinción de su objeto que es el embargo preventivo. Ello se origina por su finalidad que, en criterio de MAS BADÍA, *...no es recuperar la posesión, sino levantar el embargo trabado sobre los bienes*⁴⁸².

⁴⁷⁹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Efectos registrales y sustantivos de la caducidad de la anotación preventiva de embargo: Comentario a la STS de 31 mayo 2002 (RJ 2002, 5024), cit., pág. 384.

⁴⁸⁰ Ello, en consonancia con lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha señalado que *Las anotaciones preventivas tienen un carácter provisional, como su propio nombre indica y su finalidad consiste en caducar o convertirse en inscripciones definitivas, por lo que el transcurso del tiempo las acerca a su fin...* Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Nro. 0057/2004 de 23 de junio de 2004. En la misma línea, SALVATIERRA sostiene que la caducidad *...resulta una consecuencia automática que opera ipso iure por el mero transcurso del tiempo, implicando la promoción de la respectiva demanda una condición resolutoria del mantenimiento y vigencia de la medida precautoria dictada.* SALVATIERRA, J.C., «Caducidad de embargos e inhibiciones anotados en expedientes judiciales», cit.

⁴⁸¹ *Ibid.*

⁴⁸² MAS BADÍA, M., *La tercería de dominio ante el embargo de los bienes gananciales*, Tirant lo Blach, Valencia, 1999, pág. 75.

En ese sentido, no obstante la tercería supone una contradicción de la pretensión del embargante, no debe confundirse con la pretensión deducida por los terceros intervinientes. Así, a diferencia de ésta, la tercería de dominio no tiende a coadyuvar ni excluir la pretensión principal del embargante (que por sí misma no afecta al círculo jurídico del tercerista), sino únicamente aquella de naturaleza cautelar, esto es, que se levante el embargo erróneamente practicado sobre los bienes del tercerista.

La tercería de dominio encuentra su regulación específica para los procesos de ejecución, ejecutivos y cautelares. Al respecto, el artículo 360-II del Código Procesal Civil señala que *Tratándose de tercería excluyente de dominio, no se suspenderá el trámite en lo principal hasta llegarse al estado de remate del bien litigado. El trámite de éstas tercerías quedará dispensado cuando se trate de bienes cuyo derecho propietario se justifique con la correspondiente inscripción en el registro público correspondiente. Justificado el derecho de propiedad que sustenta la tercería con el certificado pertinente⁴⁸³, la autoridad judicial ordenará la cancelación de la cautela, con notificación a las partes, que sólo podrán oponerse alegando y probando error en el informe registral o falsedad de la inscripción....* De acuerdo con este precepto, el levantamiento del embargo podrá estar subordinado al cumplimiento de cualquiera de los siguientes presupuestos:

1. Que el derecho propietario del tercerista se encuentre suficientemente acreditado
2. Que, aun cuando no se acompañe el certificado pertinente, finalmente se declare probada la tercería. En tal caso, pese a llegarse al estado del remate, no se aprobará el mismo y se dispondrá el levantamiento de cualquier embargo que pese sobre los bienes del tercerista.

En el primero de los supuestos anotados, además de la adquisición del derecho propietario (probado mediante el título pertinente), el tercerista también ha acreditado la publicidad del mismo, aportando la correspondiente certificación emitida por el registro de la propiedad. Por el contrario, el segundo supuesto corresponde al caso en el que el tercerista, aún

⁴⁸³ Los documentos emitidos por funcionario público merecen fuerza probatoria otorgada por el artículo 1289 del Código Civil que establece: *El documento público, respecto a la convención o declaración que contiene y a los hechos de los cuales el funcionario público deja constancia, hace de plena fe, tanto entre las partes otorgantes como entre herederos y sus sucesores....*

sin demostrar la publicidad de su derecho, acredita haber adquirido la propiedad de los bienes embargados.

Al respecto, el legislador, lejos de desconocer el derecho del tercerista por faltar en él la publicidad, admite la posibilidad de que ésta se encuentre ausente y establece como única variante el trámite que deberá imprimirse a la tercería. De este modo, la falta de publicidad tendrá como consecuencia la prosecución de la ejecución hasta llegarse al estado de remate de los bienes embargados y no el levantamiento inmediato del embargo, como sucedería en el caso en el que se acredite la titularidad y publicidad del derecho propietario.

Lo anterior, encuentra su fundamento en el sistema consensual que rige la transmisión de la propiedad en la legislación boliviana y en la finalidad que cumple el embargo que, como se mencionó anteriormente⁴⁸⁴, es la de garantizar la ejecución de la sentencia y no de adquirir la propiedad de los bienes afectados con la medida cautelar⁴⁸⁵. En ese sentido, pese a no contar con la publicidad correspondiente, bastará con aportar el título constituido del derecho propiedad, por cuanto como ha señalado el Tribunal Supremo de Justicia *...el contrato de compra venta es un contrato consensual, que para su nacimiento basta que ocurra el acuerdo de las voluntades, sin importar si éste se expresa en forma verbal o escrita en documento público o privado, no está sujeto a formalidades ...por lo que la solemnidad de transcribirla en una escritura pública es simplemente un requisito para su inscripción en el registro de Derechos Reales...* (A.S. Nro. 153/2014 de 16 de abril)⁴⁸⁶.

Distinto es el caso de aquellos modos de adquisición de la propiedad que requieran de otro acto para surtir el efecto transmisivo de la misma (como la donación), pues en el mismo fallo el Tribunal Supremo de Justicia ha establecido que *...si bien es evidente que la jurisprudencia ha establecido que la minuta es un borrador que se pasa al Notario de Fe Pública a fin de que éste, sobre la base de aquella, extienda la correspondiente Escritura Pública, no es menos evidente que esa consideración reviste importancia únicamente respecto de aquellos contratos que deben celebrarse mediante documento público tal cual dispone el art.*

⁴⁸⁴ V. pág. 250.

⁴⁸⁵ Sin perjuicio de aquellos embargos que se sustentan en pretensiones destinadas a defender o declarar el reconocimiento del derecho de propiedad, pues en estos casos la estimación de la tercería salvará el derecho del embargante de solicitar la declaración del mejor derecho propietario en la vía correspondiente.

⁴⁸⁶ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 153/2014 de 16 de abril de 2014. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2014/as201421153.html> [Consultado el 1 de junio de 2020].

491 del Código Civil... Por su parte, otros modos de adquisición de la propiedad como la usucapión o la transmisión por causa de muerte requerirán de la sentencia firme que declare la primera⁴⁸⁷ y de la aceptación de la herencia en la segunda⁴⁸⁸; en este último caso conforme a lo señalado en los artículos 1022⁴⁸⁹ y 1029⁴⁹⁰ del Código Civil.

Debido a que esta tercería se interpone para el levantamiento del embargo por falta de dominio, a su vez constituye una causal de inembargabilidad no advertida por la autoridad judicial. Dicha protección se manifiesta aun cuando el verdadero titular de los bienes embargados no interponga la tercería de dominio, pues podrá hacer valer su derecho formulando oposición a la ejecución en la vía incidental⁴⁹¹ e incluso mediante de proceso distinto en el que se verifique la existencia de su derecho de propiedad.

Por el contrario, dado que la tercería se interpone tanto contra el embargante como contra el demandado, DE LA ROCHA GARCÍA sostiene que *El ejecutante y, en su caso, el ejecutado, no podrán pretender en la tercería de dominio sino el mantenimiento del embargo o su sujeción a*

⁴⁸⁷ Pues pese a no ser constitutiva, sólo a partir de la sentencia será reconocido el derecho propietario y dejará de surtir los efectos de una simple posesión.

⁴⁸⁸ Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que *...nuestro Código Civil, en materia de adquisición de la herencia ha adoptado el sistema romanista, por lo que diremos que para la adquisición de la sucesión necesariamente debe operar la aceptación de la herencia (en forma expresa o en forma tácita), conforme a los arts. 1022 y 1007 del Código Civil ...por esa razón es que el art. 1016 del Código Civil, establece el derecho de opción para el llamado a la sucesión, de aceptar o renunciar a la herencia, y en ninguna parte del Código se encuentra redactado sobre la presunción de aceptación de la herencia, por el solo deceso del causante, o que el deceso del causante genere la aceptación y consiguiente adquisición de la herencia por los herederos forzosos (sistema germano de la adquisición de la herencia). Así concluiremos señalando que, para la adquisición de la herencia es necesaria aceptarla previamente, aclarando que la aceptación es única y definitiva...* Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 1283/2018 de 18 de diciembre de 2018. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2018/as2018201283.html> [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁴⁸⁹ Art. 1022 C.C.: *(Efectos de la aceptación y la renuncia) Los efectos de la aceptación y la renuncia de la herencia se retrotraen al momento en que se abrió la sucesión; a quien renuncia se le considera no haber sido nunca heredero, y a quien acepta se le tiene definitivamente por heredero adquirente de la herencia en los términos del artículo 1007.*

⁴⁹⁰ Art. 1029 C.C.: *(Plazo para aceptar la herencia en forma pura y simple) I. Salvo lo dispuesto por el artículo 1023, el heredero tiene un plazo de diez años para aceptar la herencia en forma pura y simple; vencido ese término, prescribe su derecho. II. El plazo se cuenta desde que se abre la sucesión, o desde que se cumple la condición cuando la institución de heredero es condicional.*

⁴⁹¹ Al respecto, el artículo 427-II del Código Procesal Civil establece que *Previo a la entrega del bien rematado, la autoridad judicial ordenará la notificación al ejecutado, ocupantes y poseedores para que hagan entrega del bien al décimo día, en caso de negativa a la entrega del bien rematado, la autoridad judicial, librará mandamiento de desahoveramiento, que se ejecutará con el auxilio de la fuerza pública si fuere necesario. No se podrá alterar derechos de terceros emergentes de actos jurídicos debidamente registrados con anterioridad al embargo o de aquellos documentos que tengan fecha cierta, pudiendo los interesados deducir oposición por vía incidental dentro del plazo de diez días de la notificación al ejecutado, ocupantes y poseedores.*

la ejecución del bien objeto de la tercería⁴⁹². De acuerdo con ello, el embargante tendrá la carga de demostrar el dominio del demandado⁴⁹³ y, en consecuencia, la embargabilidad de sus bienes, así como la inexistencia del dominio por parte del tercerista que alega tenerlo. Así, en caso de no acreditarse esto último, la tercería será estimada y la anotación deberá ser levantada por carecer de fundamento para subsistir en bienes que pertenecen a quien no ha sido parte de la relación jurídica material que sirve de causa para el proceso principal⁴⁹⁴.

3. SENTENCIA FIRME Y CONCLUSIÓN DEL PROCESO

Debido a que la anotación preventiva es necesaria en aquellas pretensiones tendientes a producir un cambio en el registro, la sentencia firme tendrá como consecuencia la conversión de la anotación en inscripción o el levantamiento de ésta. La primera, en caso de que la sentencia sea estimatoria, y la segunda, en caso de ser desestimatoria. En ese sentido, en cuanto a los efectos que origina la sentencia en relación con las medidas cautelares, el Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que *... la vigencia y eficacia de la medida cautelar está ligada a la decisión de la pretensión principal, si la sentencia acoge el derecho los efectos provisionales de la cautelar se convertirán en definitivos; si por el contrario, se desestima la pretensión principal ésta supone la ineficacia de la medida provisional, en razón que respondía a un criterio de derecho aparente, que no ha sido confirmado en la decisión jurisdiccional (A.S. 473/2013 de 18 de septiembre)*⁴⁹⁵.

Lo anterior manifiesta el carácter instrumental y provisional de las medidas cautelares que, consecuencia, subordina a la anotación de embargo a la decisión del proceso principal indistintamente la pretensión sea estimada o desestimada. Así, por ejemplo, el artículo 427-I del Código Procesal Civil señala que *Toda medida cautelar que hubiere recaído sobre el bien rematado se levantará una vez aprobado el remate.*

⁴⁹² DE LA ROCHA GARCÍA, E., *Embargos y tercerías: en la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, en los procedimientos penales y laborales, en los procedimientos de apremio por deudas a la Hacienda Pública y Seguridad Social*, Comares, Albolote (Granada), 2002, pág. 134.

⁴⁹³ O, en todo caso, su titularidad registral, por cuanto la pretensión puede estar dirigida a enervar su derecho propietario (dado que la contestación negativa a la tercería no supone el reconocimiento del dominio en lo principal por parte del demandado) o reconocer el mismo en el demandante, tratándose de aquellos embargos preventivos sustentados en una pretensión real.

⁴⁹⁴ Sin perjuicio de la prosecución de éste que, salvo el embargo, en nada afecta a los derechos del tercerista quien carece de legitimación en el proceso principal.

⁴⁹⁵ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 473/2013 de 18 de septiembre de 2013. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2013/as201321473.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

El levantamiento de la anotación de embargo se plasmará en el registro como un asiento de cancelación, distinto, aunque dependiente, del asiento de anotación. Respecto a su naturaleza jurídica, TALMA CHARLES sostiene que el asiento de cancelación es un reflejo registral de que la extinción de la anotación preventiva se ha producido⁴⁹⁶. En ese sentido, lejos de provocar un efecto registral distinto (pues únicamente refleja aquello que ya ha sido ordenado por la autoridad competente), no es sino una exigencia del principio de tracto sucesivo que reviste al registro.

Según GUERRERO, este principio registral *Establece la continuidad registral de titularidades que los asientos reflejan, la historia jurídica del inmueble –encadenamiento del titular dominial y de los demás derechos registrados-...*⁴⁹⁷. Así, en virtud de este principio se tendrá por cancelada la anotación y el bien quedará a disposición de determinar la prioridad de otros asientos registrales o la posibilidad de admitir nuevos asientos de inscripción.

No obstante, la sentencia origina el levantamiento de los embargos y la correspondiente cancelación de su anotación en el registro, OSSORIO SERRANO afirma que éste también sucede como consecuencia del cese de las causas que obligaron a adoptarlo o del pago del deudor que ha sido afectado con la medida⁴⁹⁸. En ese sentido, se refuerza la naturaleza de la cancelación como mera constatación de lo que ha acontecido en el proceso⁴⁹⁹.

4. CANCELACIÓN DE LA ANOTACIÓN POR EXTINCIÓN DEL OBJETO DEL EMBARGO

Este modo de extinción de la anotación es, al igual que el supuesto antes estudiado, una clara manifestación del carácter instrumental del embargo preventivo y, en consecuencia, de su anotación. El fundamento de este modo de extinción del asiento de embargo se encuentra en el levantamiento del embargo por la pérdida de su objeto.

En este supuesto, la pérdida del objeto es siempre posterior, de lo que se infiere que el embargo, pese a ser formalmente existente al momento de su traba, no puede subsistir por un acontecimiento procesal⁵⁰⁰ o extraprocésal. Asimismo, la pérdida del objeto no debe

⁴⁹⁶TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, cit., págs. 617-618.

⁴⁹⁷ GUERRERO, F.A., «Los sistemas publicitarios registrales, sus principios y algunos efectos jurídicos sobre el principio de legalidad», cit.

⁴⁹⁸ OSSORIO SERRANO, J.M., *La anotación preventiva de embargo. Aspectos civiles y registrales*, cit., págs. 182.

⁴⁹⁹ En consecuencia, cualquiera de los modos ordinarios o extraordinarios de extinción del proceso, incluida la sentencia, originará la extinción del embargo y la correspondiente cancelación de la anotación preventiva.

⁵⁰⁰ Para el caso de la extinción del embargo por un acontecimiento procesal resultarán aplicables todos los modos de conclusión extraordinaria del proceso. No obstante, KIPER sostiene que *...es cierto que -en condiciones*

confundirse con la inembargabilidad, por cuanto en esta última la imposibilidad del embargo se presenta con anterioridad a la traba de la medida y no en lo posterior, como ocurre con la primera.

Entre los distintos supuestos en los que ocurre la pérdida del objeto del embargo se encuentra la pérdida del objeto de la pretensión. Así, por ejemplo, se levantaría el embargo y se cancelaría la anotación del mismo en el caso de que se declare la usucapión a favor de un tercero sobre los bienes que se encuentren afectados con la medida, operando así la sustracción del objeto por pérdida de su titularidad por parte del demandado.

Por otro lado, también puede perderse el objeto del embargo sin que necesariamente se pierda el objeto de la pretensión. Esto sucede en aquellos embargos cuyo objeto es una relación jurídica o crédito a favor del demandado, posteriormente anulado o declarado ineficaz por alguna de las causas establecidas en la ley. Ello también sucede respecto al embargo de los derechos reales extinguidos en virtud de una sentencia dictada en forma ulterior a la traba de la medida.

Por su parte, la pérdida del objeto del embargo que implica también la pérdida del objeto de la pretensión guarda similitud con aquello que la jurisprudencia ha denominado la extinción del proceso por sustracción de materia⁵⁰¹. Sobre este modo extraordinario de extinción, la jurisprudencia constitucional ha señalado que *...consiste en la imposibilidad de un Juez o tribunal para pronunciarse sobre una determinada pretensión, imposibilidad que tiene como causa que los argumentos ya sean estos de hecho o derecho han desaparecido, también se configura esta imposibilidad cuando el hecho ha dejado de vulnerar el derecho denunciado y por tanto la tutela que podría otorgarse se torna inoportuna e ineficaz...* (SC. 2202/2013 de 16 de diciembre)⁵⁰².

normales- la culminación de un proceso, incluso por desistimiento, determina la caducidad de la medida cautelar obtenida. Sin embargo, no corresponde extender la aplicación de esta regla por analogía, cuando sus efectos, que traen aparejada la pérdida de un derecho, tornan necesaria una interpretación estricta, impidiendo la extensión a casos no previstos específicamente, más aún si se ha interpuesto otra demanda fundada en los mismos hechos, con anterioridad al desistimiento de la primer pretensión, y luego del dictado de la medida precautoria que se ordena levantar. KIPER, C.M., «Prioridad del primer embargante», DJ, núm. 1853, 2009. Cita online: AR/DOC/1973/2009.

⁵⁰¹ Al punto que el legislador peruano ha incluido esta figura en el artículo 321 del Código Procesal Civil al señalar que: *Concluye el proceso sin declaración sobre el fondo cuando: 1. Se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional...*

⁵⁰² Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Nro. 2202/2013 de 16 de diciembre de 2013.

La sustracción de materia, ampliamente desarrollada por PEYRANO⁵⁰³, opera *...por la circunstancia de que la materia justiciable sujeta a decisión deja de ser tal por razones extrañas a la voluntad de las partes; no pudiendo el tribunal interviniente emitir un pronunciamiento de mérito (acogiendo o desestimando) la pretensión deducida. Resulta perfectamente posible que lo que comienza siendo un caso justiciable, no lo sea más por motivos – digámoslo así- exógenos...*⁵⁰⁴. De este modo, podrá plantearse la extinción del proceso por destrucción del bien en los juicios dirigidos a defender o constituir un usufructo; por extinción del derecho de propiedad en los juicios de reivindicación; por desistimiento de uno de los tres acreedores en el concurso necesario⁵⁰⁵, entre otros supuestos.

Dicha teoría -la sustracción de materia-, resulta también aplicable a la extinción del embargo, por cuanto su carácter instrumental o dependiente de la pretensión principal origina que una vez desaparecido el elemento fáctico o real de esta última el embargo carezca de fundamento. De acuerdo con ello, operada la sustracción de la materia justiciable, el embargo deberá ser levantado por carecer de uno de sus presupuestos esenciales: verosimilitud del derecho.

⁵⁰³ Al respecto, pueden consultarse los siguientes trabajos del autor: PEYRANO, J.W., *El proceso atípico*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983, pág. 129; y PEYRANO, J.W., «Actualidad de la sustracción de materia como medio atípico de extinción del proceso civil». En: AA.VV., *Constitución, ley y proceso*, Ara Editores, Lima, 2013, págs. 137-144.

⁵⁰⁴ PEYRANO, J.W., *El proceso atípico*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983, pág. 129.

⁵⁰⁵ Ello, debido a que por virtud del artículo 432-III del Código Procesal Civil *El proceso concursal necesario será promovido cuando tres o más acreedores hubieren iniciado procesos ejecutivos para el cobro de sus créditos a una o un deudor y no existieren bienes suficientes para cubrir las obligaciones.*

CAPÍTULO CUARTO: EMBARGO PREVENTIVO Y DERECHOS SUCESORIOS Y GANANCIALES

La responsabilidad patrimonial, fuente directa del embargo preventivo, supone la sujeción de los bienes y derechos del deudor, de lo que resulta que el incumplimiento de su prestación facultará a los acreedores a satisfacer sus créditos con la venta de los mismos. No obstante, en su confluencia con los derechos sucesorios y gananciales, esta labor no resulta tan sencilla, por cuanto -como se mencionó en la introducción de la presente tesis doctoral- dicha responsabilidad se bifurcará en tres clases de patrimonios: el propio, el hereditario y el ganancial.

La existencia de estos últimos patrimonios -el hereditario y el ganancial- supone a su vez la concurrencia entre los derechos de los acreedores y de los herederos y cónyuges, quienes, amén de responder por el pasivo, también se encuentran facultados para ejercer los medios de defensa de correspondan a sus intereses. En ese sentido, el presente apartado tendrá como objeto de estudio el alcance y límites del embargo de los derechos sucesorios y gananciales, así como las acciones que correspondan tanto a los acreedores como a los sujetos pasivos del crédito que se reclama.

Asimismo, no se dejará de lado el embargo preventivo fundado en pretensiones reales, pues la complejidad de estas relaciones materiales supone la coexistencia de derechos sobre la masa hereditaria y ganancial. Así, respecto a ellas, también se delimitará el alcance del embargo y las distintas soluciones en el ámbito estricto de las relaciones entre coherederos, cónyuges y terceros que aleguen un derecho cierto sobre los correspondientes patrimonios sucesorio y ganancial.

I. EMBARGO Y DERECHOS SUCESORIOS

La herencia, dentro de sus efectos jurídicos supone la incorporación de bienes y derechos del causante al patrimonio de sus sucesores, produciéndose con ello una serie de consecuencias que en muchos casos coinciden con los de una transmisión entre vivos. Sin embargo, por tratarse de un modo diferente de transmisión, que opera por causa de muerte, a su vez conlleva una serie de efectos jurídicos propios y, por ello, más complejos frente al cobro de créditos por parte de los acreedores que pretenden satisfacerlos con los bienes que conforman la masa hereditaria dejada por su deudor.

El artículo 1000 del Código Civil marca la apertura de la sucesión hereditaria señalando como génesis de la misma la muerte real o presunta de su causante. Producto de dicha apertura, se originan situaciones jurídicas, derechos y obligaciones no solo para aquellos sujetos llamados a la sucesión (herederos forzosos, legales o legatarios), sino también para todos aquellos que hasta el momento de su fallecimiento mantengan una relación jurídica de tipo convencional o legal con el causante. En ese sentido, la muerte real o presunta también surtirá efectos, por ejemplo, frente a sus acreedores, cónyuge o conviviente (en cuanto a su matrimonio)⁵⁰⁶, parte contraria en un juicio, dependientes, empleador, sus víctimas o quienes hayan sufrido por él algún daño, entre otros.

El presente apartado se encuentra delimitado al estudio de las relaciones jurídicas materiales y procesales existentes entre los acreedores y la masa hereditaria; éstos y los herederos y legatarios; los herederos y la masa hereditaria; así como las relaciones entre coherederos respecto al crédito reclamado. A continuación, iniciaremos el estudio de la masa hereditaria, su naturaleza jurídica y los efectos que generan los créditos que la gravan con una garantía general o específica.

1. LA MASA HEREDITARIA COMO OBJETO DE GARANTÍA DEL DERECHO DE CRÉDITO

De acuerdo con OSSORIO, la masa hereditaria es *El conjunto de los bienes y derechos sucesorios de la persona de que se trate. La integran los bienes en poder del causante en el momento de su fallecimiento, más algunos que habían dejado de pertenecerle, por la colación pertinente, o que con posterioridad afluyen, por obligaciones o acciones pendientes...*⁵⁰⁷ Al respecto, los bienes y derechos que la integran -como ya mencionábamos anteriormente- deben reunir el carácter de patrimonialidad, por lo que no formarán parte de la masa aquellos derechos inherentes a la persona y que, por lo tanto, se extinguen con su muerte, como es el nombre, estado civil, filiación, etc.

Respecto a los bienes y derechos que la integran, éstos deberán existir al momento del fallecimiento del causante pues sólo así podrán imputarse a la masa hereditaria, quedando excluidos de ésta los bienes que ya no formen parte del patrimonio del causante y aquellos que, no obstante se hayan generado como causa de ellos, sean posteriores a su muerte. Así, por

⁵⁰⁶ Sin dejar de lado la cuestión patrimonial que requiere la previa verificación de la capacidad para suceder del cónyuge viudo en relación con el caudal hereditario.

⁵⁰⁷ OSSORIO, M., *Diccionario...*, cit., pág. 581.

ejemplo, las utilidades o frutos que emanen de los bienes hereditarios no podrán ser objeto de división entre los coherederos, pues el Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que:

Conforme estable el art. 1279 del Código Civil, los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a su naturaleza y contenido específico, que se deducen por las disposiciones del ordenamiento jurídico, las reglas de la buena fe y el destino económico-social de esos derechos y deberes. En ese contexto el derecho hereditario que le asiste al actor es sobre los bienes que formaban parte del patrimonio del de cujus, y como se tiene establecido, las “utilidades” o ganancias que se habrían percibido en la denominada confitería “Center” no formaron parte de ese patrimonio, sino que son resultado del trabajo propio de las coherederas, consiguientemente tales ingresos económicos no son susceptibles de división como erradamente pretende el actor en su demanda. (A.S. Nro. 96/2015 de 11 de febrero)⁵⁰⁸.

Ahora bien, conviene diferenciar las utilidades o rentas generadas por los bienes de la herencia con posterioridad a la muerte del causante de aquellas que, aun cuando no existan en el momento de su muerte, sean efecto directo de un derecho constituido con anterioridad a la misma. Es el claro ejemplo de los derechos de crédito sujetos a plazo o condición, cuyos intereses formarán parte de la masa hereditaria debido a que el crédito que los origina ha sido constituido en vida del causante. Esto también será aplicable a las arras y la cláusula penal, mas no a la responsabilidad por tratarse de un crédito distinto, contingente y posterior al nacimiento del crédito principal representado por el préstamo.

Otra problemática representa los derechos expectaticios que tiene el causante y que, hasta el momento de su fallecimiento, no han llegado a consolidarse. A esta naturaleza corresponderían los derechos a la legítima hereditaria y todas las facultades que derivan de él; cualquier interés legítimo que derive de una relación jurídica ajena a él pero importante para la consolidación de sus derechos; y cualquier acto de adquisición de un derecho sujeto a condición suspensiva.

Al respecto, cabría preguntarse si los derechos expectaticios forman parte de la masa hereditaria. Para responder a esta cuestión, previamente habría que determinar el significado y alcance de los derechos expectaticios. Así, pese la reiterada denominación de éstos “derechos

⁵⁰⁸ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 96/2015 de 11 de febrero de 2015. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=7974>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

expectaticios”, lo correcto sería referirnos a ellos como expectativas de derechos, pues a diferencia de los derechos ciertos, en los primeros no han llegado a reunirse todos los presupuestos o requisitos que permiten, por los hechos y por la ley, la consolidación y adquisición de los referidos derechos.

Sin embargo, pese a que estas expectativas no implican consolidación sino simplemente la posibilidad de aquella, también es evidente que generan efectos materiales y procesales que permiten que sigan latentes por medio de la sucesión hereditaria. En ese sentido, el artículo 524 del Código Civil señala que *Se presume que quien contrata lo hace para sí y para sus herederos y causahabientes a menos que lo contrario sea expresado o resulte de la naturaleza del contrato.*

De acuerdo con el precepto citado, en el supuesto de que el causante haya suscrito un contrato de opción de compra, éste le generaría, durante el plazo que pueda utilizar su opción, una expectativa de adquirir el derecho de propiedad sobre el bien. Así, aun cuando haya fallecido el optante y siempre que no se haya pactado otra cosa, por aplicación del citado artículo 524, los herederos podrían ejercer la opción en representación de aquél, consolidando la transmisión del derecho e integrando el bien que le sirve de objeto a la masa hereditaria.

No obstante, lo expresado anteriormente no sería aplicable a aquellas expectativas que se extinguen con la muerte del causante y que, por supuesto, no deben confundirse con los derechos inherentes a la persona. Este es el caso de la expectativa sobre la legítima que indudablemente requiere que el heredero esté con vida en el momento de la apertura de la sucesión, pues de lo contrario asumirán sus derechos, por efecto de la representación⁵⁰⁹, aunque a nombre propio, sus descendientes⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ Sobre las causas y fundamento de la representación *vid.* BLASCO GASCÓ, F., *Instituciones del Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

⁵¹⁰ Pese a que la representación opera de distinta forma tratándose de sucesores legales y testamentarios, respectivamente. Así, mientras que para los primeros la representación es la regla general y se encuentra expresamente reconocida por la norma, para los segundos la representación constituye una excepción a la regla, pudiendo operar únicamente por voluntad del mismo testador. Ello también se manifiesta en otras legislaciones como la española, que para el caso de la exclusión de la representación en la sucesión testamentaria hace una diferencia respecto a los efectos de la premoriencia (art. 766 C.C.). Sobre este punto, SIERRA BERMEJO manifestaba que *El legislador presiente, aun cuando no con el rigor y la precisión deseables, que la premoriencia del heredero voluntario y la del heredero forzoso no pueden tener el mismo tratamiento jurídico ni producir iguales consecuencias...* Asimismo, señala que la representación *No es ningún beneficio ni privilegio creado por un artificio de la ley, es simplemente una vocación legal sucesoria, basada en razones de justicia de tanta monta como las que sirven para determinar la preferencia de grado. Y no son tampoco excepcionales las disposiciones que le regulan, ya que en las sucesiones familiares, sobre todo en la línea directa, hay que considerar como normal,*

Ello nos lleva a formular una segunda cuestión: ¿Los herederos por representación responden por las deudas del representado premuerto?. Sobre este punto, debido a que existe una falta de regulación expresa por parte del legislador boliviano y la jurisprudencia nacional tampoco se ha referido al tema, conviene revisar, a modo de ejemplo, lo resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de Brasil que en su reciente jurisprudencia ha señalado que *...El patrimonio heredado por representación, sin embargo, no se constituye en nombre del heredero pre-muerto como puede sugerir la literalidad de la denominación del instituto. Por el contrario, el heredero por representación... participa en el inventario en nombre propio...Por consecuencia, ese patrimonio transmitido en virtud del derecho de saisine, pasa directamente a componer el patrimonio de los nietos, no guardando ninguna relación con el patrimonio dejado por el padre...no es posible al acreedor del padre pre-muerto pretender el pago de la deuda incumplida mediante el alcance del patrimonio transmitido directamente a los hijos del de cuius...*(Decisión Nro. 1.627.110 – GO de 12 de septiembre de 2017) ⁵¹¹.

De acuerdo con la jurisprudencia brasileña, una vez muerto el causante, también se extinguen sus expectativas sobre la legítima que le correspondería en caso de vivir. Así, producida su muerte, la representación a la que tienen derecho sus descendientes genera la integración de los bienes y derechos de la sucesión a su propio patrimonio⁵¹², por lo que los acreedores del difunto no podrían ejercer pretensión o embargo alguno sobre los referidos bienes debido a que no forman parte de la masa hereditaria y, por lo tanto, no constituyen su garantía general⁵¹³.

dentro de nuestro Derecho, la sucesión por stirpes. SIERRA BERMEJO, L., «El derecho de representación en la sucesión testada», Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo 4, 1948, págs. 447-478.

⁵¹¹ Decisión emitida por el Superior Tribunal de Justicia de Brasil en el Recurso Especial Nro. 1.627.110 – GO de 12 de septiembre de 2017.

⁵¹² Aunque, como se mencionó anteriormente, dicha representación y, por tanto, confusión patrimonial, no operaría para los descendientes del sucesor testamentario respecto a la porción disponible. Al respecto, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, para el caso de la renuncia o repudiación de la herencia por parte de dicho sucesor, sostiene que *La repudiación por parte de un sujeto a la herencia a él deferida, sea por vía intestada o testada, impide que esa herencia llegue a sus descendientes en lo que excede de la parte de legítima, pero no ocurre lo mismo con esta, que sí podrán recibir por derecho de representación.* ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L., «Derecho de representación sucesoria y repudiación: estudio sobre la operatividad del derecho de representación en el Código civil español, en caso de repudiación del sujeto llamado a una herencia», Anuario de derecho civil, vol. 65, núm. 1, 2012, págs. 103-271.

⁵¹³ Igual criterio se aplicaría para los descendientes del sucesor testamentario, siempre que el causante lo disponga expresamente en su testamento. De lo contrario, dicha porción testamentaria acrecería a la parte de los demás coherederos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1079 del Código Civil. En ese sentido PÉREZ SIMEÓN sostiene que *...el derecho de acrecer conferido expresamente por la testadora (“amb dret d’acrèixer”) a los coherederos del instituido premuerto debe operar con preferencia a la vocación ex lege de los nietos del testador...*

Si bien en principio los bienes que ya no formaban parte del patrimonio del causante en el momento de su fallecimiento tampoco lo son de la masa hereditaria, esto no se aplica a aquellos bienes cuya transmisión hubiera sido gratuita. En ese sentido, podrán reingresar como parte de ella los legados y las donaciones por medio de la colación⁵¹⁴ y la reducción.

Ello se desprende del texto del artículo 1068 del Código Civil boliviano que dispone que las disposiciones testamentarias y las donaciones que excedan la porción disponible que el causante puede destinar a liberalidades están sujetas a reducción hasta el límite de aquella, señalando como prelación de dicha reducción primero las disposiciones testamentarias y luego las donaciones. Quedando implícito que éstas forman parte de las liberalidades a las que alude el precepto citado, conviene señalar que de acuerdo con el criterio del Tribunal Supremo de Justicia *...la liberalidad es un acto voluntario por el cual una persona dispone de parte de su patrimonio transfiriéndolo gratuitamente en favor de un tercero; es decir transfiere en calidad de donación; y, la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona transfiere a título gratuito un bien de su propiedad o suma determinada en favor de un tercero* (A.S. Nro. 331/2014 de 26 de junio)⁵¹⁵.

Por su parte, el mismo Tribunal Supremo, mediante los Auto Supremos Nro. 531/2015 de 10 de julio⁵¹⁶ y 516/2016 de 16 de mayo⁵¹⁷, ha consolidado la línea jurisprudencial referente a las diferencias existentes entre la donación y el anticipo de legítima, no obstante la aplicación

PÉREZ SIMEÓN, M., «La prelación entre el derecho de representación y el acrecimiento en la sucesión testamentaria», Indret: Revista para el Análisis del Derecho, núm. 3, 2008.

Por otro lado, sería más preciso hablar de sustitución que de representación propiamente dicha, pues como afirma ARJONA GUAJARDO-FAJARDO al analizar el artículo 814 del Código Civil *Pudo el legislador hablar de sustitución en lugar de representación, pero para el lego en Derecho el primer término es menos significativo y, en cambio, el segundo tiene cierto arraigo práctico, al que han contribuido no pocos notarios que lo utilizan en los testamentos como equivalente del llamamiento de la stirpe por sustitución vulgar*. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L., «El art. 814.3 CC y los descendientes del descendiente instituido heredero pero premuerto al ascendiente testador, cuando aquellos no figuran mencionados en tal testamento. Reflexiones para una interpretación distinta de aquella norma*)», Revista Aranzadi de derecho patrimonial, núm. 46, 2018.

⁵¹⁴ DAMIÁN DEL CASTILLO MORAGO sostiene que *...la colación tiene como fin el evitar las diferencias entre los legitimarios por razón de lo que hubieran recibido gratuitamente en vida del causante*. DAMIÁN DEL CASTILLO MORAGO, J., «La colación Hereditaria», Diario La Ley, núm. 9034, 2017.

⁵¹⁵ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 331/2014 de 26 de junio de 2014. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=6009>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁵¹⁶ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 531/2015 de 10 de julio de 2015. Disponible en: <http://tsj.bo/buscaador-autos-supremos/detalle-de-autos?auto=10414>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁵¹⁷ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 516/2016 de 16 de mayo de 2016. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=20972>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

análoga contenida en el artículo 1254 del Código Civil⁵¹⁸, al afirmar que *...si bien existe cierto vínculo entre éstos dos términos, empero éstos tienen esencias distintas para la aplicación de los derechos sobre un anticipo de legítima y una donación, pues las normas que se instituyen como aplicadas como los art. 491 num. 1), 667 y 1287 del Sustantivo Civil, son aplicables en su formación específicamente para la donación y no para un anticipo de legítima. En ese contexto se debe comprender que el anticipo de legítima es la entrega que hace quien otorga el anticipo de un derecho expectantico que le corresponde, a favor de cualquiera de sus herederos forzosos, usualmente, es la herencia que los padres en vida otorgan a sus hijos, que comúnmente se denomina como “adelanto de herencia”, al margen de ello la esencia propia de esta institución jurídica, es proveerle al heredero de una seguridad patrimonial en vida de quien otorga el anticipo de legítima, no necesariamente tiene que revestir formalidad al momento de su formación...*

Al respecto, quedando delimitadas las diferencias entre el anticipo de legítima y las demás liberalidades, conviene preguntarse si la primera puede anularse y, por tanto, reintegrarse también a la masa hereditaria. Sobre este punto, partiremos de lo señalado por la jurisprudencia citada anteriormente que, respecto a la legítima, ha entendido que *...es parte de la herencia a que tienen derecho los herederos forzosos respecto del patrimonio de su causante, la misma que no puede ser dispuesta libremente ni ser objeto de liberalidades, es decir, objeto de donación, debido a que en caso de afectación al fallecimiento del de cujus, los herederos tienen el legítimo derecho de solicitar la colación de los bienes que pudiesen haber afectado la legítima que es indisponible...*

De acuerdo con lo anterior, la legítima a la que tienen derecho los herederos forzosos variará según la concurrencia de éstos. Así, tratándose de los hijos, la legítima será de las cuatro quintas partes del patrimonio del causante (art. 1059 C.C.), y la de los ascendientes y cónyuge de las dos terceras partes (art. 1060). En ese sentido, cualquier anticipo que el titular realice a favor de sus herederos forzosos se encontrará delimitado a la porción de la legítima que les correspondería, como expectativa, en el caso que éste fallezca.

⁵¹⁸ Artículo 1254.- (Anticipo de porción hereditaria) Toda donación hecha a heredero forzoso que concurra a la sucesión del donante importa anticipo de su porción hereditaria, salvo el caso de dispensa a que se refiere el artículo 1255.

Por el contrario, si el anticipo sobrepasa la porción fijada por la ley, según se trate de un ascendiente, descendiente o cónyuge, ésta igualmente se vería afectada por efecto de la reducción por aplicación del artículo 1254 del Código Civil. Este precepto señala claramente que *Toda donación hecha a heredero forzoso que concurra a la sucesión del donante importa anticipo de su porción hereditaria, salvo el caso de dispensa a que se refiere el artículo 1255.*

De acuerdo con ello, no obstante la donación y el anticipo de legítima son instituciones diferentes por cuanto la segunda de ellas no implica una liberalidad, a efectos de la colación y, en su caso, de la reducción, todo anticipo a un heredero forzoso debe ser considerado, por analogía y no por identidad, una donación. En ese sentido, si de la colación de los bienes anticipados se determina que éstos sobrepasan la porción establecida por la ley para el beneficiario, el efecto jurídico será la reducción hasta el límite de la legítima que le corresponde.

Ahora bien, conviene plantearse qué sucedería en el caso de que los bienes o derechos que sean objeto de un anticipo de legítima se encuentren afectados, por ejemplo, a una hipoteca voluntaria. Al respecto, entendiendo que el anticipo de legítima *...es un acto de entrega anticipada de la porción que en la sucesión le corresponde a un heredero forzoso*⁵¹⁹, por efecto de éste el cesionario adquiere la titularidad del bien y, con ella, todas las cargas y gravámenes constituidas con anterioridad al acto de entrega y debidamente inscritas en el registro de Derechos Reales.

Lo anterior encuentra sustento en el derecho de persecución que tiene todo acreedor hipotecario y que, conforme señala el artículo 1360-I del Código Civil, faculta al mismo a embargar la cosa en poder de cualquiera, incluyendo, por supuesto, al cesionario del anticipo de legítima. En ese sentido, el Tribunal Supremo de Justicia, aunque a tiempo de analizar el alcance de la acción reivindicatoria, ha entendido que *...el derecho real es una situación de poder que el ordenamiento jurídico atribuye al sujeto para su utilización, aprovechamiento o realización del valor de la cosa. De los cuales se tiene dos caracteres fundamentales: El derecho de persecución y de preferencia; en este caso solo haremos referencia a la persecución, definiendo que “Es la facultad que tiene el titular de un derecho real, para perseguir la cosa donde quiera*

⁵¹⁹ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 463/2016 de 11 de mayo de 2016. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=20438>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

que esta, se encuentra o en manos de quien se halle. De este modo el propietario de un bien puede reivindicarlo frente a todo poseedor”.

De acuerdo con lo anterior, conviene analizar si, aun cuando el cesionario se vería afectado por la hipoteca como derecho real de realización de valor, también le correspondería el derecho a aceptar la herencia con beneficio de inventario o, en su caso, si se podría dirigir contra él la pretensión de separación de patrimonios. Sobre la primera de estas cuestiones, consideramos que el consentimiento que presta el cesionario constituye una aceptación pura y simple de la herencia, pues, así como se adquiere el derecho antes de que se abra la sucesión, también será necesario que exista una aceptación anticipada.

Al respecto, el artículo 1025-I del Código Civil claramente señala que la aceptación es pura y simple y puede ser expresa o tácita y, en su tercer apartado, que la aceptación es tácita cuando el heredero realiza uno o más actos que no tendría el derecho de realizar sino en su condición de heredero. Por su parte, en el supuesto de no existir una garantía real y en cuanto a los derechos que pudieran tener los acreedores para pedir la separación de patrimonios, debe tomarse en cuenta que aun cuando el anticipo ha propiciado el ingreso de los bienes al patrimonio del cesionario, dichos bienes continúan siendo de naturaleza hereditaria pudiendo ser objeto de la escisión de este y, en consecuencia, de la sustracción del poder del cesionario.

2. FACULTADES DE LOS HEREDEROS RESPECTO A LA MASA HEREDITARIA. EFECTOS DE SU EJERCICIO FRENTE A LOS CRÉDITOS

Debido al sistema sucesorio adoptado por el ordenamiento jurídico boliviano éste supone una responsabilidad *ultra vires* según la cual el heredero asume la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia⁵²⁰. De acuerdo con ello, previo a determinar las facultades de aquel frente a la masa hereditaria⁵²¹, corresponde delimitar el elemento negativo de la herencia, es decir, su responsabilidad patrimonial.

⁵²⁰ HERRERA, M. Y PELLEGRINI, M. V., *Manual de Derecho Sucesorio*, Editorial de la Universidad Nacional del Sur, Buenos Aires, 2017, pág. 75.

⁵²¹ GARCÍA-BERBEL MOLINA las reduce a dos: la acción de impugnación del título sucesorio y la acción de petición de herencia, y sostiene que *Respecto de la primera, se ha debatido sobre la naturaleza jurídica de la acción, considerándose, por algunos, como una acción de nulidad, que prescribe a los quince años ...y, por otros, como una acción rescisoria, con un plazo de prescripción de cuatro años.* GARCÍA-BERBEL MOLINA, C., *La herencia sin legitimarios*, La Jurídica, Barcelona, 2019.

Al respecto, resulta paradigmático lo regulado por el artículo 1030 del Código Civil que señala que *Por efecto de la aceptación pura y simple, el patrimonio del de cujus y el patrimonio del heredero se confunden y forman uno sólo, cuyo titular es éste último. Por tanto los derechos y obligaciones del de cujus se convierten en los del heredero y éste es responsable no sólo por las deudas propiamente dichas sino también por los legados y cargas de la herencia.* De acuerdo con este precepto, la extensión de la responsabilidad patrimonial a los bienes propios del heredero se encuentra condicionada a la aceptación pura y simple por parte de este último⁵²².

Sin embargo, el artículo 1007-I del Código Civil contradictoriamente establece que *La herencia se adquiere por el sólo ministerio de la ley desde el momento en que se abre la sucesión.* De ello resultaría que por la sola muerte del causante operaría la transmisión de todos los derechos y obligaciones relictos a los herederos forzosos de aquel, siendo indistinto que éstos acepten o no acepten la herencia.

Sobre este tema, el Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que *...corresponde señalar que el Código, no describe en ninguna parte a una aceptación de la herencia por el solo deceso del causante, por esa razón es que el art. 1016 del Código Civil, establece el derecho de opción para el llamado a la sucesión, de aceptar o renunciar a la herencia, y en ninguna parte del Código se encuentra redactado sobre la presunción de aceptación de la herencia, por el solo deceso del causante, o que el deceso del causante genere la aceptación y consiguiente adquisición de la herencia por los herederos forzosos (sistema germano de la adquisición de la herencia)...* (A.S. Nro. 1283/2018 de 18 de diciembre)⁵²³.

En ese orden de ideas, y pese a lo regulado por el artículo 1007-I del Código Civil, aun cuando se encuentre abierta la sucesión por la muerte del causante, los herederos de éste no

⁵²² Así, dicha confusión y, por tanto, extensión patrimonial a los bienes propios del heredero operará aun cuando éste ceda sus derechos en favor de terceros, pues conforme señala el artículo 1026 del Código Civil *Importa aceptar la herencia la cesión gratuita u onerosa que el heredero haga de sus derechos sucesorios en favor de un extraño o de todos o algunos de los coherederos.* Sobre este precepto, conviene precisar que la transmisión opera únicamente de manera objetiva, pues como apunta BUSTAMANTE SALAZAR *...la enajenación de la herencia tiene como tal al Universum ius hereditario, pero no comprende, obviamente, la calidad o cualidad de heredero, que es personalísima y, por consiguiente, intransferible a otra persona por acto entre vivos, por lo cual en su enajenación hay un objeto ilícito.* BUSTAMANTE SALAZAR, L., «El efecto extintivo de la confusión en la enajenación de la herencia por un título oneroso», *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 19, 1998, págs. 371-381.

⁵²³ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 1283/2018 de 18 de diciembre de 2018. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2018/as2018201283.html> [Consultado el 1 de octubre 2019].

habrán adquirido la herencia de forma automática. No obstante, sí continuarán con la posesión civil del causante sin que esto implique la confusión de patrimonios por cuanto aún se encontrará pendiente la aceptación en forma pura y simple⁵²⁴.

Por otro lado, en atención a la apertura de la sucesión regulada por el artículo 1000 del Código Civil el Tribunal Supremo de Justicia ha entendido que a partir de su muerte *...el titular del patrimonio es sustituido por otro, iniciándose así los efectos de la sucesión legal, permitiendo que se apertura la vocación hereditaria de los llamados a suceder... se conocerá cual el caudal relicto que hace al patrimonio de su causante... y que podrá ser dividido conforme a ley, presupuestos necesarios que abren la posibilidad de accionar el incremento, reducción o colación del total de la masa hereditaria...* (A.S. Nro. 183/2015-L de 11 de marzo)⁵²⁵. Así, la sola delación y no la aceptación de la herencia constituirá el presupuesto para que los herederos queden facultados para ejercer las diferentes pretensiones que les faculta la ley, siendo éstas la reintegración, la colación, la división, el incremento y la reducción.

Por su parte, la aceptación de la herencia que -como se analizó anteriormente- extiende la responsabilidad patrimonial a los herederos del causante, al contrario de la delación no necesariamente requiere de la muerte del causante pues dicha aceptación podrá ser anticipada y tácita. Al respecto, cabe mencionar que el artículo 1004 del Código Civil establece que *Es nulo todo contrato por el cual una persona dispone de su propia sucesión. Es igualmente nulo todo contrato por el cual una persona dispone de los derechos que puede esperar de una sucesión no abierta, o renuncia a ellos...* Sin embargo, pese a la prohibición establecida por este precepto, consideramos que el mismo no alcanza al anticipo de la legítima ni mucho menos a la aceptación anticipada que implica, pues tal disposición correspondería a una modificación de las porciones establecidas por la ley y, en el caso del futuro heredero, la posibilidad de vender la herencia.

Tal como señala el artículo 1030 del Código Civil, *Por efecto de la aceptación pura y simple, el patrimonio del de cujus y el patrimonio del heredero se confunden y forman uno sólo,*

⁵²⁴ Este criterio también es sostenido por MEDRANO ARANGUREN, quien al analizar los efectos de los artículos 1003, 1084 y 999 del Código Civil español señala que *Para que un heredero ...respondan de las deudas de su causante, no basta que sea llamado a la herencia. Es preciso además la aceptación de la herencia...* MEDRANO ARANGUREN, A., «Aceptación tácita de la herencia y deudas de la comunidad», CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, 2019, págs. 121-126.

⁵²⁵ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 183/2015-L de 11 de marzo de 2013. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2015/as201520183.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

cuyo titular es éste último. Por tanto los derechos y obligaciones del de cujus se convierten en los del heredero y éste es responsable no sólo por las deudas propiamente dichas sino también por los legados y cargas de la herencia. En ese sentido, la aceptación de la herencia implicará que los acreedores, salvo que tengan una garantía específica y hasta el límite de aquella, se encuentren facultados a embargar indistintamente los bienes que hayan sido de propiedad del causante o de sus herederos, pues a partir de dicha aceptación éstos formarán una sola masa y, por lo tanto, serán la garantía común de los acreedores.

Este es el motivo por el que en la legislación familiar encontramos que cuando la sucesión hereditaria corresponda a un menor de edad, ésta siempre deberá realizarse bajo el beneficio de inventario⁵²⁶. Por lo mismo, no sería concebible que alguien que no tiene la capacidad de obrar quede atado a las obligaciones de su causante. Así, el remedio del legislador ha sido evitar la confusión de los patrimonios del menor y del causante para que el primero no vea afectados sus derechos por el alcance de la garantía general de los acreedores.

Ahora bien, el artículo 1029 del Código Civil señala que los herederos tienen un plazo de diez años para aceptar la herencia en forma pura y simple, vencido lo cual prescribe la posibilidad de hacerlo. En ese sentido, comprendiendo que los herederos tienen un plazo bastante considerable y que los derechos patrimoniales de los acreedores de igual manera se encuentran sujetos a la prescripción común de cinco años, conviene preguntarse si éstos se encuentran facultados a embargar los bienes del causante antes de la aceptación de los herederos.

Al respecto, CACHÓN CADENAS sostiene que *Mientras no se produzca la aceptación de la herencia, no hay inconveniente para que la actividad ejecutiva recaiga sobre los bienes hereditarios. Pero si, al incoarse el proceso ejecutivo, los bienes relictos ya se han incorporado al patrimonio de los herederos, pueden surgir algunos problemas... El acreedor deberá acreditar, además, la condición de herederos de las personas frente a las que promueve la ejecución*⁵²⁷. Lo expresado por el citado autor es evidente, pues en un escenario procesal, en el que ya se ha iniciado la ejecución contra el causante, bastará con la aplicación de las reglas de la sucesión procesal por fallecimiento establecidas en el artículo 31 del Código Procesal Civil.

⁵²⁶ El art. 51-I C.F.P.F. dispone que *Las herencias en favor de las y los hijos menores de edad, y de personas declaradas interdictas, se aceptan siempre bajo beneficio de inventario.* Estado Plurinacional de Bolivia. Ley Nro. 603 de 19 de noviembre de 2014, Código de las Familias y del Proceso Familiar [Internet], *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional*, 24 de noviembre de 2014, núm. 702NEC.

⁵²⁷ CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, cit., pág. 590.

En cambio, si la muerte fuese anterior a la iniciación del proceso ejecutivo, el acreedor deberá acreditar la legitimación pasiva de los herederos, pues de otra manera no le será posible embargar los bienes propios de éstos sino únicamente aquellos que pertenezcan a su deudor, por efecto de la relación jurídica material reflejada en el título ejecutivo.

Con todo, la solución al problema de la aceptación parece sencilla en el caso en el que, tanto el causante como los herederos, tengan bienes en su patrimonio. No obstante, habrá que analizar el supuesto en el que el causante no tenga bienes o éstos sean insuficientes y el patrimonio del heredero cubra el crédito reclamado por el acreedor, existiendo un interés en que este acepte la herencia y con ello se opere la confusión de patrimonios y la consecuente ampliación de su derecho garantía general. Al respecto, resultará fundamental atender al remedio otorgado por el artículo 1023 del Código Civil que señala: *Cualquier persona interesada puede pedir al juez, transcurridos nueve días del fallecimiento del de cujus, que fije un plazo razonable, el cual no podrá exceder a un mes, para que en ese término el heredero declare si acepta o renuncia la herencia*⁵²⁸.

Otro supuesto problemático lo constituyen aquellas expectativas, no derechos, que el heredero puede hacer valer para integrar más bienes al patrimonio de su causante y, con ello, ampliar la garantía que tienen sus acreedores. Al respecto, habrá que preguntarse si dichos acreedores tienen la posibilidad de instar alguna pretensión, pedir un embargo o, en su caso, iniciar alguna pretensión subrogatoria en defecto de aquellos herederos que no realizan los actos necesarios para consolidar los derechos de su causante.

Lo anterior es aplicable al contrato de opción; a aquellos derechos que no dependen de la aceptación de la herencia, sino que operan *ipso iure*, como la posesión; y a los derechos patrimoniales del causante que tiendan a incrementar su patrimonio. En todos estos supuestos, puede suscitarse el hecho de que los herederos no ejerzan o consoliden los referidos derechos

⁵²⁸ AMENGUAL VILLALONCA grafica la importancia de esta figura para los derechos de los acreedores al señalar que *La repudiación realizada por el delado a una herencia tiene repercusión sobre el patrimonio hereditario, en el sentido de operar la cláusula de sustitución en su caso, el derecho de acrecer de los coherederos o, en último término, la apertura de la sucesión abintestato, razón por la cual pasan a ser delados otros sucesores. Pero también tiene repercusión sobre el propio patrimonio del delado-repudiante, al frustrarse una expectativa de acrecimiento del patrimonio que puede resultar perjudicial para terceras personas, entre ellas, las que ostentan derechos de crédito sobre el patrimonio del delado.* AMENGUAL VILLALONCA, M., «La aceptación y adjudicación de herencia: Aspectos prácticos de interés. Especial atención a la “aceptación” por los acreedores del heredero». En: AA.VV., *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Dykinson, Madrid, 2014, pág. 1157.

conscientes de que ello propiciaría la ampliación de la garantía favor de los acreedores de su causante.

Mientras que en el contrato de opción el acreedor encontraría como barrera para su embargo la aceptación de la herencia y el ejercicio de la opción por parte de los herederos; en el caso de la posesión si bien la aceptación no es esencial, si lo será el ejercicio de la petición de adquisición de la propiedad por medio de la usucapión. Respecto a esta última pretensión, el Tribunal Supremo de Justicia ha determinado que *...el sucesor a título universal continúa la posesión de su causante (ipso iure) y no mediante la aceptación; o sea, en nuestra legislación, el heredero no empieza una nueva posesión de las cosas hereditarias, sino que sustituye al causante que poseía con ánimo domini, el heredero continúa con una posesión a título de propietario. El heredero sucede en la posesión jurídica del causante en la misma posesión que éste ostentaba, vale decir si, el causante era simple detentador le sucede en esa condición, si era poseedor continúa la posesión de su causante.*

Lo anterior, es aquello que en la doctrina española se ha denominado la “posesión civilísima”, recogida por el artículo 440 del Código Civil español y, en la legislación boliviana, en el artículo 92-I del Código Civil. Sobre la posesión civilísima, BELTRÁN DE HEREDIA sostenía que esta *...tiene lugar desde la muerte del causante, sin necesidad de aprehensión material de los bienes hereditarios... El cambio es meramente subjetivo. La sucesión en la posesión se produce de manera forzosa o necesaria, en el sentido de que la condición de heredero lleva implícita la de sucesor en la misma posesión...⁵²⁹*. Esta clase de posesión, amén de implicar una posesión jurídica y no material, posibilita que un heredero, por el sólo hecho de tener la condición de forzoso, pueda pedir la declaración de usucapión a nombre de su causante por la posesión que haya ejercido durante el plazo que señala la ley.

Teniendo claro que a través de la usucapión el heredero puede consolidar el derecho de propiedad sobre el cual su causante únicamente tenía una expectativa, conviene determinar, desde la perspectiva del acreedor, en qué tipo de medio de protección del derecho de crédito encajaría la posibilidad de instar el ejercicio de tal pretensión. Al respecto, nuevamente nos remitimos a la clasificación otorgada por CERDÁ GIMENO en el sentido de comprender estos

⁵²⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La adquisición de la posesión por el heredero». En: AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

medios de protección como aquellas medidas de garantía, de conservación o de ejecución del derecho de crédito⁵³⁰.

Sobre este punto, consideramos que el supuesto estudiado no podría recaer en las medidas de garantía, puesto que éstas son convencionales, ni en las medidas de ejecución por cuanto éstas implicarían no sólo un derecho de crédito, que evidentemente existe a favor del acreedor, sino que la titularidad del bien pertenezca al heredero, hecho que justamente resulta controvertido. En ese sentido, habría que atender a las medidas de conservación del patrimonio del deudor establecidas en el artículo 1444 del Código Civil, específicamente a aquella descrita en el apartado sexto del referido precepto y que consiste en la intervención por parte del acreedor en el juicio promovido por el deudor o contra él.

De acuerdo con ello, si bien dentro de la concepción dispositiva de los derechos no se puede obligar a nadie a ejercitarlos y, dado que la ley no faculta a los acreedores a ejercitar por su deudor otros derechos que los de crédito, claro está, vía embargo⁵³¹ o vía pretensión⁵³²; conviene plantearse la posición que en virtud del citado artículo 1444 asumiría el acreedor en el proceso ya instaurado.

En relación con ello, si, por ejemplo, el heredero es demandado por acción reivindicatoria por parte de un tercero, al acreedor del causante le interesará que la pretensión del actor sea desestimada pues en caso contrario si el heredero es desposeído, en consecuencia, no se integrarán más bienes a la masa hereditaria impidiendo embargo alguno sobre dichos bienes. Por otra parte, si es el deudor quien, mediante una demanda o reconvencción pretende la usucapión, el acreedor igualmente tendrá interés legítimo en la adquisición del derecho propietario, pudiendo, desde la consolidación de este, embargar el bien por integrarse al ámbito de su responsabilidad patrimonial.

No obstante, el acreedor podría asumir la posición de tercero coadyuvante respecto a la pretensión del heredero demandante o demandado en un proceso cuyos efectos sean los de integrar más bienes a la masa hereditaria o impedir el ingreso de dichos bienes a aquella, conviene preguntarse si este podría embargar directamente la posesión. Como efecto de ello, el

⁵³⁰ CERDÁ GIMENO, J., *Medios indirectos de protección del derecho de crédito*, cit., pág. 18.

⁵³¹ Mediante un embargo de crédito o, más bien, del derecho de crédito.

⁵³² El artículo 1445-I del Código Civil señala que: *El acreedor, para preservar sus derechos, puede ejercer en general, por la vía de acción judicial, los derechos que figuren en el patrimonio de su deudor negligente, excepto los que, por su naturaleza o por disposición de la ley, solo puede ejercer el titular.*

acreedor sumaría su propia posesión a la del causante en defecto del heredero, suponiendo una especie de posesión civilísima, tal y como sucede con los herederos.

De acuerdo con lo anterior, y a diferencia de lo que ocurre con la legislación nacional, el Código General del Proceso de Colombia⁵³³ reconoce, mediante su artículo 593, la posibilidad de embargar la posesión material. Por su parte, ni la ley sustantiva ni la norma procesal boliviana hacen referencia a la posesión como objeto del embargo. No obstante, por la naturaleza de la posesión como derecho real, con trascendencia económica y jurídica y, por ello, patrimonial; se deduce que sería posible la práctica del embargo en dicho supuesto.

De ello se desprende la posibilidad de que exista un juicio promovido por uno de los herederos contra los demás coherederos por el que el primero promueva la adquisición del derecho propietario sobre algún bien de la herencia alegando tener sobre éste la posesión exclusiva. Esta clase de posesión se encuentra regulada por el artículo 1234 del Código Civil y, de acuerdo con el criterio sentado por el Tribunal Supremo de Justicia, para que opere la usucapión entre coherederos en virtud de dicha posesión *...está condicionada a intervertir su situación de coposeedor a único poseedor, surgiendo la especial necesidad de precisar cuándo realmente los restantes comuneros o coherederos han sido excluidos, como para considerar que el único que quedo en posesión del bien, puede llegar a adquirir por usucapión la integridad de la cosa poseída...* (A.S. Nro. 567/2014 de 9 de octubre)⁵³⁴.

En caso de existir el juicio de usucapión entre coherederos, el interés legítimo del acreedor se encontrará suficientemente acreditado, pues es indudable que, cualquiera que sea el resultado del proceso, su derecho de crédito tendrá mayor o menor garantía para su satisfacción. En ese sentido, previamente conviene determinar si aquella “posesión exclusiva” que genera la posibilidad de adquirir el derecho propietario por vía de la usucapión, despoja al bien de su naturaleza hereditaria o si, de lo contrario, perdura en este la sucesión del causante como presupuesto de la posesión.

Sobre este punto, resulta fundamental la teoría de la interversion del título expuesta por el Tribunal Supremo y que, en el caso de la posesión exclusiva del coheredero, encuentra su

⁵³³ República de Colombia. Ley Nro. 1564 de 12 de julio de 2012, Código General del Proceso [Internet]. *Diario Oficial*, núm. 48489.

⁵³⁴ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 567/2014 de 9 de octubre de 2014. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2014/as201421567.html> [Consultado el 1 de junio de 2020].

origen en la posesión otorgada por el anteriormente citado artículo 92-I del Código Civil. Este precepto, señala que *El sucesor a título universal continúa la posesión de su causante desde que se abre la sucesión, a menos que renuncie a la herencia*. No obstante, pese a que la posesión del coheredero es jurídica y en razón a su condición de heredero forzoso, a partir de la interversión o cambio de título, su posesión es exclusiva por serle propia y excluyente respecto a los demás coherederos desde el día en que éstos han podido hacer valer sus derechos.

De acuerdo con lo anterior, el acreedor tendrá la posición de tercero coadyuvante con respecto a la pretensión de los demás coherederos, por cuanto, de estimarse la pretensión del heredero que alega la posesión exclusiva, el bien objeto del juicio será extraído de la masa hereditaria y pasará a formar parte del patrimonio propio de este último. Sin embargo, si el heredero llamado a la sucesión acepta la herencia en forma pura y simple, operará la confusión de patrimonios y, aun cuando éste haya adquirido el bien por usucapión, responderá con éste y otros bienes de su patrimonio por las deudas de su causante.

En cuanto a los efectos que genera la aceptación de herencia con beneficio de inventario respecto a los créditos reclamados, el primer supuesto problemático lo constituyen aquellos bienes que han sido objeto de un anticipo de legítima. La cuestión viene determinada por los efectos que dimanar de este modo de aceptación pues, a diferencia de lo que ocurre en la aceptación pura y simple, en aquella con beneficio de inventario no opera la confusión de patrimonios y el heredero únicamente responde hasta el valor de los bienes de la masa hereditaria, incluso después de recibir el remanente⁵³⁵.

Al respecto, debido a que el consentimiento que presta el cesionario en el anticipo de legítima constituye una aceptación pura y simple, éste se encuentra impedido de aceptar la herencia con beneficio de inventario. Sin embargo, aquellos coherederos que no han sido beneficiados con el anticipo quedarán facultados a realizar este modo de aceptación⁵³⁶,

⁵³⁵ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «Efectos de la aceptación a beneficio de inventario». En: AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, cit.

⁵³⁶ Sin embargo, si la deuda sobrepasa la cantidad reclamada, y aún cuando los acreedores tengan constituida una garantía real como la hipoteca, podrán afectar otros bienes de la masa hereditaria o del patrimonio personal del heredero. En ese sentido, SÁNCHEZ-VENTURA MORER al analizar la figura de la hipoteca inversa y la responsabilidad patrimonial de los herederos frente a ella sostiene que *...la cantidad que podrá reclamar el acreedor en su relación personal con el deudor no viene determinada por esa cifra de responsabilidad hipotecaria, sino por el importe que en ese momento de ejecución alcance realmente la deuda*. SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I., «Limitación de la responsabilidad a los bienes de la herencia por una de las deudas que conforma el haber hereditario», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 752, 2015, págs. 3257-3296.

incluyéndose en la realización de los créditos reclamados el bien que ha sido objeto de la anticipación de legítima. De tal suerte, el acreedor podrá embargar y sacar a venta judicial los bienes de la masa hereditaria y aquellos pertenecientes al patrimonio del heredero cesionario, pero no los de los coherederos que han impedido la confusión de patrimonios.

3. RELACIÓN ENTRE LOS COHEREDEROS RESPECTO AL CRÉDITO RECLAMADO

Sin perjuicio de los efectos que generan las facultades de los herederos frente a los créditos de su causante, conviene analizar cómo se desenvuelven las relaciones jurídicas entre éstos una vez ha operado el proceso judicial de reclamo y la satisfacción de dichos créditos. Al respecto, conviene partir de lo regulado por el artículo 1265 del Código Civil que señala: *Todos los herederos contribuyen al pago de las deudas y cargas hereditarias, en proporción a sus respectivas cuotas.*

Aunque la solidaridad sólo existe en los casos establecidos por la ley⁵³⁷, del citado artículo 1265 se infiere que la responsabilidad de los herederos frente a las deudas y cargas de la herencia es, como regla general, mancomunada simple⁵³⁸. No obstante, a continuación, el artículo 1266 del Código Civil señala que *El heredero a quien se adjudica un bien gravado con hipoteca o anticresis puede ser demandado, por el acreedor, por la totalidad de la deuda.* Este último constituye la excepción a la regla, cuyo fundamento lo encontramos en la naturaleza específica de la garantía que reviste a los acreedores hipotecarios y anticresistas y al carácter indivisible de la hipoteca.

Respecto a lo último, el artículo 1363-II del Código Civil señala que *La hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de sus partes, y garantiza toda la deuda y cada una de sus partes o saldos.* Al

⁵³⁷ ARTÍCULO 435.- (Existencia de la mancomunidad solidaria) *Salvo convenio expreso la mancomunidad solidaria no existe sino en los casos establecidos por la ley.*

⁵³⁸ PITÁ BRONCANO se muestra contraria a este criterio al señalar que *...el régimen vigente en la relación interna existente entre los coherederos es el de la mancomunidad simple nos conduce a una situación anómala, como es el hecho de que el demandado que se ve obligado a pagar la totalidad de la deuda ante el requerimiento del acreedor, haya de suplir la posible insolvencia o el incumplimiento de los demás coherederos. El gran perjudicado sería siempre el demandado por el acreedor para hacer frente al pago de la deuda.* (PITÁ BRONCANO, C.P., *La preferencia de los acreedores del causante*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 125). Esto tiene sentido si se considera el criterio de GARCÍA GOLDAR, quien sostiene que *Una vez efectuado el pago por uno de los codeudores, desaparece la solidaridad y, por lo tanto, el coheredero que hizo frente al pago sólo podrá reclamar de los otros la parte correspondiente a cada uno.* GARCÍA GOLDAR, M., «La responsabilidad del heredero por deudas sucesorias en el código civil español y en los derechos autonómicos», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019, págs. 248-295.

respecto, la indivisibilidad de la hipoteca implica que ésta se considera íntegra pues, como garantía real que representa, el crédito debe estar suficientemente afianzado y delimitado al valor del bien y en ningún caso tal garantía podrá ser reducida.

Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia, al tiempo de analizar el contenido del artículo 1379 del Código Civil⁵³⁹, ha entendido que *...necesariamente la hipoteca debe ser considerada desde dos perspectivas, desde el punto de vista del bien para producir plenos efectos cuando se haga perseguible la obligación y desde la perspectiva del crédito o la suma o monto por la que se garantiza ya que conforme establece el artículo glosado supra, su indeterminación ha de decretar su invalidez* (A.S. Nro. 562/2014 de 3 de octubre)⁵⁴⁰. De acuerdo con esto, la especialidad de la hipoteca busca, en primer lugar, la materialización del principio de persecución y, en segundo, la correspondencia entre la suma reclamada y la realización del valor que sólo puede ser cubierto a través del bien en su plenitud.

Ahora bien, respecto al término “adjudicación” que utiliza el legislador para definir el modo de adquisición del bien sujeto a una garantía real por parte de uno de los herederos y por la que el mismo deberá responder como si se tratase de una obligación solidaria, este supone siempre la intervención de una autoridad judicial o administrativa⁵⁴¹. En ese sentido, en el caso de los herederos tal adjudicación resultará de aquello que toque a cada uno de los coherederos en virtud de la división y partición o, en su caso, como efecto del anticipo de la legítima.

Así pues, el alcance del embargo se encontrará determinado por la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones, como ya vimos en el apartado correspondiente a la mancomunidad⁵⁴². De acuerdo con ello, *a priori* los acreedores podrán reclamar y, por lo tanto, embargar únicamente la cantidad correspondiente a la cuota del heredero contra el que dirija su pretensión o, si alguno de los herederos se hubiese adjudicado o beneficiado por anticipo de un

⁵³⁹ ARTÍCULO 1379.- (*Especialidad en la suma garantizada con la hipoteca*) *La hipoteca voluntaria sólo es válida en tanto la suma por la cual se ha constituido sea cierta y determinada. Si el crédito resultante de la obligación es condicional en su existencia o está indeterminado en su valor, el acreedor no podrá pedir su inscripción sino hasta la concurrencia de un valor estimativo que él declarará expresamente y que el deudor tendrá derecho a hacer reducir, si hubiere lugar.*

⁵⁴⁰ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo 562/2014 de 3 de octubre de 2014. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=6841>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁵⁴¹ OSSORIO sostiene que la adjudicación es la *Acción y efecto de conceder a uno la propiedad de alguna cosa. Generalmente, la adjudicación se hace por la autoridad judicial o administrativa competente; por ejemplo, cuando se distribuyen los bienes de la herencia entre los herederos o legatarios, o cuando se otorga a favor de un determinado licitante la realización de obras, suministros o servicios públicos.* OSSORIO, M., *Diccionario...*, cit., pág. 46.

⁵⁴² V. pág. 115.

bien con hipoteca o anticresis, por la cantidad que corresponda a dicha garantía real y ejercerá el cobro de la totalidad de la suma reclamada contra dicho heredero.

En el último supuesto, al igual que sucede con cualquier obligación solidaria⁵⁴³, el heredero que haya satisfecho el total del crédito quedará facultado a iniciar la acción de repetición o regreso contra los demás coherederos. Así lo dispone el artículo 1267 del Código Civil que señala: *El coheredero que por efecto de la hipoteca u otro motivo haya pagado el todo o la mayor parte de la deuda común que a él le incumbe, sólo puede repetir a los otros coherederos la parte que ellos deben contribuir conforme al artículo 1265.*

En cuanto a la acción de repetición, DÓMENECH GARRET señala que *En términos muy generales podemos decir que ésta acción, también llamada de reintegro o de reembolso, se reconoce -en determinados supuestos- a favor de quien efectúa un pago, para reclamar lo satisfecho*⁵⁴⁴. La facultad de solicitar la repetición del pago se encuentra reconocida en diferentes supuestos a lo largo del Código Civil. Así, esta acción se encuentra reconocida contra el que recibió el pago sin ser el acreedor (art. 298-II C.C.), a favor del deudor que ha satisfecho la obligación mancomunada (art. 440-I C.C.), del fiador que ha pagado el crédito del deudor principal (art. 933-I C.C.), de este contra los demás cofiadores (art. 938-I C.C.), por el pago de lo indebido (art. 963-I C.C.), el padre, la madre, el profesor o el tutor contra el autor del daño si éste al cometerlo contaba con más de diez años y el patrono, comitente o el que enseña un oficio contra el que haya ocasionado un daño (art. 993 C.C.), y, finalmente, a favor del heredero contra los demás coherederos por el pago de la deuda común (art. 1267 C.C.).

Siendo en la mayoría de los casos (salvo en el pago de lo indebido, que se ejerce contra el propio acreedor) el elemento común el pago que se efectúa en lugar de aquel que está llamado a realizarlo, puede llegar a confundirse la repetición con la subrogación. Sin embargo, siguiendo lo sostenido por DÓMENECH GARRET, *El derecho de repetición es autónomo y surge del mismo hecho del pago, por lo que no confiere a quien lo ejercita la facultad de subrogarse en la posición de la persona a cuyo favor hizo el pago, de modo que no conservará las garantías que*

⁵⁴³ Aunque no se trataría de una solidaridad ordinaria, pues como sostiene PITÁ BRONCANO *Después de la partición, existe una solidaridad sui generis, pues si bien el acreedor puede reclamar contra cualquiera de los coherederos por la totalidad de la deuda, en la relación interna la obligación no se configura como solidaria y típica, dado que la insolvencia de cualquiera de los coherederos no ha de suplirse por los demás, que vienen únicamente obligados a satisfacer la deuda en proporción a la cuota hereditaria que les corresponda.* PITÁ BRONCANO, C.P., *La preferencia de los acreedores del causante*, cit., pág. 125.

⁵⁴⁴ DÓMENECH GARRET, M.C., *Resumen técnico: Acción de repetición*, Tirant lo Blanch, 2009.

*éste pudo ostentar frente al tercero a quien se reclama el reintegro*⁵⁴⁵. Al respecto, la repetición es autónoma por no ser dependiente de la obligación principal, pues ella siempre supondrá una relación jurídica aparte, en la que esencialmente intervienen el acreedor y el deudor y en la que, a diferencia de la subrogación, no opera la voluntad del que paga, sino que éste lo hace por error o por exigencia legal, siempre que en este último caso el acreedor se encuentre facultado a reclamar la satisfacción total del crédito y contra cualquiera de los deudores.

Por otro lado, la subrogación no supone una nueva obligación sino la continuación de ésta con el único añadido que opera la sucesión de alguna de las partes, si es subjetiva o, del bien u objeto, si es real. Es por este motivo que en la acción de repetición no se conservan las garantías reales -como sí sucede en la subrogación- debido a que ésta no implica una continuación de la relación anterior sino una nueva y diferente a aquella constituida entre el acreedor y el deudor, siendo el pago la causa que origina dicha repetición.

Ahora bien, encontrándose determinada la naturaleza y el alcance de la acción de repetición, pasamos a analizar aquella concedida concretamente al heredero que ha pagado la obligación común. En ese sentido, el artículo 1267 del Código Civil contempla este supuesto desde la perspectiva de un único heredero, sin señalar cuál sería la situación en el caso que tal satisfacción hubiese sido realizada por dos o más coherederos. Al respecto, convendrá establecer la legitimación y los porcentajes que corresponderán tanto para quienes reclaman la restitución, como para los coherederos que deben cumplirla.

De acuerdo con lo anterior, la legitimación activa corresponderá a todos los coherederos que han pagado la deuda común y la legitimación pasiva a aquellos que, no obstante reúnen la condición de herederos, no han tomado parte en dicho cumplimiento encontrándose exigidos a ello. Asimismo, en cuanto a los porcentajes, éstos se encontrarán determinados por la regla contenida en el artículo 1265 del Código Civil según la cual cada heredero debe contribuir al pago de las deudas en proporción a sus respectivas cuotas.

Por ejemplo, en el supuesto de que a una sucesión cuyo patrimonio tiene el valor total de cien mil dólares, concurren cinco descendientes del causante; cada uno tendrá derecho a la quinta parte, es decir, a veinte mil dólares. Si el crédito con garantía hipotecaria de alguno de los acreedores asciende a la suma total de diez mil dólares y éste es satisfecho por dos de los

⁵⁴⁵ DÓMENECH GARRET, M.C., *Resumen técnico: Acción de repetición*, op. cit.

herederos que se beneficiaron en forma conjunta con el anticipo del bien objeto de tal garantía, éstos podrán reclamar la restitución de seis mil dólares de parte de los herederos, menos cuatro mil dólares que, claro está, sí eran imputables a su propia porción.

Nótese que en el supuesto anterior, dos herederos actúan en forma conjunta contra los demás coherederos y entre ellos no cabe acción alguna pues cada uno ha pagado la obligación en la porción que les correspondía. Sin embargo, piénsese en el supuesto en el que uno de los coherederos ha renunciado a la herencia. Sobre este punto, la solución se encuentra en el propio texto del citado artículo 1267 del Código Civil que claramente señala que la acción de repetición procede por el pago de toda o la mayor parte de la “deuda común”. En ese sentido, debe entenderse que la deuda deja de ser común desde el momento en el que el llamado a la sucesión ha renunciado a la herencia⁵⁴⁶, no habiéndose operado, por tanto, la sucesión hereditaria ni la confusión de patrimonios, pero sí la pérdida de la legitimación⁵⁴⁷.

II. EMBARGO Y COMUNIDAD GANANCIAL

La afectación de los bienes al régimen de comunidad ganancial, a diferencia de lo que ocurre con los bienes propios en los que la copropiedad es contingente, siempre supone el ejercicio de la titularidad por parte de dos personas, unidas por una relación jurídica matrimonial con sus efectos y particularidades propias y diferente a otros regímenes de copropiedad como la herencia⁵⁴⁸. Esto supone, como todo derecho de propiedad, la existencia del poder jurídico de usar, gozar y disponer de los bienes sobre los cuales recae, con la característica que tal poder

⁵⁴⁶ Además de ello, la renuncia, en criterio de PARAMIO JUNQUERA, también significa que *...el renunciante jamás ha sido ni ha de ser considerado como heredero aunque haya llevado a cabo actos posesorios, es decir, detentatorios, de conservación o administración provisional respecto a los que se habrá comportado como mero gestor oficioso con la legitimación prevista al efecto por la propia ley*. PARAMIO JUNQUERA, N., «Deudas y Herencia: soluciones y alternativas desde el derecho», Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria, núm. 25, 2013, págs. 263-295.

⁵⁴⁷ Sobre este punto, SÁNCHEZ CID sostiene que *...al quedar el sucesor fuera del proceso sucesorio, para los acreedores de la herencia supone que ya no se puedan dirigir nunca contra sus bienes particulares y, para los particulares del sucesor, olvidarse de aquellos bienes de la herencia a que éste hubiese sido llamado*. SÁNCHEZ CID, I., *La repudiación de la herencia: Comentarios y reflexiones* [En línea], Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

⁵⁴⁸ Aunque, pese al uso del término, la comunidad ganancial no constituye en sentido estricto un régimen de copropiedad pues, como señala CARRASCO PERERA, *...la posición de ambos cónyuges sobre los bienes comunes no se asimila a la de quienes concurren a la titularidad de un bien en una situación de condominio, puesto que en dicho caso la enajenación unilateralmente realizada por uno de ellos debería... ser irrelevante, al menos en una cuota, para la persona del otro*. CARRASCO PERERA, A., «Sociedad de gananciales. Tercería de dominio. Deudas comunes y deudas privativas. Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales», Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, núm. 12, 1986, págs. 4005-4016.

debe ejercerse de forma conjunta por quienes son sus titulares debido al carácter indivisible que, *a priori*, reviste a la comunidad de gananciales.

Asimismo, la ganancialidad de los bienes despliega otros efectos como la determinación de la legitimación de los cónyuges para la realización de actos de disposición sobre los mismos, así como de la capacidad procesal para actuar en el juicio que haya de instalarse para la defensa del derecho de propiedad que reviste a cada cónyuge. En ese sentido, en cuanto a los actos de disposición sin la concurrencia de alguno de los cónyuges, éstos estarán subordinados a su declaración de ineficacia y, en el ámbito procesal, fijará la existencia de litisconsorcio necesario pues de no confluir ambos cónyuges se estaría vulnerando el derecho a la defensa del cónyuge ausente.

Dicha tesitura, plantea en la práctica más de un conflicto frente a la existencia de otros derechos personales o reales que se imputan a los bienes que conforman la comunidad ganancial y que, por lo tanto, eventualmente afectan los derechos de alguno de los cónyuges. En ese sentido, con la finalidad de dilucidar el alcance de los derechos de terceros frente a este modo de copropiedad, comenzaremos el presente estudio a partir de la naturaleza jurídica de la comunidad ganancial y la responsabilidad patrimonial de quienes esencialmente la integran: el hombre y la mujer⁵⁴⁹ unidos por un vínculo conyugal.

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD GANANCIAL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS CÓNYUGES FRENTE A LOS CRÉDITOS QUE LA GRAVAN

El presupuesto esencial de la comunidad ganancial es la relación jurídica conformada por los cónyuges denominada por la ley como matrimonio o unión conyugal libre. El advenimiento de éste, en criterio del Tribunal Supremo de Justicia, implica que la comunidad ganancial *...subsiste aunque los cónyuges no lleguen a generar bienes o por el contrario adquieran simplemente deudas, pero no por esta situación deja de existir la comunidad de gananciales* (A.S. Nro. 371/2014 de 11 de julio)⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ Amén de que la ley garantiza a las personas el derecho a la identidad de género y dejando de lado cualquier concepción biológica, nos referimos al hombre y a la mujer como aquellos individuos a los que únicamente el ordenamiento jurídico boliviano les reconoce la facultad de contraer matrimonio, pues el artículo 63-I de la Constitución Política del Estado señala que *El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.*

⁵⁵⁰ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 371/2014 de 11 de julio de 2014. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=5617>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

Así las cosas, la existencia de la comunidad ganancial no se encuentra subordinada a la situación económica de los cónyuges ni a la voluntad de éstos, sino que ella emana de una disposición legal. En ese sentido, así como no cabe señalar la existencia o inexistencia de la comunidad por parte de los cónyuges, tampoco depende de su voluntad la modificación o la renuncia a los bienes y derechos que la conforman.

Por otra parte, no sólo se restringe a los cónyuges la modificación o la renuncia a la comunidad ganancial, pues a ello también hay que añadirle que cualquier acto de disposición, permitido en la esfera del derecho de propiedad que ostentan ambos esposos, deberá realizarse de manera conjunta⁵⁵¹. Al respecto, el Tribunal Supremo ha entendido que la comunidad de gananciales *Ante todo presupone esencialmente la existencia de una masa común que pertenece en lo proindiviso a los cónyuges y que está destinada a distribuirse entre ellos cuando la sociedad se disuelve* (A.S. Nro. 325/2015 de 18 de mayo)⁵⁵².

En cuanto a la posibilidad que tienen los cónyuges de dividir los bienes de forma distinta a la determinada por la ley, la jurisprudencia también ha señalado que si bien la comunidad de gananciales *...tiene la característica de irrenunciable, pero esa situación nada impide que los cónyuges antes o durante la demanda de divorcio o la separación de hecho, puedan llegar a acuerdos con respecto a la distribución de los bienes gananciales, lo cual no implica afectación al régimen legal de la comunidad de gananciales, toda vez que es la misma ley familiar la que reconoce los acuerdos que puedan arribar los cónyuges respecto a los bienes gananciales* (A.S. Nro. 163/2015 de 10 de marzo)⁵⁵³. Al respecto, dicha facultad se encuentra expresamente recogida por el artículo 211 del Código de las Familias y del Proceso Familiar que señala que el acuerdo regulador de divorcio podrá contener, entre otras situaciones, la división y partición de los bienes gananciales.

Ante tal situación, es decir, en sede de desvinculación conyugal, la normativa boliviana en materia familiar solo admite las capitulaciones matrimoniales con efectos posteriores a dicha desvinculación. De acuerdo con ello, muchas veces los cónyuges, motivados por la protección

⁵⁵¹ Ello subsiste aun en separación de hecho respecto a los bienes que conforman la masa ganancial, por cuanto mientras la comunidad no se liquide persistirá la coestión de los bienes que la conforman.

⁵⁵² Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 325/2015 de 18 de mayo de 2015. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=10261>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁵⁵³ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 163/2015 de 10 de marzo de 2015. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=8103>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

de sus derechos sobre la parte alícuota que les corresponde o por el interés de la familia, pueden llegar a afectar los derechos de crédito de los acreedores del acervo ganancial. Por tal motivo, a efectos de la división judicial de bienes o de la homologación del acuerdo regulador, la autoridad judicial deberá determinar el activo y el pasivo de la comunidad ganancial para dilucidar la situación de los cónyuges frente a las cargas de la misma⁵⁵⁴.

Sobre este punto, cabría preguntarse si la deuda contraída por uno de los cónyuges se imputa a la comunidad ganancial o si, de lo contrario, sólo obliga a éste frente al acreedor. Al respecto, conviene partir de lo regulado por el artículo 196-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar que señala que *Las deudas de la o el cónyuge contraídas durante la unión conyugal o la unión libre, se presumen para beneficio de la comunidad ganancial y el interés superior de las hijas o hijos si los hubiere, y se cargan a ésta, salvo prueba en contrario.*

De acuerdo con el precepto citado, si bien, *a priori*, las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges se cargan a la comunidad ganancial, tal situación, al ser una presunción, admite prueba en contrario⁵⁵⁵. Así, el Tribunal Supremo de Justicia ha entendido sobre las presunciones que *...en materia de prueba diremos que, las presunciones se clasifican en judiciales y presunciones legales, las primeras entendidas como simples o del hombre, son las que establece el Juez, fundado en las circunstancias o antecedentes concomitantes o subsiguientes al hecho principal que se examina, obviamente que siendo propias del operador de justicia (conjeturas), la ley no las enumera por su carácter infinito; en cambio las presunciones legales pueden ser las propiamente dichas o las de derecho, según admitan o no prueba en contrario, las primeras consideradas como debatibles (iure et de iure, derecho por derecho que no admite prueba en*

⁵⁵⁴ Al respecto, MARTÍ PAYÁ, al analizar la situación del acreedor frente los créditos adquiridos de uno solo de los cónyuges y su regulación en el artículo 1373 del Código Civil español, sostiene que no es justo *...que la parte ejecutante tenga que soportar la espera que implica la sustanciación de un proceso liquidatorio pues, al seguirse por los cauces previstos en el art. 806 y siguientes LEC (cuando este procedimiento tiene por objeto supuestos de crisis matrimonial donde no se identifica la presencia acreedores.), se paraliza la traba hasta el fin de aquel, lo que puede hacer peligrar el cobro de su crédito.* MARTÍ PAYÁ, V., «Cuestiones procesales acerca de la disolución y de la liquidación de la comunidad de bienes gananciales en el proceso de ejecución», Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. Extra 8, 2, 2018, págs. 330-345.

⁵⁵⁵ Distinto al caso de otras legislaciones como, por ejemplo, la española, que establece una presunción de ganancialidad sobre los activos, pero no así sobre los pasivos. En ese sentido, en la legislación boliviana el proceso de cobro podrá dirigirse contra ambos cónyuges aun cuando uno de ellos no figure como deudor, distinto al caso español en el que, como afirma CRESPI FERRER, *...hay que distinguir: a) Deuda contraída por ambos cónyuges: Demandar a ambos, en principio. b) Deuda contraída por uno solo, sea "deuda ganancial" o "deuda privativa": Demandar al que aparece como deudor y notificar el embargo al otro.* CRESPI FERRER, L., «El embargo de bienes gananciales: problemática procesal: (examen del art. 541 de la LEC)», Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, núm. 20, 2003, págs. 23-46.

contrario) y las segundas como perentorias (juris tantum, que admiten prueba en contrario)” (A.S. Nro. 696/2015-L de 14 de agosto)⁵⁵⁶.

De tal modo, si el cónyuge que no ha contraído la deuda prueba que la misma no ha sido consentida por él, de acuerdo con el carácter proindiviso que caracteriza la propiedad sobre los bienes de la comunidad ganancial, el acto de disposición únicamente afectaría a la parte alícuota correspondiente al cónyuge obligado. No obstante, esto siempre dependerá del cónyuge que se opone a los actos de disposición realizados sin su anuencia, pues, así como en dichos actos puede persistir una eficacia parcial, éstos también podrán ser afectados en su totalidad mediante su declaración de anulabilidad.

De acuerdo con todo lo expuesto, deducimos que la comunidad ganancial tiene los siguientes presupuestos y características:

1. Queda constituida, por efecto de la ley, desde la celebración del matrimonio o desde la consolidación de la unión libre o de hecho
2. Supone la existencia de una masa común que pertenece en lo proindiviso a los cónyuges y éste es el fundamento de que todo acto de disposición requiera del consentimiento de ambos
3. La integran el activo y el pasivo en forma conjunta o únicamente cualquiera de ellos.
4. Es de orden público y de cumplimiento obligatorio. Por lo tanto, no puede renunciarse ni modificarse, bajo pena de nulidad
5. Admite la convención por parte de los cónyuges en cuanto a la distribución del acervo ganancial, siempre que éste sea con la finalidad de distribuir los bienes después de la desvinculación conyugal⁵⁵⁷

⁵⁵⁶ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 696/2015-L de 14 de agosto de 2015. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=17023>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁵⁵⁷ Sobre este punto, un tanto discutido por la jurisprudencia, el Tribunal Supremo de Justicia ha entendido que *...si se considera que la distribución de los bienes gananciales es legal, también es legal que cualquiera de los cónyuges considerándose propietario de la ganancialidad, pueda de manera libre y voluntaria renunciar a la parte que le corresponde en favor de su misma familia de la cual se aleja o finalmente asumir otro tipo de obligaciones como por ejemplo pagar deudas de la comunidad; pues desde el punto de vista familiar pueden existir razones fundadas para que se tome ese tipo de decisiones, toda vez que la finalidad primordial de los bienes gananciales es precisamente el de satisfacer las necesidades y asegurar el bienestar económico de la familia.*

El art. 102 del Código de Familia, prevé que la regulación inherente al régimen de la comunidad de gananciales no puede modificarse ni renunciarse por convenios particulares bajo pena de nulidad, pero esta previsión legal debe ser entendida en su real contexto en el sentido de que existe la prohibición a las partes o a los cónyuges de modificar el régimen legal de la comunidad de gananciales, es decir adoptar otras formas de administración del patrimonio ganancial distintas a la Autorizada por la Ley familiar y de ninguna manera en sentido de prohibir los

6. Se extingue por la desvinculación conyugal, la nulidad del matrimonio y la separación judicial de bienes.
7. Los créditos que se adquieran por los cónyuges en forma conjunta o individual se presumen a favor de la comunidad ganancial, salvo que el otro cónyuge pruebe que no prestó su consentimiento para contraer la obligación.

A continuación, estudiaremos la relación de los créditos frente a la comunidad ganancial y algunos supuestos en los que éstos generan alteraciones sobre la misma. En ese sentido, en primer lugar analizaremos la efectividad del embargo respecto a la constitución de patrimonio familiar, y en segundo, la fianza entre los cónyuges y su responsabilidad patrimonial frente al crédito insatisfecho.

1.1. Embargo y patrimonio familiar

El artículo 128-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar señala que el patrimonio familiar *...es de interés público y los bienes que lo constituyen son inalienables e inembargables*. Esta disposición, como se mencionó en el capítulo correspondiente, reconoce a favor del patrimonio familiar el carácter de inembargabilidad absoluta, siempre que subsista la necesidad que la haya determinado⁵⁵⁸.

La finalidad que persigue esta institución, en criterio del Tribunal Supremo de Justicia, es *...asegurar la morada de la familia, sobre el que se ha constituido la casa-habitación de ella. Con tal propósito, se precisa que el patrimonio familiar sea necesariamente constituido por resolución judicial y a pedido de uno o más de los miembros de la familia* (A.S. Nro. 2/2011 de 12 de enero)⁵⁵⁹. De lo anterior, se tiene que el patrimonio familiar se constituye en interés de la familia a solicitud de cualquiera de sus miembros, que recae sobre el bien inmueble donde ésta habita, que se extiende a todos los bienes muebles que lo conforman, y que debe ser constituida judicialmente y no de pleno de derecho.

acuerdos transaccionales conciliatorio a los que pudieran arribar los esposos respectos a la distribución de los bienes antes o durante la demanda de divorcio o incluso la renuncia que podrían hacer uno o ambos de los cónyuges a la parte que les corresponde a los bienes gananciales. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 371/2014 de 11 de julio de 2014, cit.

⁵⁵⁸ Esta puede justificarse en la minoría de edad de los miembros de la familia, su declaratoria de interdicción, o la subsistencia del vínculo matrimonial o de convivencia.

⁵⁵⁹ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 2/2011 de 12 de enero de 2011. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2011/as201121002.htm> [Consultado el 1 de junio de 2020].

Conforme a la jurisprudencia glosada, llama la atención que el patrimonio familiar, a diferencia de los bienes muebles de uso ordinario, requiera de declaración judicial pese a que su fundamento es la morada o habitación de la familia y ésta siempre se desenvuelve por los hechos y no a través de un acto jurídico⁵⁶⁰. Por el contrario, si bien la constitución del patrimonio familiar se hace extensible a los bienes muebles que lo conforman, éstos no siempre requerirán del primero, pues siempre que se demuestre que son personales e imprescindibles tendrán naturaleza de inembargables por efecto de la ley y sin exigencia acto alguno.

El patrimonio familiar crea dos situaciones en relación con el embargo: una, antes de la constitución del primero, y otra con posteridad a ésta. En el primer caso, el deudor responderá patrimonialmente incluso con el bien inmueble en el que habiten él y su familia, siendo inembargables únicamente las prendas de uso personal y los muebles imprescindibles de él y de su familia así como los artículos de consumo y subsistencia personal, por disposición del artículo 318 del Código Procesal Civil.

Tal situación puede ser aprovechada por el deudor, quien, de mala fe y con la finalidad de evadir su obligación, puede solicitar la constitución de patrimonio familiar para salvaguardar su patrimonio. Al respecto, la solución del legislador ha sido muy simple: hacer ineficaz la constitución del patrimonio familiar respecto a los acreedores si el embargo es anterior a la misma.

Para ello, el artículo 1475 del Código Civil delimita dos supuestos en los que el patrimonio familiar no surte efectos:

1. Cuando, teniendo por objeto un bien inmueble, el patrimonio familiar no ha sido inscrito antes del embargo
2. Si, comprendiendo muebles de uso ordinario, se hace en fecha posterior a la que lleva el acta de embargo.

Previo a valorar la efectividad de la constitución de patrimonio familiar, conviene delimitar a partir de qué momento se tiene por ejecutado el embargo. Al respecto, no existe uniformidad de criterio por parte del legislador, pues si bien el embargo se tiene por ejecutado con la traba de los bienes que son objeto del mismo, el artículo 411-II del Código Procesal Civil

⁵⁶⁰ BERROCAL LANZAROT, A.I., «Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762, 2017, págs. 1964-2005.

establece que el embargo de bienes inmuebles se hace efectivo por su inscripción en el registro de Derechos Reales.

Idéntica situación se presenta respecto al embargo de bienes muebles, por cuanto del artículo 1475 del Código Civil se infiere que éste se hace efectivo por el acta de embargo, mientras que el antes citado artículo 411-II del Código Procesal Civil establece su efectividad mediante la aprehensión de los bienes embargados. En consecuencia, la efectividad del embargo y, por lo tanto, la eficacia o no del patrimonio familiar frente a éste resulta un supuesto bastante problemático.

Sin perjuicio de lo establecido por el artículo 411-II del Código Procesal Civil, el punto de partida para entender la ejecución del embargo lo constituye lo normado por los artículos 1473 y 1538-III del Código Civil. El primero, señala que *Cuando el embargo afecta a bienes inmuebles o muebles sujetos a registro, sólo surte efectos contra terceros desde su inscripción en el registro*; y el segundo que todo acto que, entre otros, limite los derechos reales sobre bienes inmuebles surte efectos sólo entre las partes contratantes.

De este modo, si bien en la práctica el embargo se tiene por ejecutado a partir de la traba de los bienes afectados con la medida, éste no podrá surtir efectos frente a terceros sino a partir de su anotación. En consecuencia, el embargo no anotado surtirá efectos entre las partes y, de sobrevenir la constitución del patrimonio familiar, éste gozará de la prelación que le concede el registro de la propiedad.

A contrario sensu, inscrito el embargo con anterioridad a la constitución del patrimonio familiar éste último no surtirá efectos contra los acreedores, pudiendo llevar adelante la ejecución y, eventualmente, obtener la satisfacción del crédito mediante la venta judicial de los bienes embargados. Al respecto, cabe recordar que el efecto de toda anotación preventiva es la aniquilación de la buena fe, de tal manera que la constitución del patrimonio familiar sobre bienes cuyo embargo se encuentra anotado en el registro se presume de mala fe y, en consecuencia, no puede ser convalidado encontrándose subordinado al resultado del juicio ejecutivo o de condena.

Pese a la prelación del embargo, no se encontrará afectado el uso de la vivienda familiar. No obstante, en fase de ejecución la misma podrá ser objeto de la venta judicial correspondiendo a la autoridad judicial delimitar la responsabilidad patrimonial de los cónyuges en lo que se

refiere a los bienes muebles. Sobre este punto, conviene señalar que la inoponibilidad del patrimonio familiar no apareja aquellos bienes que lo conforman, pues como se señaló anteriormente los bienes indispensables del deudor y de su familia no requieren de inscripción alguna, operando sobre ellos una protección impuesta por la ley que les confiere el carácter de inembargables *ipso iure*.

Por el contrario, puede darse el caso de que el embargo se encuentre subordinado a la condición de patrimonio familiar de los bienes de los cónyuges, lo cual lleva a plantearse si la medida puede adquirir plena eficacia en un futuro. En ese sentido, pese a que el embargo no gozará de prelación frente al patrimonio familiar, nada impide que pueda ser eficaz si se cumple alguna de las causales de extinción del patrimonio familiar.

1.2. El embargo frente a la comunidad ganancial constituida por unión libre

El legislador, consciente del carácter habitual de las uniones convivenciales en nuestra sociedad, ha introducido la unión libre o de hecho a partir del Código de Familia de 1972⁵⁶¹. Dichas uniones, originan algunas cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de los convivientes y, por lo tanto, al alcance objetivo del embargo en las deudas contraídas por éstos.

El particular problema que se origina a partir de estas uniones se sustenta en el hecho de que, por un lado, la ley las equipara al matrimonio con todos los efectos familiares y patrimoniales que resultan del mismo y, por otro, les otorga certeza con el consentimiento o, a falta del mismo, por medio de la actividad judicial. Esta última cuestión, resalta la incertidumbre respecto a la responsabilidad patrimonial de los convivientes por parte de los acreedores, quienes para ampliar el espectro de su derecho de persecución estarán sujetos al reconocimiento de dicha unión que, como la propia ley reconoce, no siempre se encuentra en la voluntad de los convivientes⁵⁶². A ello, se suma el hecho de que la legitimación para la comprobación de la unión libre recae en los cónyuges, sus descendientes o ascendientes en primer grado, lo que imposibilita a los acreedores realizar algún acto de conservación que implique la declaración de unión libre.

⁵⁶¹ República de Bolivia. Decreto Ley Nro. 10426, de 23 de agosto de 1972, Código de Familia.

⁵⁶² Así, el artículo 166-I del Código de las Familias y del Proceso Familiar señala que, *Si la unión libre no se hubiera registrado, cumpliendo ésta con los requisitos establecidos, podrá ser comprobada judicialmente* y el segundo apartado del mismo precepto establece que esta comprobación judicial procederá, entre otras causas, ante la negación del registro por uno de los cónyuges.

Ante esta tesitura, los convivientes responderán por sus obligaciones con su patrimonio propio y, para que dicha responsabilidad se amplíe, será necesaria la inscripción voluntaria o el reconocimiento judicial de la unión libre. Sólo a partir de ese momento los acreedores podrán optar por el embargo de la masa ganancial, cuyo inicio se encuentra condicionado a la fecha señalada por la autoridad y, en casos de la declaración de unión libre lleve aparejada la desvinculación de los cónyuges, a la correspondiente inscripción del cese de la unión por disposición expresa del artículo 214 del Código de las Familias y del Proceso Familiar.

Lo anterior, fija el espectro del embargo, que podrá ser trabado sobre los bienes comunes de los convivientes. Así, el mismo podrá ser ejecutado por los bienes adquiridos a partir de la fecha en la que, a criterio de la autoridad judicial, dio inicio la unión libre y la responsabilidad estará limitada al día de su inscripción en el registro que, conforme al precepto antes citado, tiene carácter constitutivo.

1.3. Fianza entre cónyuges

Pese a que no existe una prohibición legal para que los cónyuges puedan ser fiadores entre sí, su capacidad para dicha fianza se encontrará delimitada de acuerdo con lo establecido en el artículo 197 del Código Civil que señala que *Sólo pueden ser fiadores las personas que tengan capacidad para disponer de sus bienes*. En ese sentido, se aplicará un régimen distinto entre aquellos bienes propios del cónyuge fiador y los bienes gananciales o comunes que éste tenga con el cónyuge deudor, respectivamente.

Para el primer caso, consideramos que nada impide que el cónyuge pueda ser fiador del otro cónyuge por cuanto es indistinto el matrimonio respecto a los bienes propios de cada cónyuge, quienes continúan en la libre administración de dichos bienes por disposición del artículo 185 del Código de las Familias y del Proceso Familiar⁵⁶³. Por su parte, tratándose de los bienes de la comunidad ganancial, nos encontramos ante dos obstáculos: éstos no pueden disponerse unilateralmente y, aún en el caso que tal disposición fuese admitida, el cónyuge fiador no podrá responder con dichos bienes, en razón a que la comunidad es inescindible hasta una eventual separación⁵⁶⁴ o la disolución del matrimonio.

⁵⁶³ Este precepto señala que *Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios; pero no puede disponer de ellos entre vivos, a título gratuito, salvo casos de anticipo de legítima, ni renunciar a herencias o legados, sin el asentimiento de la o del otro.*

⁵⁶⁴ Únicamente si esta separación es libremente consentida y continuada, conforme ha entendido el Tribunal Supremo en el A.S. Nro. 730/2015-L de 27 de agosto, al señalar que al momento de valorar la separación de hecho

Por otro lado, INÉZ GONZÁLEZ sostiene que *Uno de los dos cónyuges puede ser fiador de las obligaciones contraídas por el otro, porque el contrato de fianza se concierta entre el cónyuge y el tercer acreedor. Pero no puede afianzar al tercero que contrata con su propio cónyuge, porque sería un contrato gratuito*⁵⁶⁵. De acuerdo con la autora, en cuanto a la relación directa entre el cónyuge fiador y el acreedor del otro cónyuge, si bien es cierto que ésta obedece a una relación obligatoria previa y principal entre el acreedor y el cónyuge deudor, en virtud de la fianza el primero amplía subsidiariamente “garantía” a los bienes del fiador, quien debe responderle en defecto del deudor.

A ello, se añade que toda prórroga concedida por el acreedor al deudor debe contar con el consentimiento del fiador, por disposición del artículo 942 del Código Civil, sin el que la fianza se extingue. En ese sentido, conforme ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, se evidencia que *...la relación obligatoria se establece entre el fiador y el acreedor aunque ciertamente con las previsiones establecidas en los artículos 933 al 937 de Código Civil (AS Nro. 562/2014 de 3 de octubre)*⁵⁶⁶.

Por su parte, sobre la posibilidad de que uno de los cónyuges sea fiador del tercero que contrata con el otro cónyuge, siguiendo con el criterio de la citada autora, consideramos que éste no sólo sería un contrato a título gratuito sino también nulo, por ser contrario a la ley. Así, consumado el incumplimiento por parte del tercero, nos encontraríamos ante la posibilidad de que uno de los cónyuges busque la realización en subasta de bienes que tienen naturaleza ganancial que, sin perjuicio del carácter inescindible de la comunidad, colocaría al otro cónyuge -al fiador- en desigualdad ante la masa ganancial.

Lo anterior, vulneraría el principio establecido en el artículo 176-I del Código de las Familias y del Proceso Familiar que señala: *Los cónyuges desde el momento de su unión constituyen una comunidad de gananciales. Esta comunidad se constituye aunque uno de ellos*

como causal de divorcio el juzgador debe apreciar éstos aspectos y que, respecto al primero -la separación consentida- éste *...debe tener la finalidad de buscar la disolución del vínculo jurídico conyugal marital y no así por otros aspectos que no tenían como intención esa separación...* y, respecto al segundo -la separación continuada-, que *...si no existe continuidad esto daría a entender de que no existe una decisión firme o segura de pretender disolver el vínculo matrimonial, y ante la duda, es mejor no disolver dicha unión...*

⁵⁶⁵ INÉZ GONZÁLEZ, C., Contrato de fianza, *Monografías.com*. Disponible en: <https://www.monografias.com/trabajos13/confi/confi.shtml> [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁵⁶⁶ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 562/2014 de 3 de octubre de 2014. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2014/as201421562.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

no tenga bienes o los tenga más que la o el otro. Asimismo, lo establecido por el artículo 177-I de la misma norma que establece: *La comunidad de gananciales se regula por la Ley, no pudiendo renunciarse ni modificarse por convenios particulares bajo pena de nulidad de pleno derecho.*

En definitiva, pese a no encontrarse expresamente prohibida por la ley, la fianza entre cónyuges, cuando uno de éstos es el acreedor y el otro el fiador, representa una serie de problemas que trascienden dicha relación obligatoria. Ello colisiona con la masa ganancial que por regla general es obligatoriamente un régimen de comunidad, lo que impide que puedan embargarse y realizarse bienes que la conforman en virtud de una obligación unilateral asumida por uno de los cónyuges.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CRÉDITO CONTRAÍDO POR UNO SÓLO DE LOS CÓNYUGES Y ACCIONES DEL CÓNYUGE NO ANUENTE CONTRA LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES COMUNES

Conforme ya adelantábamos en el apartado anterior, respecto a las deudas u obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges, debe estarse a la presunción legal regulada por el artículo 196-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar. En ese sentido, toda deuda se presume en beneficio de la comunidad ganancial y en el interés superior de los hijos, salvo prueba en contrario⁵⁶⁷. El fundamento de ello se encuentra, según BENAVENTE MOREDA, en que *El elemento determinante de la atribución del carácter ganancial de la deuda viene prefigurado no en función de la persona que la contraiga, sino atendiendo a la finalidad de la misma y la materia sobre la que versa*⁵⁶⁸.

Respecto a la prueba en contrario, ésta podrá proponerse vía oposición de tercería en el mismo proceso ejecutivo por el cual se afecte la comunidad ganancial, o vía pretensión,

⁵⁶⁷ En criterio de VAQUER SALORT, quien sostiene que existe, en cuanto al pasivo ganancial, una responsabilidad interna y externa, y que aquel *...se contempla bajo dos aspectos: uno mira a la posición de los acreedores frente al patrimonio común, en orden a determinar qué bienes van a responder de las deudas de los cónyuges; y en el orden interno, determinar qué bienes deben soportar los desembolsos efectuados, conforme al principio de equilibrio de las masas patrimoniales concurrentes en la economía de la sociedad ganancial* (VAQUER SALORT, M., «El embargo de bienes gananciales a través de la jurisprudencia, Revista crítica de derecho inmobiliario», núm. 652, 1999, págs. 979-1022). De este modo, la posibilidad de que el cónyuge no deudor impugne o se oponga a los actos de disposición unilateral del otro cónyuge encuentra su fundamento en la responsabilidad interna de la comunidad ganancial.

⁵⁶⁸ BENAVENTE MOREDA, P., «Embargo de bienes gananciales tras la disolución de la sociedad de gananciales y antes de su liquidación: Comentario a la RDGRN de 9 octubre 1998 (RJ 1998, 7721)», Revista Aranzadi de derecho patrimonial, núm. 3, 1999, págs. 375-384.

requiriéndose a tal efecto el inicio de un nuevo proceso, distinto a aquel en el cual se reclama el cobro del crédito asumido por uno de los cónyuges. Si se optase por el primero, su finalidad se limitará al levantamiento del embargo sin discutir la causa del proceso ejecutivo. En cambio, tratándose de pretensiones en un proceso distinto al del ejecutivo, éstas deberán sujetarse a lo regulado por el artículo 192-I del Código de las Familias y del Proceso Familiar.

A lo anterior, conviene añadir que la posibilidad de ejercitar cualesquiera acciones en defensa de la cuota parte ganancial no adscrita a la deuda supone la existencia de ciertos problemas que, en criterio de GASCÓN INCHAUSTI, requieren para su solución los siguientes datos básicos: 1.º. *La vigencia o no del régimen de gananciales en el momento de nacimiento de la deuda...* 2.º. *El carácter ganancial o no de la deuda en virtud de la cual se procede...* 3.º. *El carácter ganancial del bien trabado...*⁵⁶⁹. Así, determinado lo anterior, el cónyuge no deudor podrá interponer las distintas acciones que se desarrollan a continuación.

2.1. Tercería de dominio en el proceso ejecutivo

Conforme ya apuntábamos anteriormente, el fundamento de la tercería de dominio sobre la parte alícuota de un bien ganancial únicamente será la acreditación del derecho propietario por parte del cónyuge que la interpone y su falta de consentimiento para contraer la obligación. En ese sentido, el efecto inmediato una vez estimada la tercería será el levantamiento del embargo sobre dicha porción, sin que ello implique la integración al proceso ejecutivo del cónyuge tercerista.

Este entendimiento se desprende del criterio sentado por el Tribunal Constitucional que ha señalado que las tercerías de dominio consisten en *...una reclamación que interpone una tercera persona en la sustanciación de un proceso ejecutivo, arguyendo que el bien inmueble o mueble sujeto a registro embargado es de su propiedad y con ese fundamento solicita se ordene el desembargo correspondiente. Para interponerla el tercerista debe fundar su intervención en un interés propio y en un derecho positivo y de existencia cierta, aunque su ejercicio se halle pendiente de plazo y condición...* (S.C. 85/2007-R de 26 de febrero)⁵⁷⁰. En la misma línea, MAS

⁵⁶⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Embargo de bienes y sociedad de gananciales», *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, núm. 7, 2001, págs. 55-68.

⁵⁷⁰ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Nro. 85/2007 de 26 de febrero de 2007.

BADÍA sostiene que *...el contenido de la pretensión que se articula por esta vía, no es otro que alzar el embargo indebidamente trabado*⁵⁷¹.

Respecto a la condición del cónyuge tercerista en el proceso ejecutivo, éste -como mencionamos anteriormente- no formará parte del mismo, limitándose a obtener el levantamiento del embargo, sin discutir la relación jurídico material o el resultado del proceso. Ello, se fundamenta en el carácter incidental de la tercería de dominio que, como sostiene LACLAUSTRA ARROYO, surge en el seno de otro proceso, es decir, la ejecución, *...la cual constituye el verdadero proceso principal*⁵⁷².

El resultado de la tercería de dominio puede ser su estimación o desestimación. En el primer caso, ésta producirá el levantamiento del embargo sobre los bienes del cónyuge tercerista sin que ello afecte en modo alguno el crédito que sirve de fundamento al proceso ni la ejecución de éste. Por su parte, de ser desestimada la tercería, pese a la continuación de la ejecución sobre el bien embargado, ello no impedirá que el cónyuge formule su pretensión en proceso distinto.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha añadido que la defensa del derecho de propiedad que se considera conculcado por efecto del proceso ejecutivo no se agota con la oposición, pues si ésta es rechazada el tercerista *...puede lograr su anulación o modificación en otro proceso ordinario el que debe formalizarse en el plazo fatal de treinta días de ejecutoriado el auto que rechace la tercería...* (S.C. 85/2007-R de 26 de febrero)⁵⁷³. En consecuencia, el cónyuge tendrá la facultad de abrir el contradictorio por la vía ordinaria, pudiendo hacer valer su derecho a través de las pretensiones contempladas por el artículo 192-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar, es decir, la anulabilidad, la reivindicación o la obtención real de su alícuota sobre el bien embargado.

Un supuesto conflictivo de tercería de dominio lo constituye aquella que se opone para el levantamiento del embargo trabado sobre cuentas de ahorro que se encuentran registradas únicamente a nombre del cónyuge deudor. En ese sentido, el cónyuge tercerista, además de la adquisición de los fondos con anterioridad al embargo, deberá probar el carácter ganancial de los mismos que, a diferencia de otros bienes en los que la ganancialidad normalmente se basa

⁵⁷¹ MAS BADÍA, M., *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, op. cit., pág. 72.

⁵⁷² LACLAUSTRA ARROYO, M., «La prueba en la tercería de dominio». En: AA.VV., *Estudios sobre derecho procesal*, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1996, pág. 2068.

⁵⁷³ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Nro. 85/2007 de 26 de febrero de 2007.

en la titularidad, no siempre guardan coherencia entre el titular de la cuenta y el dinero introducido en ella.

Ello exige que el tercerista acompañe como medio de prueba el extracto bancario de los depósitos realizados a la cuenta de titularidad del cónyuge deudor, los que deberán ser contrastados con la fecha de inicio de la comunidad ganancial. Asimismo, deberá acreditar el origen de los fondos, pues de existir prueba en contrario que destruya la presunción de ganancialidad de los mismos⁵⁷⁴, la tercería será desestimada.

2.2. Reivindicación

En cuanto a la acción reivindicatoria, pese a que ésta guarda relación con la tercería de dominio, MAS BADÍA diferencia ambas pretensiones con base en los siguientes fundamentos: Mientras que en la acción reivindicatoria el demandante ha perdido la posesión y, por ello, busca reivindicarla, en la tercería de dominio generalmente el tercerista siempre está en posesión del bien embargado, como es el caso del cónyuge y ésta se encuentra dirigida contra el embargante y no contra el poseedor; la finalidad en la acción reivindicatoria es recuperar la posesión de los bienes reivindicados y en la tercería de dominio es el levantamiento del embargo, y; el objeto sobre los cuales recaen no siempre coinciden en ambas pretensiones, pues, mientras que la acción reivindicatoria se encuentra limitada a bienes corporales, la tercería de dominio puede realizarse también sobre bienes incorporeales⁵⁷⁵.

Por otro lado, teniendo en cuenta que lo que se afecta al cónyuge no anente es el derecho de propiedad por haberse trabado el embargo sobre bienes comunes, no correspondería otra oposición que la tercería de dominio. Al respecto, amén de que, por disposición del artículo 360 del Código Procesal Civil, sólo se admiten en el proceso ejecutivo las tercerías de dominio y de pago preferente, no corresponde esta última debido a que lo que se discute en dicha oposición no es un derecho de crédito sino únicamente un derecho de propiedad en lo proindiviso que pesa sobre los bienes gananciales.

Asimismo, no es posible otro modo de oposición pues aquella que, por ejemplo, tenga como objeto de defensa la posesión y no así el derecho de propiedad solo podrá ser formulada

⁵⁷⁴ Pese a la presunción de ganancialidad regulada por el artículo 190 del Código de las Familias y del Proceso Familiar, podríamos estar ante el supuesto en que los fondos de la cuenta provienen de la venta de bienes propios del cónyuge deudor pese a que el depósito se hubiese realizado durante la vigencia de la comunidad ganancial. Esto es lo que la legislación familiar denomina *bienes propios por sustitución*.

⁵⁷⁵ MAS BADÍA, M., *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, cit., pág. 74.

por un tercero poseedor o detentador. De acuerdo con esto, si tal posesión afecta a los bienes gananciales, deberá ser realizada en ejecución de sentencia una vez librado el mandamiento de desapoderamiento y siempre y cuando ésta emane de actos jurídicos registrados con anterioridad al embargo o provenga de documentos que tengan fecha cierta⁵⁷⁶ como en el caso de existir un contrato de arrendamiento⁵⁷⁷.

Desde otro punto de vista, si bien la oposición puede estar dirigida a la defensa del derecho de posesión sobre los bienes embargados, ésta no se encuentra vedada, en el plano familiar, a la defensa de los bienes que han sido constituidos como patrimonio familiar. Esta figura, regulada por el artículo 128 del Código de las Familias y del Proceso Familiar tiene como objeto proteger y garantizar el sostenimiento y bienestar de la familia, extrayendo del tráfico jurídico y comercial los bienes que lo conforman haciéndolos inembargables.

Por su parte, del contenido del artículo 192-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar, se desprende que el cónyuge no anuente también podrá formular otras pretensiones en defensa de su derecho. En ese sentido, el citado precepto señala que *Los actos de disposición como enajenar, hipotecar, gravar, dejar en prenda, mutuo, usufructo y uso, comodato, anticresis, entre otros, de uno de los cónyuges respecto a los bienes comunes, pueden anularse a demanda de la o el otro cónyuge, salvo que ésta o éste prefiera reivindicar a título exclusivo la parte que le corresponda en el bien dispuesto, si ello es posible, u obtener el valor real de la misma.*

De acuerdo con lo anterior, en el caso concreto de la hipoteca, el cónyuge podrá reivindicar los bienes gravados en la parte que le corresponde, con la consecuente reducción de tal garantía hasta el límite de la porción que sea de propiedad del cónyuge deudor. En consecuencia, por la reivindicación del cónyuge no anuente el crédito no se verá afectado en modo alguno, pues siempre mantendrá su integridad teniendo como único obligado al cónyuge que contrajo el crédito. Sin embargo, no ocurrirá lo mismo con la garantía de dicho crédito que se verá afectada como efecto de la reivindicación, obligando al acreedor a gravar otros bienes, pero siempre hasta la porción correspondiente al cónyuge obligado.

⁵⁷⁶ MAS BADÍA, M., *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, cit., pág. 74.

⁵⁷⁷ Al respecto, el artículo 695 del Código Civil señala que *Quien de buena fe arrienda un fundo urbano destinado a vivienda no puede ser despedido por el tercero que vence en juicio total o parcialmente.*

Para el caso de otras garantías que incluyen el uso y goce de la cosa como la anticresis, la reivindicación no sólo tendrá efectos respecto al levantamiento del gravamen sino también respecto al uso y a los frutos que percibe el acreedor anticresista. Así, con respecto al uso, el acreedor deberá desocupar la parte que corresponda al cónyuge no anuente y restituir aquellos frutos en la mitad del valor que haya percibido hasta el momento de dictarse la sentencia que estima la reivindicación.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el fundamento de la anticresis es la imputación del uso a los intereses, la reivindicación generará la reducción de los mismos entre el cónyuge deudor y el anticresista, por los efectos retroactivos de la acción reivindicatoria. Asimismo, si el uso hubiese sobrepasado los intereses comenzando a imputarse al capital, la reivindicación traerá como consecuencia la desafectación del capital en la medida que el uso también se ve reducido a la mitad del bien dado en anticresis.

El caso de la reivindicación de la prenda resulta el más conflictivo de todos los que se analizan, por cuanto la posibilidad de que exista desposesión del bien afectado por esta garantía real colisiona con los efectos de la reivindicación, sobre todo, en aquellos bienes que son indivisibles. Al respecto, piénsese en el supuesto de que uno de los cónyuges otorgue en calidad de prenda un vehículo que pertenece al acervo ganancial; una vez estimada la reivindicación sobre el cincuenta por ciento del bien prendado, la reivindicación y la prenda se verán afectadas, la primera, por ser físicamente imposible, y la segunda, por imposibilidad jurídica pues por disposición del artículo 1412 del Código Civil ésta es indivisible.

Ante la situación que se plantea cabría preguntarse si la reivindicación de la porción ganancial sobre un bien prendado resulta una pretensión improponible impidiendo, por lo tanto, su sustanciación. En cuanto a la improponibilidad, es jurisprudencia reiterada⁵⁷⁸ del Tribunal Supremo de Justicia que *...una vez comprobada por el Juez la concurrencia de los presupuestos procesales y el cumplimiento de los requisitos formales, le corresponde efectuar un control de la proponibilidad o fundamento intrínseco de la acción tal como ha sido propuesta. A diferencia del control formal, el juicio de fundabilidad opera con elementos que corresponden al derecho material, con los preceptos sustanciales llamados a zanjar la Litis en la Sentencia definitiva...* y que el rechazo *in límine* de la demanda *...tiene como fundamento evitar un inútil dispendio de*

⁵⁷⁸ Así, en los Autos Supremos Nro. 153/2013 de 8 de abril, 532/2013 de 21 de octubre, 71/2014 de 14 de marzo y 212/2015 de 27 de abril, entre otros.

*la función jurisdiccional, puesto que de admitirse el trámite de una demanda improponible el resultado sería un inútil dispendio porque su pretensión está destinada al fracaso (A.S. Nro. 174/2015 de 11 de marzo)*⁵⁷⁹.

Dado que la imposibilidad tanto física como jurídica que plantea la reivindicación en el supuesto estudiado afecta al objeto de la pretensión, nos encontramos sin duda ante una improponibilidad objetiva. En consecuencia, consideramos que ello impide que definitivamente pueda sustanciarse la pretensión, pues aun cuando exista sentencia firme estimando la reivindicación, ésta será de imposible cumplimiento, habiéndose vulnerado el principio de verdad material y con ello el derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, si bien la reivindicación no es posible, el codificador ha contemplado otras alternativas, resultando más idónea para el caso que se propone la anulabilidad del contrato, también regulada por el artículo 192-II del Código de las Familias y del proceso Familiar, y cuyo alcance es más amplio por cuanto recae incluso sobre créditos u otros derechos incorporales.

2.3. *Anulabilidad*

En sentido general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia entiende por anulabilidad *...la acción que busca la ineficacia de un contrato o acto jurídico en el que concurren todos los requisitos esenciales para la formación de dicho acto (consentimiento, objeto y causa) pero adolece de un vicio que afecta su estructura...* (A.S. Nro. 996/2016 de 24 de agosto)⁵⁸⁰. Es característica particular de la anulabilidad con respecto a la nulidad que la primera puede ser confirmada y, por lo tanto, se encuentra subordinada al plazo de prescripción de cinco años, mientras que la segunda es inconfirmable e imprescriptible.

En cuanto a la anulabilidad de la venta de bienes gananciales, pese al régimen de coadministración que reviste a la comunidad de gananciales⁵⁸¹, es jurisprudencia consolidada⁵⁸² del Tribunal Supremo de Justicia que la misma sólo puede pretenderse sobre el cincuenta por

⁵⁷⁹ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 174/2015 de 11 de marzo de 2015. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2015/as201521174.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁵⁸⁰ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo 996/2016 de 24 de agosto de 2016. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2016/as201620996.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁵⁸¹ Sobre este punto, el artículo 191-I del Código de las Familias y del Proceso Familiar dispone que *Los bienes comunes se administran por ambos cónyuges*.

⁵⁸² Este criterio se infiere del contenido del Autos Supremo Nro. 647/2015-L de 10 de agosto y se encuentra expresamente establecido en el Auto Supremo Nro. 1176/2015 de 28 de diciembre.

ciento, quedando incólume la parte correspondiente al cónyuge disponente. En ese sentido, el máximo Tribunal ha señalado que *...la anulabilidad de la transferencia dispuesta en el 50% en resguardo del derecho ganancial de Edwin Valdivia Méndez, no puede afectar la transferencia realizada por Dulía Hinojosa Guardia (esposa) ...pues en el caso de Autos el demandante no ha probado que la falta de consentimiento que arguye haya afectado la transferencia dispuesta por parte de Dulia Hinojosa o que dicha venta afecte su derecho ganancial (50%) en relación al bien inmueble en cuestión, pues si bien art. 116 del Código de Familia, confiere la acción de la anulabilidad, a fin de invalidar los actos de disposición o de imposición de derechos reales de uno de los cónyuges respecto de los bienes comunes, celebrados sin el consentimiento del otro cónyuge; sin embargo en el caso presente no se ha probado la causal de Anulabilidad que haga procedente la opción de anular la transferencia realizada por parte de la cónyuge del actor... no resulta lógico pretender anular la transferencia realizada por la misma, toda vez que con la decisión de los jueces de instancia se ha resguardado el derecho ganancial del actor sobre el bien inmueble en cuestión... (A.S. Nro. 1176/2015 de 28 de diciembre)*⁵⁸³.

En sentido contrario, y a modo de comparación, la legislación española⁵⁸⁴ establece mediante el 1375 artículo del Código Civil el principio de cogestión, en virtud del cual *...no cabe que se contraigan obligaciones contra la sociedad de gananciales si no actúan los dos cónyuges, conjuntamente, o con representación o consentimiento del otro, y que serán anulables los actos de gestión (como los de disposición), sean obligacionales o sean dispositivos, que hayan de tener cumplimiento directo sobre un bien ganancial específico (arts. 1367, 1375 y 1377, y 1301 del Código Civil) (STS 1029/2000 de 14 de noviembre)*⁵⁸⁵. De acuerdo con ello, la nulidad de venta o de cualquier otro acto de disposición de un bien ganancial tendrá como consecuencia la ineficacia de la totalidad de éste, debiendo reintegrarse al patrimonio ganancial⁵⁸⁶ el bien afectado por la nulidad de dicho acto.

⁵⁸³ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo 1176/2015 de 28 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=21021>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁵⁸⁴ Salvando, claro está, las diferencias existentes entre el sistema de comunidad ganancial español y el boliviano, pues mientras que el primero se rige por la posibilidad de realizar capitulaciones, el segundo establece que dicha comunidad es de interés público y, por lo tanto, regulado únicamente por la ley y no por la voluntad de los cónyuges.

⁵⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1029/2000 de 14 de noviembre. RJ 2000\9914.

⁵⁸⁶ La misma Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000 ha señalado que *El acogimiento de la pretensión de nulidad conlleva el efecto de aplicar la disposición del art. 1303, que es acogible de oficio y además ha sido postulado por el demandado Sr. J.M.S. en el recurso de apelación según consta en el fundamento primero*

Sobre este punto, consideramos que la intención del codificador boliviano ha sido reconducir la interpretación que ha venido realizando el Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de que con respecto a la disposición de bienes gananciales la anulabilidad debe tener como efecto la ineficacia de la totalidad del acto. Al respecto, pese a que en los demás casos la anulabilidad puede ser parcial, por ejemplo, en cuanto a la falta de consentimiento para alguna cláusula de un contrato cuya ineficacia no afecte su integridad, en cuanto a los bienes gananciales existe el régimen de coadministración que impide que uno de los cónyuges actúe de manera individual.

Continuar con el criterio contrario implicaría desconocer dicha coadministración, con la consecuente desnaturalización de la comunidad de gananciales. No obstante, pese a que por disposición del artículo 177-I del Código de las Familias y del Proceso Familiar dicha comunidad de gananciales no puede renunciarse ni modificarse por convenios particulares de los cónyuges, en cambio sí se encuentra regulada por la ley. De acuerdo con ello, el artículo 191-III de la misma norma señala que *Si los actos realizados no se justifican en beneficio de la comunidad ganancial y no cuentan con el asentimiento del otro cónyuge, sólo obligan personalmente a la o el cónyuge que los realizó*, de lo que se infiere que por disposición legal cada cónyuge se encuentra habilitado a obligarse personalmente y, con ello, a disponer de la parte que le corresponda sobre la comunidad ganancial.

Ello también se deja entrever en lo regulado por el artículo 185 del Código de las Familias y del Proceso Familiar que, en cuanto a la administración de los bienes, señala que *Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios; pero no puede disponer de ellos entre vivos, a título gratuito, salvo casos de anticipo de legítima, ni renunciar a herencias o legados, sin el asentimiento de la o del otro*. Sobre este punto, nótese que el codificador regula la situación de los bienes de los cónyuges más allá de la comunidad de gananciales, pues así como éstos no pueden disponer de sus bienes, tampoco pueden renunciar a herencias y legados, pese a que en ambos casos se trata de bienes propios de modo directo⁵⁸⁷ y, por lo tanto, no se encuentran afectados a la comunidad ganancial.

de la resolución recurrida. A falta de más datos para pronunciarse sobre las circunstancias concurrentes debe acordarse que se reintegre a la comunidad ganancial el objeto arrendado...

⁵⁸⁷ Así se encuentra regulado por el artículo 179 del Código de las Familias y del Proceso Familiar que señala que *Son bienes propios por modo directo de la o el cónyuge a) Los que cada uno tiene antes de la constitución del*

Respecto a lo anterior, consideramos que el codificador ha querido proteger los derechos sucesorios del cónyuge del heredero frente al instituto de la representación. En ese sentido, por efecto de la renuncia únicamente podrían heredar, por representación, los descendientes del cónyuge heredero; contrario a lo que sucedería si aceptase la herencia, pues en caso de que éste, a su vez, fallezca, el cónyuge supérstite tendría el derecho a una porción dentro de las cuatro quintas partes de su patrimonio si concurre con sus descendientes o de las dos terceras partes si lo hiciese con los ascendientes.

La diferencia entre la anulabilidad y la reivindicación de los bienes gananciales estriba en que la primera prescribe a los cinco años, ataca la eficacia de un acto jurídico, puede tener como objeto la falta de consentimiento y, por lo tanto, es susceptible de confirmación. En cambio, la reivindicación es imprescriptible, se ejerce contra un hecho jurídico, no requiere del consentimiento pues este siempre está ausente y, como mucho, existe convalidación o una actitud pasiva del propietario.

Ahora bien, sentada la diferencia entre ambas pretensiones, conviene delimitar la diferencia en cuanto a los efectos que éstas tienen sobre los actos de disposición de bienes gananciales. Al respecto, tomando en cuenta que en la legislación nacional cabe la posibilidad de que los cónyuges se obliguen personalmente por sus actos que no cuenten con el asentimiento del otro cónyuge, la diferencia entre las pretensiones de anulabilidad y de reivindicación será únicamente teórica, pues el resultado en ambos casos será el mismo: la ineficacia de los actos o los hechos sobre el cincuenta por ciento como causa de la falta o ausencia total del consentimiento⁵⁸⁸.

2.4. Obtención del valor real

De acuerdo con lo regulado en el artículo 192-III del Código de las Familias y del Proceso Familiar, el cónyuge que no ha prestado su consentimiento para los actos de disposición realizados por el otro podrá obtener el valor real de la parte que le corresponde. Dicha

matrimonio o la unión libre. b) Los que reciben cualquiera de ellos, durante el matrimonio o unión libre, por herencia, legado o donación.

⁵⁸⁸ Si en la legislación boliviana existiese un verdadero régimen de cogestión, tal como sucede en la legislación española, quedaría vedada la posibilidad de reivindicar hasta que los bienes gananciales hayan sido divididos, correspondiendo en un momento anterior la legitimación conjunta a ambos cónyuges para iniciar la acción y no solamente a uno de ellos.

pretensión, según el texto de la citada norma, podrá plantearse cuando no sea posible la reivindicación de su parte alícuota.

Planteada en el apartado anterior la problemática que representa la reivindicación por parte del cónyuge en algunos contratos como el de prenda, consideramos un acierto del codificador la posibilidad de que el cónyuge no anuente obtenga el valor real del cincuenta por ciento de los bienes gananciales. Al respecto, debido a que en aquellas situaciones en las que, por una imposibilidad jurídica o material, no es posible la reivindicación de los bienes gananciales, resulta una solución la obtención del producto que, aun cuando no se aplica materialmente sobre los bienes, sí representa su valor.

Distinto a lo que sucedería en el caso de la reivindicación, la obtención del valor real de los bienes se dirige únicamente contra el cónyuge que ha dispuesto unilateralmente del patrimonio ganancial. Ello, encuentra sustento en que, mientras que en la reivindicación existe una ocupación injusta sobre la totalidad del bien ganancial por parte de un tercero, el valor real que emana de la disposición de tales bienes queda en poder del cónyuge que se ha beneficiado con el mismo.

Esta pretensión, amén de poder ser subsidiaria de la anulabilidad o la reivindicación, resulta útil y principal en aquellos actos de disposición que tienen de por medio una prestación pecuniaria como la venta, usufructo, anticresis o hipoteca. Sin embargo, mientras que en las tres primeras siempre se podrá optar por la reivindicación, en el caso de la hipoteca esto no sería posible por cuanto ella no concede la posesión al acreedor.

También resulta un impedimento de la obtención del valor real sobre un bien ganancial hipotecado, por cuanto la hipoteca, al ser una garantía accesoria a la obligación principal, responde al valor de ésta y no necesariamente al valor real del bien. En ese sentido, consideramos que ante la existencia de un bien ganancial hipotecado, la pretensión idónea para la defensa de los derechos del cónyuge no anuente será la anulabilidad del acto, pues no se podría optar por el valor real del bien que, como es ideal, supera al del crédito por el cual ha sido hipotecado.

El contenido económico de la obtención del valor real de los bienes gananciales suscita la existencia de un embargo preventivo entre cónyuges, por cuanto la legitimación pasiva de dicha pretensión recae en el cónyuge que ha dispuesto de los bienes que conforman el acervo

ganancial. De acuerdo con ello, el peligro en la demora se evidencia en la misma conducta del demandado pues, así como en su día dispuso unilateralmente de dichos bienes, de igual manera podrá hacerlo con el producto que ha obtenido de los actos de disposición sobre aquellos.

3. SITUACIÓN DE LOS CRÉDITOS FRENTE A LA SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES

Pese a que en Bolivia no existe la posibilidad de pactar un régimen económico diferente a aquel regulado por la ley, ello no impide que por un hecho posterior al matrimonio cualquiera de los cónyuges pueda solicitar la separación judicial de bienes. Ante tal situación pueden darse las siguientes tesis: Que dicha separación genere efectos definitivos si a ella se suma el divorcio o la desvinculación, o que cese por una nueva decisión judicial a pedido de los cónyuges, existiendo en este último caso la necesidad de definir la garantía patrimonial de los acreedores por el tiempo en el que la comunidad ganancial se encontraba interrumpida.

Las causales para la procedencia de la separación judicial de bienes se encuentran reguladas por el artículo 200-I del Código de las Familias y del Proceso Familiar. Dicho precepto, señala que cualquiera de los cónyuges podrá pedir la separación cuando: *a) Se declara la interdicción o la desaparición de la o el otro. b) Peligran sus intereses por los malos manejos o la responsabilidad civil, en la que pudiera incurrir la o el otro cónyuge.* A ello, consideramos que debió añadirse como causal la separación de hecho por parte de los cónyuges, por los motivos que estudiaremos más adelante.

3.1. Separación de bienes por interdicción o desaparición del otro cónyuge

En cuanto a la primera causal, la interdicción de uno de los cónyuges, consideramos que en su regulación el codificador se aleja de las responsabilidades establecidas por el propio Código de las Familias y del Proceso Familiar en su artículo 75. Este precepto, regula que los cónyuges tienen que cumplir, entre otros deberes, con la asistencia, el auxilio y la ayuda mutua. Asimismo, debido a que la interdicción supone la incapacidad para trabajar, también es aplicable a los cónyuges el deber de satisfacer las necesidades comunes ante tal vicisitud.

A modo de comparación y debido a la evidente cercanía legislativa, el artículo 477-d) del Código Civil y Comercial de la Nación argentino contempla esta causal de separación de bienes sólo por la incapacidad o excusa de alguno de los cónyuges. En ese sentido, a diferencia del criterio establecido por el codificador boliviano, el argentino regula la interdicción como una excepción a la regla, pues del texto del citado precepto se infiere que esta no implica por sí

misma un motivo para la separación judicial de bienes, salvo que un tercero sea designado curador por los motivos antes glosados.

Ahora bien, huelga decir que, de acuerdo con la normativa familiar boliviana, declarada la interdicción, quien la demandó, incluido el cónyuge si éste hubiese instado el inicio del proceso, no podrá ser declarado tutor del interdicto⁵⁸⁹. Sin embargo, debido a que la legitimación activa para el cónyuge en el proceso de declaratoria de interdicción será siempre contingente, ello tampoco debería ser razón suficiente para la procedencia de la separación de bienes.

Con todo, conviene apuntar que la separación judicial de bienes tiene efectos puramente patrimoniales, sin que esto afecte a los deberes de asistencia inherentes al cónyuge que mantiene su capacidad pues los mismos emanan de la relación jurídica contraída mediante del matrimonio. En tal sentido, consideramos que la separación en virtud de la declaratoria de interdicción obedece a la protección de los intereses del cónyuge interdicto, pues si la administración de sus bienes recayese en el otro cónyuge existiría siempre el riesgo de que éste realice actos de disposición que tiendan a favorecerle en detrimento del tutelado.

Analizando el segundo supuesto, la desaparición de uno de los cónyuges, conviene señalar que ésta guarda conexión con el instituto de la ausencia, regulado en los artículos 31 al 38 del Código Civil. Ello encuentra sustento en las características que reúnen esta y la separación judicial de bienes, así como sus diferencias con la muerte presunta y, su efecto, la disolución del matrimonio y la comunidad ganancial.

Al respecto, el artículo 31 del Código Civil, con el que inicia el Capítulo V dedicado a la ausencia, utiliza la oración *Cuando una persona desaparece...* y lo hace con la finalidad de nombrar un curador para que la represente y provea al cuidado de sus bienes. Dicho nombramiento otorga al curador facultades provisionales y limitadas sobre el patrimonio del desaparecido, de lo que se infiere que la declaración de ausencia, a diferencia de la muerte presunta, surte siempre efectos temporales y no definitivos, de tal suerte que, si el ausente aparece, cesan todos los efectos de ausencia declarada y éste retoma todos sus bienes y derechos.

⁵⁸⁹ El art. 58 C.F.P.F. señala que: *La demanda de interdicción puede ser promovida por la o el cónyuge, aun cuando esté divorciada o disuelto el vínculo, o una o un pariente en cualquier grado de parentesco de la persona en situación de declararla interdicta, o personas colectivas que tengan como finalidad la asistencia social. El actor no podrá ser designado tutor.*

Por su parte, si bien la separación judicial de bienes supone el cese de la comunidad ganancial, éste, al igual que la declaración de ausencia, surte siempre efectos temporales, pues si sobreviniese el divorcio o la desvinculación, tanto el cese como la correspondiente liquidación de la comunidad⁵⁹⁰ recién adquirirán todos sus efectos definitivos. Esto, en cambio, no sucede con la separación judicial de bienes en la que siempre existe la posibilidad de la cesación y consecuente restablecimiento de la comunidad de gananciales, conforme prevé el artículo 203 del Código de las Familias y del Proceso Familiar⁵⁹¹.

De acuerdo con lo anterior, la causal de desaparición de uno de los cónyuges para optar por la separación judicial de bienes deberá estar precedida por un proceso previo de declaración de ausencia. En consecuencia, si transcurridos cinco años desde la desaparición se declarase la muerte presunta, la separación judicial de bienes se transmutará en el cese definitivo de la comunidad de gananciales como efecto de la extinción del vínculo conyugal⁵⁹², adquiriendo sólo a partir de entonces los correspondientes efectos definitivos.

3.2. Separación de bienes debido a la mala administración o la responsabilidad civil en la que pudiera incurrir el otro cónyuge

La tercera de las causales para la separación de bienes se encuentra constituida por el peligro por los malos manejos en la que pudiera incurrir cualquiera de los cónyuges. Al respecto, previamente conviene delimitar qué debe entenderse por el término “mal manejo” que, dicho sea de paso, en otras legislaciones como la argentina⁵⁹³ se denomina “mala administración”, debiendo ser éste el sentido en el que pueda interpretarse el primero.

⁵⁹⁰ En criterio de GONZÁLEZ GOZALO *Liquidar la sociedad de gananciales es, en sentido estricto, determinar el haber líquido de la comunidad postganancial con vistas a su partición entre sus cotitulares. En consecuencia, la fase de liquidación propiamente dicha consiste en comparar el activo con el pasivo y en pagar o afianzar las deudas de la sociedad de gananciales.* GONZÁLEZ GOZALO, A., «La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción», *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 1, 2002, págs. 2261-2306.

⁵⁹¹ Art. 203 (*Cesación de la separación judicial*). *La separación de bienes cesa por decisión judicial, a demanda de uno o de ambos cónyuges, en ese caso, se restablece la comunidad de gananciales, pero cada cónyuge conserva la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos que le fueron asignados a tiempo de la separación y de los adquiridos durante ésta.*

⁵⁹² V. arts. 176-II y 204 del C.F.P.F

⁵⁹³ El artículo del Código Civil y Comercial de la Nación señala que *La separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges: a) si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales; b) si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge; c) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse; d) si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero.*

Respecto a la palabra “manejar”, la Real Academia le otorga, entre otras, las siguientes acepciones: *usar algo con las manos; usar, utilizar, aunque no sea con las manos; gobernar, dirigir*⁵⁹⁴. Como puede observarse en dichas acepciones, es evidente el mal empleo de la palabra “manejo”, correspondiendo, en lo que respecta a los bienes gananciales, la utilización del término administración, razón por la que nos remitimos a lo expresado en el párrafo anterior.

En cuanto a la mala administración como causal para la separación judicial de bienes, BOSSERT y ZANNONI sostienen que ésta *Constituye, desde este punto de vista, una norma de protección basada en la comunidad de intereses que está fundada en el aporte común y el esfuerzo mutuos. Permite, en consecuencia, separar los bienes y liquidar la sociedad conyugal existente hasta ese momento, si la mala gestión de uno de los cónyuges irroga al otro un perjuicio cierto*⁵⁹⁵. De acuerdo con el citado autor, bajo esta causal no sólo bastará con la mala gestión, pues siempre deberá ser por parte de uno de los cónyuges y se encontrará condicionada al perjuicio que dicha gestión implique en los derechos del otro cónyuge.

Así pues, si la mala administración o gestión fuese de parte de los dos cónyuges no existirá el peligro de perjuicio en el que se funda esta causal, por cuanto la responsabilidad recaerá en ambos y bastará con que uno de ellos cese en la mala gestión o realice ésta de forma correcta para que el perjuicio no le sea imputable en la parte que le corresponde. De esta manera, acreditado el perjuicio por la administración de uno sólo de los cónyuges, también se estará cumpliendo con uno de los presupuestos esenciales para la adopción de medidas cautelares que tutelen los derechos del otro cónyuge: el peligro en la demora.

Ante tal situación, por tratarse los gananciales de una comunidad y no de una sociedad⁵⁹⁶, se abre la posibilidad de trabar un embargo preventivo, ante el evidente perjuicio que pudiese continuar irrogando la mala administración del cónyuge demandado. De acuerdo con ello, y ante la naturaleza patrimonial del embargo de bienes, el artículo 283 del Código de las Familias

⁵⁹⁴ *Real Academia Española*. Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=manejar>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁵⁹⁵ BOSSERT, G.A y ZANNONI, E.A., *Manual de derecho de familia*, Astrea, 6º Ed., Buenos Aires, 2004, pág. 287.

⁵⁹⁶ Si, por el contrario, estuviese regulada como una “sociedad” de gananciales, como lo entiende, por ejemplo, el legislador español, sería viable la designación de interventor judicial que impida el perjuicio o peligro sobre los bienes administrados. En este sentido, el artículo 329-I del Código Procesal Civil señala que *La intervención con facultades de administración o sin ellas, a falta de otra medida cautelar o complementaria de una anteriormente dispuesta, podrá ordenarse a pedido de un socio o copropietario, si los actos u omisiones de los administradores o poseedores de los bienes de la sociedad o de la copropiedad, pudieren ocasionar grave perjuicio o pusieren en peligro las actividades propias de la sociedad o de la copropiedad*.

y del Proceso Familiar señala que *Las medidas cautelares patrimoniales limitan el ejercicio de derechos sobre bienes inmuebles o muebles, dineros o derechos de contenido patrimonial por parte de su titular.*

En cuanto a la separación de bienes por la responsabilidad civil en la que pudiera incurrir cualquiera de los cónyuges, previamente conviene señalar que, en cuanto a dicha responsabilidad, la norma es bastante general por cuanto abarca muchos aspectos. En ese sentido, BUSTAMANTE ALSINA define la responsabilidad civil a partir del deber de responder, sobre el cual manifiesta que significa *dar a cada uno cuenta de sus actos*⁵⁹⁷. Así las cosas, la responsabilidad será tan amplia como los actos, pasivos o activos, que puedan realizar los individuos en sus relaciones.

En cuanto a los elementos que la conforman, éstos se infieren del concepto de responsabilidad civil otorgado por PIZZA BILBAO, quien sostiene que *Desde un punto de vista civil, se debe entender como un acto o una abstención que provoca daño o perjuicio privado, que no persigue el castigo del dañador sino la reparación del perjuicio*⁵⁹⁸. De acuerdo con ello, la responsabilidad se encuentra determinada por dos elementos objetivos, la existencia o provocación del daño y el acto o abstención del responsable, éste último delimitado, según el sistema de responsabilidad boliviano⁵⁹⁹, por un elemento subjetivo: la intencionalidad⁶⁰⁰.

Respecto a la finalidad que persigue la responsabilidad civil, ésta será siempre económica, pues la evolución de la misma ha derivado en la reparación a la que se encuentra obligado el que ha producido el daño. En ese sentido, entendiendo que la responsabilidad, indistintamente sea contractual o extracontractual, genera obligaciones, ésta colocará al autor en la posición de deudor, garantizando la reparación con todos sus bienes presentes y futuros como parte de la garantía general de los acreedores.

⁵⁹⁷ BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 7º Ed., Buenos Aires, 1991, pág. 67.

⁵⁹⁸ PIZZA BILBAO, M., *La responsabilidad civil extracontractual en el mundo actual*, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, pág. 19.

⁵⁹⁹ El mismo se encuentra determinado por el artículo 984 del Código Civil que señala que *Quien con un hecho doloso o culposo, ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento.*

⁶⁰⁰ En cuanto a la responsabilidad civil subjetiva, PIZZA BILBAO entiende que *...el vínculo obligatorio está atado a la culpa, la conducta del infractor adquiere un carácter decisivo para su existencia. La relación de causalidad entre ilícito (culpa) y daño, genera la reparación o indemnización, siendo el nexo culpa la fuente generadora de obligaciones.* En: PIZZA BILBAO, M., *La responsabilidad civil extracontractual en el mundo actual*, cit., pág. 20.

Determinada la legitimación pasiva de la responsabilidad, así como el alcance patrimonial de la misma, cabe preguntarse qué efectos tiene ésta en la comunidad ganancial y por qué se encuentra contemplada como causal para la separación judicial de bienes. Al respecto, de acuerdo con el sistema subjetivo de responsabilidad civil, será únicamente el autor quien, creando un nexo causal entre su intención y el daño provocado, responderá personalmente por éste. Sin embargo, si a ello se suma el hecho de que su patrimonio se encuentra en un régimen de copropiedad y cogestión, como son los bienes gananciales, indudablemente quedarán comprometidos los derechos del cónyuge con el que le une una relación jurídica matrimonial.

Por otro lado, no obstante la responsabilidad personal del cónyuge que ha provocado un daño excluye al otro cónyuge, es la presunción establecida por el artículo 196-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar la que, en principio y, salvo prueba en contrario, compromete la parte alícuota de éste último. De esta manera, si el cónyuge perjudicado por los actos de su consorte convalidase la reparación del daño con el acervo ganancial, no existiría óbice alguno para su afectación en la medida suficiente.

Mayor atención merece la responsabilidad generada por los contratos, pues si existe consentimiento por parte de ambos cónyuges, ésta se encontrará presente tanto en la etapa precontractual, como en la propiamente contractual y extracontractual, sin lugar a separación de bienes por ser imputable a ambos cónyuges. Al respecto, al igual que ocurre con la causal de separación por “malos manejos”, será exigible que la responsabilidad civil recaiga en uno sólo de los cónyuges y que ésta provoque perjuicio para el otro que no incurre ni en la mala administración ni en la provocación del daño.

En cuanto a la ejecución de la responsabilidad civil, la mayor parte de las veces a través del embargo, existen dos posibilidades: la primera, que el cónyuge no responsable desconozca el daño provocado y ejercite las pretensiones que le concede la ley ante la interposición de la demanda y, la segunda, que lo conozca de antemano y ejercite las mismas pretensiones o previamente la separación judicial de bienes. En cuanto al primer supuesto, conforme ya se analizó en párrafos anteriores, el cónyuge podrá probar, asumimos, incidentalmente, que el acto o el hecho del que surge la responsabilidad no tenía como finalidad beneficiar a la comunidad ganancial ni a los intereses de los hijos, o, en su caso, demandar la anulabilidad del contrato

cuya declaración afectaría a la responsabilidad que se haya originado del mismo por efecto de la retroactividad.

En el segundo supuesto, es decir, que el cónyuge conozca la responsabilidad civil de su consorte, aunque, sin haber consentido el acto, de igual manera podrá ejercitar las pretensiones analizadas anteriormente o, previo a la interposición de la demanda por parte del dañado, estará facultado a pedir la separación judicial de bienes. En ese sentido, a diferencia de la causal de mala administración, la declaración de la separación judicial de bienes por la responsabilidad civil del otro cónyuge importará un efecto retroactivo, pues si bien la norma utiliza la oración *...en la que pudiera incurrir la o el otro cónyuge* aduciendo claramente a una situación hipotética, es indudable que si se llegase a determinar tal responsabilidad ésta sería por un hecho anterior y plenamente atribuible al cónyuge responsable.

El tratamiento procesal ante este supuesto resulta, cuando menos, problemático, pues de la manera en la que se encuentra configurada la separación judicial de bienes su inscripción en los registros resultará para lo venidero, pese a que su fundamento, la responsabilidad, se retrotrae a un momento anterior. Esto indudablemente tendrá efectos en cuanto a la sustanciación de los procesos por responsabilidad civil y por separación judicial de bienes y, en consecuencia, en el embargo que puedan trabar, tanto el dañado sobre los bienes gananciales, como el cónyuge no responsable sobre los bienes del otro cónyuge.

Ante tal situación, consideramos que la acumulación procesal sería una solución que concilie ambas pretensiones, pues de esta manera se evitaría el embargo indiscriminado o justificado sobre los bienes de uno y otro cónyuge generado por la dispersión de los procesos que los sustentan. No obstante, de la revisión de la normativa procesal familiar, no se encuentra un incidente especializado de acumulación, como si lo está en el Código Procesal Civil⁶⁰¹.

Al respecto, el Código de las Familias y del Proceso Familiar dedica el Capítulo Tercero del Título II, correspondiente a las Reglas Generales del proceso, a los incidentes. En el mismo, regula la procedencia, la tramitación y el efecto de los incidentes, pero no establece una clasificación o un catálogo específico de incidentes especializados. De acuerdo con ello, se

⁶⁰¹ El artículo 345-I del Código Procesal Civil señala que *Procede la acumulación de procesos que se encuentren pendientes ante el mismo juzgado o ante otro u otros diferentes, siempre que la sentencia que hubiere de dictarse en uno de los procesos pudiese producir efectos de cosa juzgada en el otro u otros, o cuando las pretensiones provinieren de la misma causa.*

infiere que el codificador ha querido establecer un número abierto de incidentes por cuanto únicamente subordina su planteamiento al cumplimiento de la fundamentación de los mismos, conforme se desprende de lo señalado por el artículo 255 de la citada norma⁶⁰².

Conforme a lo expresado, cabe la posibilidad de que, ante la pendencia del proceso por resarcimiento, el cónyuge que ha iniciado la separación de bienes pueda plantear un incidente de acumulación de ambos procesos con la finalidad de evitar sentencias contrarias entre sí e impedir el embargo indeterminado de bienes de la comunidad ganancial. De esta manera, la autoridad judicial podrá declarar la responsabilidad civil del cónyuge autor del daño; la exclusión de la del otro cónyuge y, en consecuencia, la separación judicial de bienes; con el efecto que en la ejecución únicamente se embargará la parte correspondiente al primero sobre los bienes gananciales o, en su caso, los que sean propios de éste.

3.3. Necesidad de incluir la separación de hecho como causal de separación de bienes. Efectos sobre la garantía de los acreedores

Si bien el divorcio es la forma ordinaria de disolución del vínculo matrimonial, convergen con él otras formas extraordinarias como el fallecimiento de los cónyuges o la separación de hecho, ésta última sin regulación expresa por parte del codificador. Al respecto, a diferencia del antiguo Código de Familia, el cual contemplaba la separación de hecho como una de las causales del divorcio, el actual Código de las Familias y del Proceso Familiar se limita a clasificar a éste en notarial y judicial, exigiendo para este último, de forma muy genérica y como único presupuesto, *la ruptura del proyecto de vida en común*⁶⁰³.

Pese a lo genérico de este presupuesto, es común encontrar en los juzgados la presentación de demandas de divorcio atribuyendo la ruptura, la mayoría de las veces, a la separación de hecho por parte de los cónyuges. De acuerdo con ello, cabría preguntarse qué sucede con la comunidad de gananciales durante ese lapso en el cual los cónyuges se encuentran separados sin que hubiesen formalizado el divorcio⁶⁰⁴. Dicha cuestión surge a raíz del aprovechamiento que injustamente pueda tener el otro cónyuge sobre el trabajo y el sacrificio

⁶⁰² Artículo 255. (PROCEDENCIA). *Todo incidente deberá formularse de manera fundamentada.*

⁶⁰³ Artículo 205. (PROCEDENCIA). *El divorcio o la desvinculación de la unión libre proceden en la vía judicial por ruptura del proyecto de vida en común, por acuerdo de partes o voluntad de una de ellas. También proceden en la vía notarial por mutuo acuerdo.*

⁶⁰⁴

del otro⁶⁰⁵, pese a ya no mantener una vida en común ni existir, en los hechos, una verdadera comunidad.

3.3.1. Elementos de la separación de hecho y su configuración en la normativa familiar boliviana

A lo anteriormente expuesto, se suma lo regulado por el artículo 214 del Código de las Familias y del Proceso Familiar que señala que *El divorcio o desvinculación tienen efectos desde su registro en el Servicio de Registro Cívico*. Dicho carácter constitutivo del registro acrecienta aún más la incertidumbre de los derechos de los cónyuges frente al abuso del derecho y a la garantía general de los acreedores. En ese sentido, mientras no se registre el divorcio los primeros podrán contraer obligaciones a costa de los bienes adquiridos por el otro cónyuge en forma posterior a la sentencia de divorcio, y, los segundos, podrán embargar los bienes de ambos cónyuges, asistidos por la buena fe que importa el registro, aún vigente, del matrimonio.

El codificador argentino, con mayor criterio, ha incluido como causal de separación judicial de bienes *si los cónyuges están separados de hecho sin la voluntad de unirse*⁶⁰⁶. Al respecto, no bastará con la separación de hecho, sino que la misma deberá ser de forma total y definitiva. Este criterio es compartido por el Tribunal Supremo de Justicia boliviano que, al analizar la separación de hecho contenida en el antiguo Código de Familia, había señalado que *La separación de los esposos como causal de terminación de la comunidad de gananciales, no se refiere a aquella separación de hecho que opera como consecuencia de posibles desavenencias entre los cónyuges, por el contrario se refiere a la separación judicialmente declarada como consecuencia de la acción de separación prevista por el artículo 151 del Código de Familia ...La separación a la que alude el recurrente se refiere a un alejamiento de hecho temporal de la convivencia conyugal que de ninguna manera puede ser equiparada a la separación judicial de los esposos, por lo que los bienes adquiridos en la vigencia de este período de separación o distanciamiento son bienes que forman parte de la comunidad de gananciales...* (A.S. Nro. 268/2014 de 27 de mayo)⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ BALBOA BERNAL, C., *Regular los bienes gananciales dentro la separación de hecho*. Tesis de grado. Director: Dr. Félix Paz Espinoza. Universidad Mayor de San Andrés, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2013, pág. 148.

⁶⁰⁶ Art. 477, c) del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁶⁰⁷ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 268/2014 de 27 de mayo de 2014. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2014/as201421268.html> [Consultado el 1 de junio de 2020].

Recogiendo el criterio sentado por el Tribunal Supremo de Justicia y lo regulado por el codificador argentino, para considerar la separación de hecho como causal de separación judicial de bienes en una futura reforma de la normativa familiar boliviana, la misma deberá ser definitiva. En ese sentido, no deberá existir voluntad expresa o tácita de reconciliación por parte de los cónyuges. De este modo, tanto la reconciliación como la imposibilidad de esta deberá configurarse en ambos cónyuges, sin que baste la voluntad de uno sólo de ellos para continuar la relación conyugal y, con ello, la comunidad ganancial.

En el plano del embargo, resulta imprescindible considerar la inclusión de la separación de hecho de los bienes gananciales, por cuanto -como mencionábamos anteriormente- su falta de regulación deviene en el abuso del derecho por parte de uno de los cónyuges, exista o no, una sentencia firme de divorcio. Al respecto, piénsese en el supuesto de que los cónyuges se encuentran separados durante un año sin voluntad de reconciliarse. Durante ese tiempo, la mujer adquiere bienes producto de su propio esfuerzo, más si su cónyuge promueve la acción de divorcio, el bien será dividido en partes iguales por ser este parte de la comunidad ganancial *iuris tantum*⁶⁰⁸.

Lo anterior, traerá como consecuencia que los acreedores podrán embargar y sacar a venta judicial los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges, siendo indistinto que estos se hayan adquirido durante el matrimonio o la separación de hecho. En ese sentido, al cónyuge que obtuvo estos bienes durante la etapa de la separación, no le quedará más remedio que probar que el crédito no fue consentido por él y formular la correspondiente tercería de dominio.

Pese a su falta de regulación expresa como causal de separación judicial de bienes o de la extinción de la comunidad de gananciales, la separación de hecho es mencionada por el codificador boliviano, *lapsus calami*, en el artículo 212-I del Código de las Familias y del Proceso familiar. Al respecto, este precepto señala que *Con o sin contestación a la demanda, y si no existe acuerdo regulador, la autoridad judicial decretará la separación personal de los cónyuges, si aún no están separados de hecho, y otorgará en su caso las garantías y seguridades que sean necesarias.*

⁶⁰⁸ El artículo 176-I del Código de las Familias y del Proceso Familiar señala: *Los cónyuges desde el momento de su unión constituyen una comunidad de gananciales. Esta comunidad se constituye aunque uno de ellos no tenga bienes o los tenga más que la o el otro.*

De acuerdo con lo anterior, pese a que la propia norma reconoce la posibilidad de una separación de hecho entre los cónyuges y, a ello le añade el decreto de separación personal por parte de la autoridad judicial, nada dice en cuanto a los efectos que produce la misma. Sin embargo, más adelante se infiere que su finalidad es la de determinar la situación de los hijos, así como la asistencia familiar, pues de no existir éstos el divorcio podrá ser notarial, siendo innecesaria la separación personal por cuanto en este caso bastaría con la voluntad expresa de los cónyuges de divorciarse.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene señalar que la separación de hecho no sólo tiene efectos respecto a los acreedores de los cónyuges o de la comunidad ganancial, o sobre la situación de los hijos, por cuanto, así como sucede en el divorcio o la extinción del vínculo conyugal, también despliega éstos a otras situaciones tales como la sucesión o la paternidad⁶⁰⁹. Asimismo, en cuanto al carácter definitivo o temporal que deberán desplegar los efectos que resultan de la separación de hecho, cabe añadir lo expresado por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, quien sostiene que *...por mucho que se quiera avanzar en el sentido de insuflar valor jurídico a la separación privada sus efectos no pueden ni deben colocarse, a menos sin previo control del órgano público competente, al mismo nivel que los que naturalmente se deducen de las sentencias dictadas “causae cognitio”, por los Tribunales*⁶¹⁰.

3.3.2. La ruptura del proyecto de vida en común y la separación extrajudicial de bienes

En principio, el núcleo, tanto en el divorcio judicial como en la separación de hecho se encuentra constituido, según la normativa familiar, por la *ruptura del proyecto de vida en común*. Éste, de acuerdo con su propia naturaleza, reúne dos características: Es general, por cuanto en él se pueden englobar a su vez diversas causas, y es extrajudicial, debido a que necesariamente ocurre con anterioridad al juicio de divorcio y, por lo tanto, es independiente de este tanto si se instaura como si no.

⁶⁰⁹ CHECHILE, A., *La separación de hecho entre cónyuges en el Derecho Civil argentino*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pág. 3.

⁶¹⁰ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1969, pág. 8. Respecto de la separación de hecho y el régimen económico matrimonial *vid.* VÁZQUEZ DE CASTRO, L.M., *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*, Civitas, Madrid, 1995; BLANDINO GARRIDO, M.A., *Régimen jurídico de las deudas tras la disolución de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; SEBASTIÁN CHENA, M.S., *La liquidación de la sociedad de gananciales: enfoque práctico de los aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; BLASCO GASCÓ, F., *Instituciones del Derecho Civil: Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Encontrándose debidamente fundado que la ruptura del proyecto de vida en común es esencialmente extrajudicial, no obstante de servir como elemento determinante del divorcio en sede judicial, el codificador ha querido otorgarle una vía que se ajuste a ella regulando el denominado “divorcio notarial”. Éste, al igual que ocurriría en cualquier separación de hecho, requiere la voluntad de los cónyuges de romper el vínculo matrimonial en forma permanente. Sin embargo, al encontrarse limitado a aquellos casos en los que los cónyuges no han procreado hijos ni han adquirido bienes que pueda reputarse gananciales, no cambia en nada la situación de aparente vacío que existe respecto a la comunidad ganancial ante una separación de hecho.

En ese sentido, cabría preguntarse si, con todo, la separación de hecho se encuentra reconocida por el codificador, con los correspondientes efectos liquidatorios de la comunidad ganancial y, en consecuencia, también para la determinación de aquello que será objeto del embargo, en un ámbito extrajudicial. Dicha cuestión encuentra sustento en lo regulado por el artículo 200-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar que dispone que para los casos de separación judicial de bienes -interdicción, mala administración y responsabilidad civil del otro cónyuge- la separación extrajudicial es nula.

Al respecto, realizando una interpretación a *contrario sensu* resultaría viable la separación extrajudicial de bienes para aquellos casos no contenidos en el artículo 200-I del Código de las Familias y del Proceso Familiar, que regula la separación judicial de bienes. Ello, sería aplicable, por ejemplo, a los casos en los que los cónyuges deciden por una incompatibilidad de caracteres, malos tratos, violencia económica, abandono, infidelidad, o cualquier otro motivo no contenido en el citado artículo 200-I, para la procedencia de una separación extrajudicial y consensuada de los bienes gananciales.

Ahora bien, de existir una separación extrajudicial de bienes, ¿Podría capitularse libremente sobre la división de éstos?. Sobre este punto ya mencionamos que, pese a lo regulado por el artículo 177-I del Código de las Familias y del Proceso Familiar⁶¹¹, la jurisprudencia había reconocido la posibilidad de que los cónyuges lleguen a acuerdos con respecto a la distribución de los bienes gananciales⁶¹², siendo expresión de ello en la normativa vigente el acuerdo regulador de divorcio. Sin embargo, a los efectos de la separación de bienes, el referido

⁶¹¹ Este precepto señala que *La comunidad de gananciales se regula por la Ley, no pudiendo renunciarse ni modificarse por convenios particulares bajo pena de nulidad de pleno derecho.*

⁶¹² Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 163/2015 de 10 de marzo de 2015. Disponible en: <http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=8103>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

acuerdo podrá desplegar sus efectos una vez expresada la voluntad de los cónyuges sin necesidad de esperar a un momento posterior, ello, sin perjuicio de los efectos de un posterior divorcio o desvinculación.

Respecto a los créditos, al igual que para la separación judicial de bienes, sería aplicable a la separación extrajudicial lo establecido por el artículo 199-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar. Este precepto señala que *En el caso de separación judicial de bienes, las y los acreedores sólo pueden ejecutar los bienes de la o el cónyuge deudor, por los créditos asumidos de manera posterior a la separación.*

La norma citada es, cuando menos, confusa, pues de su sentido literal se desprende que los acreedores se encontrarán impedidos, en absoluto, de ejecutar los bienes del deudor en virtud de un crédito anterior a la separación judicial. Sin embargo, es importante recalcar que cuando el codificador hace alusión a la “ejecución de los bienes” del cónyuge deudor, lo hace delimitando aquello que será objeto del embargo y posterior venta forzosa y no necesariamente del crédito como tal.

No obstante, la aplicación literal de la norma representa un problema para aquellos créditos que cuentan con una garantía real, pues de ser igualmente anteriores a la separación judicial de bienes se encontrarán, por este sólo hecho, impedidos de afectarse a una ejecución forzosa. Ante esta situación, el acreedor tampoco podrá trabar el embargo ni mucho menos obtener la venta judicial de otros bienes por limitación expresa del artículo 1471 del Código Civil que señala que *El acreedor que tiene prenda, hipoteca, anticresis o privilegio sobre bienes determinados del deudor no puede embargar otros si no somete previamente a venta judicial los primeros.*

La norma en estudio limita su alcance a la ejecución de los bienes del cónyuge deudor, entendiéndose ésta como la realización forzosa de su valor, sin impedir en modo alguno todas aquellas medidas tendientes a su conservación. En ese sentido, no existe óbice alguno para que los acreedores embarguen o realicen actos de conservación de los bienes del cónyuge deudor, incluida su asignación en los bienes gananciales.

En este punto la cuestión sería la siguiente: ¿Qué utilidad tendría un embargo si posteriormente no se podrá realizar la ejecución forzosa?. Ello, adquiere más importancia si, además, se toma en cuenta que la anotación preventiva del embargo se encuentra sujeta al plazo

de dos años y que, en caso de no ser convertida en inscripción definitiva, caducará de pleno derecho.

Por otro lado, también puede darse el caso que, aun cuando el crédito sea anterior a la separación, con motivo de éste se generen otros créditos que tienen existencia autónoma por generarse en causas distintas. Así, por ejemplo, se tiene el caso de los intereses si éstos son debidos o se generan con posterioridad a la declaración de la separación judicial de bienes, o tratándose de la responsabilidad extracontractual emergente luego de la misma.

En cuanto a la posibilidad de los cónyuges de llegar a un acuerdo de división del acervo ganancial en forma distinta a aquella determinada por la ley, ésta encuentra su fundamento en la propia protección que ésta le otorga a la comunidad de gananciales que, una vez extinguida, ya no puede ser objeto de tutela por parte del ordenamiento jurídico. Al respecto, resulta notable el criterio de PARADA VACA quien sostiene que *...la regulación familiar de la comunidad de gananciales y su prohibición de renuncia o modificación rige, únicamente, durante su vigencia lo que hace partibles por igual, a tiempo de disolverse, los bienes adquiridos durante el matrimonio. Antes y después del matrimonio, los bienes les pertenecen a los contrayentes en calidad de particulares y, por tanto, están fuera de la protección que brinda el Estado al matrimonio y la familia. Decretada la separación y, por ende, terminada la comunidad ganancialicia, la relación patrimonial de los cónyuges se rige por la autonomía de la voluntad, pudiendo cada uno disponer de lo que es suyo como mejor convenga a sus intereses. Pactado un acuerdo entre esposos, después de decretada la separación formal, éste debería ser respetado y homologado por los jueces ante quienes se presente*⁶¹³.

Ahora bien, comprendiendo que lo que aquí se pretende es determinar la posibilidad de que los cónyuges lleguen a un acuerdo de liquidación en la separación de hecho, no le serían aplicables los efectos de un divorcio, pues ésta se analiza en un ámbito temporal, tal como ocurre con la separación judicial de bienes. En ese sentido, consideramos que, de existir la separación extrajudicial de bienes, cabe la posibilidad de que los cónyuges capitulen sobre las asignaciones que les corresponden debido a la interrupción a la que será sometida la comunidad ganancial.

⁶¹³ PARADA VACA, O., *La comunidad de gananciales y la disposición de bienes*. Artículo publicado en el diario La Razón el 13 de diciembre de 2011. Disponible en: http://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/comunidad-gananciales-disposicion-bienes_0_1521447909.html. [Consultado el 1 de junio de 2020].

Sin embargo, en el horizonte se presentará un nuevo problema al que, por cierto, tampoco es ajena la separación judicial de bienes: su publicidad.

3.4. *Situación de los créditos antes, durante y posterior a la separación judicial de bienes: Publicidad y perjuicio de los acreedores*

Por efecto de la separación de bienes, cesa el régimen de copropiedad constituida por la comunidad ganancial y los bienes adquiridos con posterioridad son de propiedad exclusiva de cada uno de los cónyuges. Ello se infiere de lo regulado en el artículo 230 del Código de las Familias y del Proceso Familiar según el cual *La separación de bienes cesa por decisión judicial, a demanda de uno o de ambos cónyuges, en ese caso, se restablece la comunidad de gananciales, pero cada cónyuge conserva la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos que le fueron asignados a tiempo de la separación y de los adquiridos durante ésta.*

De acuerdo con el precepto citado, la separación judicial de bienes marcará un antes, un durante y un después de aquella comunidad que alguna vez existió y que, eventualmente, podría restablecerse. Así, la comunidad ganancial quedará constituida *ipso iure* a partir de la celebración del matrimonio y perdurará mientras ninguno de los cónyuges ejercite la acción de separación; si se ejercitase, su declaración interrumpirá la comunidad ganancial permitiendo que durante este lapso los cónyuges puedan adquirir bienes propios de modo directo, y, declarado el cese de la separación, dicha comunidad continuará, sin efectos retroactivos⁶¹⁴.

Es este lapso el que crea una especie de vacío en los derechos de los acreedores sobre la comunidad ganancial como objeto del embargo. Así también, por efecto de éste, los cónyuges no sólo podrán adquirir derechos de modo directo, sino también obligaciones con cargo a su propio patrimonio, sin que ello afecte, en modo alguno, al otro cónyuge.

Si bien la separación judicial de bienes no se identifica con la terminación de la comunidad ganancial, pues la primera no es definitiva y los presupuestos en ambos casos son diferentes, despliega ciertos efectos que son propios de dicha terminación. Ello, resulta de la manera en la que el codificador ha estructurado la separación judicial de bienes, regulándola como una causal de terminación de la comunidad ganancial. No obstante, por las causas

⁶¹⁴ Esto se infiere del texto del artículo 203 del Código de las Familias y del Proceso Familiar que señala: *La separación de bienes cesa por decisión judicial, a demanda de uno o de ambos cónyuges, en ese caso, se restablece la comunidad de gananciales, pero cada cónyuge conserva la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos que le fueron asignados a tiempo de la separación y de los adquiridos durante ésta.*

señaladas anteriormente, no existe identidad debido a la naturaleza, diferente, de cada una de ellas, siendo la separación judicial más propiamente una causa de interrupción que de terminación de la comunidad ganancial.

Sin perjuicio de lo anterior, el efecto común tanto en la separación como en la terminación de la comunidad ganancial será la división o liquidación de la misma. Así se encuentra determinado por el artículo 199-I del Código de las Familias y del Proceso Familiar que señala lo siguiente: *En virtud de la terminación de la comunidad ganancial, cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de sus bienes, incluidos los que le han sido asignados como participación en los comunes, sin comunicar en lo sucesivo las ganancias a la o el otro, pero debe contribuir a los gastos comunes en la proporción que le corresponda.*

Sin lugar a duda, la liquidación de la comunidad ganancial como consecuencia de una separación judicial de bienes traerá consigo una serie de problemas en la determinación de los bienes propios y, con ello, de la garantía general de los acreedores. Al respecto, la solución aportada por el codificador ha sido, en cuanto a su enfoque, bastante simplista, por cuanto en el artículo 199-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar se ha limitado a señalar que *En el caso de separación judicial de bienes, las y los acreedores sólo pueden ejecutar los bienes de la o el cónyuge deudor, por los créditos asumidos de manera posterior a la separación.*

Sobre este punto, pese a que ya mencionamos que en su sentido literal la norma contiene muchas imprecisiones, conviene interpretarla en un sentido amplio con la finalidad de determinar en qué situación se encontrará, en la práctica, la garantía de los acreedores, la responsabilidad de los cónyuges frente los créditos de la comunidad ganancial y los actos de disposición durante la unión matrimonial y posterior a la separación judicial o extrajudicial de bienes.

4. ADQUISICIÓN DE OBLIGACIONES DURANTE LA VIGENCIA DE LA COMUNIDAD GANANCIAL

En principio, el régimen de comunidad ganancial supone una modalidad de condominio, con las particularidades de estar constituido de pleno derecho, ser indivisible y encontrarse afectado a los deberes y las cargas propias del sostenimiento de la familia⁶¹⁵. Esto último, también ha sido recogido por el legislador boliviano quien en el artículo 193 del Código de las

⁶¹⁵ BORDA, G., *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1960, pág. 123.

Familias y del Proceso Familiar ha señalado que *Son responsabilidades familiares con cargo a la comunidad ganancial: a) El sostenimiento de la familia, principalmente en alimentación, salud, educación, vivienda, vestimenta y recreación de las y los hijos, sean éstos de ambos cónyuges o de sólo uno de ellos. b) Las pensiones o asignaciones de asistencia familiar que cualquiera de los cónyuges está obligado por la Ley a dar a sus parientes o afines. c) Los gastos funerarios y de luto.*

Tal es así el alcance de dichas cargas de la comunidad ganancial que, mediante el artículo 191-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar, se establece una presunción legal al señalar que *Los actos de administración que realice uno solo de los cónyuges, que se justifiquen para cubrir las cargas de la comunidad ganancial, se presume que cuentan con el asentimiento del otro mientras no se demuestre lo contrario y surten efectos para ambos.* Asimismo, por disposición de los artículos 195 y 196-II de la misma norma, las cargas de la comunidad se pagan con los bienes de la misma y, en defecto, con los bienes propios de cada cónyuge, y las deudas adquiridas por uno de ellos durante el matrimonio se presumen en beneficio de la comunidad ganancial, salvo prueba en contrario.

Ante tal situación, la garantía general de los acreedores se encontrará determinada según el momento en el que se constituye la relación obligatoria y según la finalidad o destino en el que se emplee el importe percibido por dicho acto. En cuanto al momento, no será lo mismo que la relación se haya consolidado con anterioridad al matrimonio o con posterioridad a éste, pues en el primer caso será indistinto que el importe sea para gastos u otros fines personales o para la familia (sin perjuicio de una unión libre), y en el segundo, entrará en juego, pese a la presunción de beneficio de la comunidad, si el destino era para ella o no. El acreedor, por su parte, no podrá alegar buena fe si es que tenía conocimiento del estado civil del cónyuge que contrae obligaciones a título personal.

Por su parte, de igual manera la situación de la garantía de los acreedores y, por tanto, de lo que será objeto del embargo, se encontrará delimitada por lo antes expresado. En ese sentido, si el derecho de crédito se hubiese originado antes de la relación matrimonial el cónyuge deudor responderá personalmente con todos sus bienes propios y, si hubiese sido durante el

matrimonio, será con cargo a la comunidad ganancial⁶¹⁶, siempre que el otro cónyuge no pruebe que el importe del crédito no fue empleado en beneficio de ésta.

El alcance del embargo *a priori* se encontrará perfectamente delimitado, pues en el primer caso el acreedor no podrá trabar el mismo sobre los bienes de la comunidad ganancial debido a que ésta no se verá comprometida por una deuda personal del cónyuge. No obstante, si en aplicación de la presunción establecida por el artículo 196-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar el acreedor obtiene el embargo de los bienes gananciales, el mismo se encontrará subordinado a una eventual tercería de dominio del otro cónyuge que, una vez estimada, facultaría al acreedor la ampliación del embargo sobre los bienes propios del deudor, al haberse transmutado el crédito de uno ganancial a uno personal.

Ahora bien, la situación no es tan clara tratándose de aquella comunidad que, pese a verse afectada por una separación de hecho, continúa, por disposición legal, constreñida al asentimiento de ambos cónyuges para la realización de cualquier acto de disposición sobre los bienes gananciales. Sobre esta cuestión, CHECHILE, al analizar lo regulado por el Código Civil argentino derogado⁶¹⁷, se ha referido en los siguientes términos: *Sabemos que el artículo 1277, primer párrafo, CCiv., exige el asentimiento del esposo no titular para poder disponer de ciertos bienes gananciales. Este requisito no se altera por la situación de hecho en que se puedan encontrarse los esposos, máxime que todavía no se ha probado quién es el culpable de la separación y, por ende, si tendrá o no derecho a participar sobre ese bien cuando se liquide la sociedad conyugal*⁶¹⁸.

Más adelante, la citada autora añade que ante esta situación el cónyuge propietario tendría la facultad de pedir autorización judicial para realizar los actos de disposición de forma unilateral y sin participación del cónyuge que se niega a prestar su consentimiento para dichos actos⁶¹⁹. En cuanto a este punto, si bien *a priori* el codificador boliviano exige el asentimiento del otro cónyuge, también ha previsto la eventualidad de que, por imposibilidad de otorgar

⁶¹⁶ Respecto a la garantía de los acreedores sobre la masa ganancial KANEFSCCK sostiene que *Más allá de que pensemos que al momento de disolverse la sociedad conyugal se produce una indivisión o las masas se mantienen separadas, lo cierto es que frente al acreedor, en este caso, los bienes no pueden sufrir alteración alguna.* KANEFSCCK, M., «Deudas de los cónyuges. Responsabilidad frente a terceros con posterioridad a la disolución del régimen patrimonial matrimonial. Necesidad de una regulación». Cita online: AR/DOC/7139/2012.

⁶¹⁷ Argentina. Ley 340 de 25 de septiembre de 1869 del Código Civil de la Nación.

⁶¹⁸ CHECHILE, A., *La separación de hecho entre cónyuges en el Derecho Civil argentino*, cit., pág. 212.

⁶¹⁹ *Íbid.*

poder, ausencia del otro cónyuge o por ser imposible el ejercicio de la administración por parte de uno de los cónyuges, el otro cónyuge obtenga la autorización judicial respectiva⁶²⁰.

Al respecto, nótese que nuevamente el codificador boliviano ha regulado tales situaciones de forma bastante genérica pues, si tomamos el primer presupuesto, es decir, la imposibilidad de obtener el poder para realizar los actos de disposición en representación del otro cónyuge, ésta puede deberse a los más variados motivos. Podría darse el caso, por ejemplo, de que el cónyuge no anuente simplemente no quiera otorgar el poder sin expresar motivo o justificación alguna, que se encuentre incapacitado para celebrar cualquier acto o que haya sido declarado interdicto.

Pese a que la norma no lo señala expresamente, consideramos que, cualquiera sea el motivo, éste deberá ser suficiente. En ese sentido, no sería justificable que se autorice la realización del acto de disposición sin anuencia del otro cónyuge debido a que éste se encuentra en otro país, pues bastará con que acuda a cualquier representación consular del Estado boliviano para extender el poder correspondiente, no existiendo, por lo tanto, impedimento alguno.

En cuanto al segundo y tercer presupuesto de la norma en estudio, la ausencia del otro cónyuge o la posibilidad de ejercer la administración, conviene remitirse a los artículos 31 al 38 del Código Civil y 191 del Código de las Familias y del Proceso Familiar. De acuerdo con ello, la ausencia, por los efectos materiales que conlleva, impedirá el asentimiento del otro cónyuge por cuanto la misma supone el desconocimiento de su paradero. Por su parte, respecto a la imposibilidad de ejercer la administración, ésta se deriva de dos situaciones: el sistema de comunidad ganancial y de coadministración⁶²¹ imperante en la normativa familiar y, así como ocurre con el primer y segundo presupuesto, la incapacidad o declaración de interdicción del otro cónyuge, por expresa disposición del artículo 191-IV del Código de las Familias y del Proceso Familiar.

⁶²⁰ Art. 192-I C.F.P.F.

⁶²¹ *ARTÍCULO 191. (ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES COMUNES). I. Los bienes comunes se administran por ambos cónyuges. II. Los actos de administración que realice uno solo de los cónyuges, que se justifiquen para cubrir las cargas de la comunidad ganancial, se presume que cuentan con el asentimiento del otro mientras no se demuestre lo contrario y surten efectos para ambos. III. Si los actos realizados no se justifican en beneficio de la comunidad ganancial y no cuentan con el asentimiento del otro cónyuge, sólo obligan personalmente a la o el cónyuge que los realizó. IV. En caso de ausencia, incapacidad o impedimento de uno de los cónyuges la administración corresponde al otro.*

De acuerdo con todo lo expuesto, cabría preguntarse si, consumada una separación de hecho, ésta sería motivo suficiente para que el otro cónyuge solicite la realización de los actos de disposición sin la participación del otro y cuál sería el destino del dinero obtenido producto de dichos actos. Con respecto a este tema, consideramos que la separación de hecho se enmarcaría en el primero de los supuestos contenidos en el artículo 192-I del Código de las Familias y del Proceso Familiar, es decir, en la imposibilidad de obtener poder del otro cónyuge para realizar por él los actos de disposición.

Sin embargo, por parte del acreedor y, a efectos de proteger sus derechos, cabría que éste exija prueba de la autorización judicial si con anterioridad no existiese la separación judicial o extrajudicial de bienes. De lo contrario, los actos de constitución de sus derechos se encontrarían subordinados a las facultades concedidas al cónyuge no anuente mediante el artículo 192-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar, consistentes en la tercería de dominio, anulabilidad, reivindicación o la obtención del valor de su parte alícuota ganancial.

Por otra parte, en el caso que efectivamente exista una autorización judicial, conviene determinar cuál será el destino del dinero obtenido como consecuencia de un acto de disposición realizado por el cónyuge autorizado. Al respecto, dado el régimen de coadministración y el destino de todo lo obtenido bajo el mismo⁶²², sin perjuicio de la autorización judicial obtenida por uno de los cónyuges, todo el producto integrará inevitablemente la comunidad ganancial. Sin embargo, esto no sería aplicable para el caso de que los actos de disposición se realicen bajo la modalidad de separación extrajudicial de bienes, pese a que su aplicación, como ya vimos, trae problemas respecto a la asignación de dichos bienes y a la publicidad de la separación para ser oponible a terceros.

En cuanto a la publicidad de la separación judicial de bienes, la solución del codificador se encuentra determinada en el artículo 202 del Código de las Familias y del Proceso Familiar al señalar que *La sentencia ejecutoriada que declare la separación judicial de bienes debe inscribirse en el registro público correspondiente, conforme a lo establecido por Ley*. Pese a que de dicho precepto se infiere que la inscripción deberá realizarse en la partida matrimonial

⁶²² BORDA describe la naturaleza de la comunidad conyugal de la siguiente manera: *Se trata de un condominio organizado sobre bases distintas a las que son propias del derecho real del mismo nombre; en otras palabras, es una copropiedad peculiar, de carácter asociativo e indivisible, afectada primordialmente al mantenimiento del hogar, cuya administración ha sido conferida por la ley a uno u otro de los cónyuges, según el origen de los bienes*. BORDA, G., *Manual de Derecho de Familia*, cit., pág. 123.

del Servicio de Registro Cívico⁶²³, los efectos patrimoniales que resultan de una separación de bienes exigirán también la inscripción, a nombre de cada cónyuge, de todos los bienes que les hayan sido asignados como parte de la comunidad ganancial interrumpida.

No obstante, sin perjuicio de la inscripción, la publicidad de la separación de bienes se encontrará determinada por el registro en la partida matrimonial debido al origen ganancial de los bienes asignados. De tal manera, deberán tenerse por propios aquellos bienes que, aun cuando no se encuentren inscritos a nombre de cada cónyuge, fueron asignados por sentencia con calidad de cosa juzgada debidamente inscrita en el Servicio de Registro Cívico.

Respecto a los actos que la ley le faculta al acreedor ante la separación judicial de bienes, conviene partir de lo señalado en la última parte del artículo 201 del Código de las Familias y del Proceso Familiar, del cual se infiere que la procedencia de la separación judicial de bienes se encontrará sujeta al interés de la familia y siempre que no perjudique a terceros. En este punto, cabría preguntarse si los acreedores tienen legitimación para oponerse o impedir la separación judicial de bienes alegando perjuicio en sus derechos y, de ser así, en qué consistiría ese perjuicio.

Por nuestra parte, consideramos que cuando la norma alude a los “terceros” que puedan verse perjudicados por la separación judicial de bienes, se refiere a todos aquellos que, ajenos a la relación matrimonial, ostentan un interés en la comunidad ganancial, pues es evidente que la separación tiene como objeto a dicha comunidad y sus efectos son únicamente patrimoniales. Es por este motivo que el interés, así como el perjuicio que se le pueda provocar, deberá ser igualmente patrimonial y encontrarse directamente relacionado con la comunidad ganancial, siendo su finalidad, justificado en dicho perjuicio, la persistencia de este régimen.

Así, por ejemplo, podríamos citar el caso en el que los cónyuges perciben el precio por la venta de un bien ganancial y, posterior a la separación judicial de bienes, lo destinan cada uno a la compra de bienes propios, habiéndose afectado la garantía de los acreedores por un crédito anterior a dicha separación. Asimismo, cuando habiéndose constituido una garantía real sobre un bien ganancial, sobreviene la separación y con ella la división de la garantía que, de acuerdo con su naturaleza, es indivisible.

⁶²³ Por disposición del artículo 70-I de la Ley Nro. 018 de 16 de junio de 2018 del Órgano Electoral Plurinacional, el Servicio de Registro Cívico (Serecí) tiene a su cargo la organización y administración del registro de las personas naturales, su estado civil, filiación, nacimiento, hechos vitales y defunción, entre otros.

No obstante, lo expuesto anteriormente contrasta con el hecho de que muchas veces es justamente la existencia de un crédito⁶²⁴ causal suficiente para que el otro cónyuge demande la separación judicial de bienes. Al respecto, para la procedencia de esta pretensión el crédito deberá ser atribuible a uno sólo de los cónyuges, pues de ser imputable a ambos el acreedor tendría motivo suficiente para considerar que la separación perjudica a su derecho de crédito debido a que se estaría dividiendo la comunidad ganancial que, en su conjunto, constituye su garantía general.

Entendiendo que la separación judicial de bienes puede ser realizada expreso por los cónyuges para el fraude de sus acreedores⁶²⁵, lo expuesto anteriormente es equiparable al caso de las capitulaciones matrimoniales que modifican el régimen económico familiar en la legislación española⁶²⁶. Ésta, ante la eventualidad de que los cónyuges realicen capitulaciones en perjuicio de sus acreedores ha previsto, a través del artículo 1317 del Código Civil, que *La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.*

Al respecto, BELLO JANEIRO amplía el alcance del precepto citado y sostiene que *...la ineficacia de las capitulaciones puede tener diversos grados, de tal modo que es posible instar la nulidad absoluta o su anulabilidad si la modificación carece de causa, es ilícita o simulada (arts. 1275, 1276 y 1301 CC) y, de igual modo, en línea de principio, el acreedor, que se considere perjudicado por el cambio de régimen económico, puede solicitar la rescisión por fraude (arts. 1111 y 1291/3ª CC)*⁶²⁷. Asimilando dicho entendimiento a la legislación nacional y, siendo evidente que los acreedores tienen interés legítimo para oponerse a la separación judicial de bienes, cabría preguntarse si lo regulado por el artículo 201 del Código de las Familias y del Proceso Familiar de igual manera se amplía a cualesquiera otras pretensiones o medios de defensa de su crédito.

⁶²⁴ Le sería aplicable lo regulado por el inciso a) del artículo 200-I del Código de las Familias y del Proceso Familiar en lo referente a la responsabilidad civil en la que pudiera incurrir el otro cónyuge.

⁶²⁵ Puede ampliarse sobre este tema y los distintos medios de protección del crédito por parte de los acreedores en: VARGAS MENJUNEA, I., *El fraude en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales: mecanismos de defensa para el acreedor perjudicado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

⁶²⁶ El artículo 1325 del Código Civil español señala que *En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo.*

⁶²⁷ BELLO JANEIRO, R., «Impugnación de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en fraude de acreedores. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo», Sala Primera, de 18 de julio de 1991, *Dereito*, vol. 1, núm 1, 1992, págs. 227-251.

Así, por ejemplo, podría darse el caso de que uno de los cónyuges contrae una obligación en forma personal y sin el asentimiento del otro cónyuge con los efectos correspondientes del artículo 191-III del Código de las Familias y del Proceso Familiar⁶²⁸. Posteriormente, con el fin de salvar su parte sobre la comunidad ganancial, el cónyuge no anuente demanda la separación judicial de bienes y adquiere como bien propio, por venta o donación, la parte correspondiente al otro cónyuge.

Ante tal situación, el acreedor, sobre la base del artículo 201 del Código de las Familias y del Proceso Familiar, podrá demandar, en el primer supuesto, la nulidad de la venta entre cónyuges⁶²⁹ y, en el segundo, la acción pauliana o revocatoria⁶³⁰. Asimismo, quedaría facultado a realizar cualquiera de los actos de conservación señalados por el artículo 1444 del Código Civil⁶³¹, así como a la obtención del embargo preventivo sobre la masa ganancial.

A modo de complementación, conviene señalar que, además de los acreedores, podrán existir otros terceros con interés en la conservación del régimen de comunidad ganancial. Al respecto, podría darse el caso de que en virtud de la separación judicial de bienes los cónyuges quieran obtener la asignación proporcional sobre un bien habitado por un tercero. Si éste goza de la posesión pública, continua y de buena fe por el plazo de diez años, quedará facultado para demandar la usucapión, extinguiendo el derecho de los cónyuges y sustrayendo el bien en cuestión de la comunidad ganancial.

5. SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES. LOS CRÉDITOS DURANTE LA INTERRUPCIÓN DE LA COMUNIDAD GANANCIAL

Para analizar la situación de los créditos nacidos durante la interrupción de la comunidad ganancial y los efectos patrimoniales que se generan en ese lapso, conviene remitirse a lo

⁶²⁸ Este precepto señala que *Si los actos realizados no se justifican en beneficio de la comunidad ganancial y no cuentan con el asentimiento del otro cónyuge, sólo obligan personalmente a la o el cónyuge que los realizó.*

⁶²⁹ El artículo 591 del Código Civil señala: *El contrato de venta no puede celebrarse entre cónyuges, excepto cuando están separados en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.*

⁶³⁰ Tratándose de una transferencia a título gratuito, en aplicación del numeral 3) del artículo 1446-I del Código Civil, el acreedor no estaría obligado a probar el conocimiento del perjuicio por parte del tercero.

⁶³¹ Concretamente aquel consistente en la intervención del acreedor en la partición a que fuere llamado su deudor y la oposición a que ella se realice sin su presencia. Al respecto, CABANILLAS SÁNCHEZ al analizar el contenido de los artículos 1317 y 1335 del Código Civil español sostiene que en la invalidez de las capitulaciones matrimoniales celebradas en fraude de los acreedores deben incluirse los casos típicos de nulidad, anulabilidad y rescisión. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Capitulaciones matrimoniales; disolución y liquidación de la sociedad de gananciales; rescisión por fraude de acreedores; embargo», Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, núm. 10, 1986, págs. 3395-3404.

establecido en los artículos 199-II y 203 del Código de las Familias y del Proceso Familiar. El primero de los preceptos establece que en el caso de la separación judicial de bienes los acreedores sólo pueden ejecutar los bienes del cónyuge deudor, por los créditos asumidos por éste con posterioridad a la separación. Ante esta situación, el espectro del embargo alcanzará a los bienes y derechos adquiridos por el cónyuge antes del matrimonio, durante la separación judicial, y a aquellos que, habiendo formado parte de la comunidad ganancial, le fueron asignados como consecuencia de su interrupción⁶³².

Este criterio se ve consolidado por lo establecido en el artículo 203 de la misma norma que señala que, en caso de cesación de la separación judicial de bienes y del correspondiente restablecimiento de la comunidad ganancial, ambos cónyuges conservarán la titularidad de los bienes que les fueron asignados al momento de la separación y de aquellos adquiridos durante la vigencia de ésta. En ese sentido, si bien el codificador utiliza el término “restablecimiento” éste sólo actúa en una esfera puramente jurídica y con efectos a futuro, pues no afecta a los bienes que anteriormente formaban parte de la comunidad ni los restituye a su estado anterior a su división y asignación.

El problema, respecto de aquellos créditos generados durante la interrupción de la comunidad ganancial, se presenta en un ámbito predominantemente temporal. De acuerdo con ello, puede darse el caso de que, restablecida la comunidad, el cónyuge deudor adquiera bienes gananciales por sustitución cuyo origen se remonte al tiempo en el que la comunidad estaba interrumpida, o que, adquiridos durante la interrupción, éste impute el origen de los fondos al tiempo de vigencia de la comunidad ganancial, anterior a la separación judicial de bienes.

Sobre esta cuestión, por analogía habrá que remitirse a la clasificación establecida por el artículo 178 del Código de las Familias y del Proceso Familiar que señala que *Los bienes propios pueden ser obtenidos: a) Por modo directo. b) Con causa de adquisición anterior al matrimonio. c) Donados o dejados en testamento. d) Por sustitución. e) Personales. f) Por acrecimiento.* Este régimen de bienes propios toma como referencia al matrimonio, pues luego

⁶³² Respecto a los efectos patrimoniales de la separación, BERROCAL LANZAROT señala que *En la separación de bienes hay un patrimonio privativo de cada cónyuge separados entre sí. De forma que, a cada uno de los cónyuges le corresponde la propiedad, disfrute, la administración y disposición de sus propios bienes, sin perjuicio de su obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio.* BERROCAL LANZAROT, A.I., «Efectos patrimoniales en el régimen de separación de bienes», Revista crítica de derecho inmobiliario, núm. 763, 2017, págs. 2606-2645.

de éste y salvo en los casos señalados en el citado precepto, todos los bienes adquiridos durante su vigencia se presumirán comunes.

Dicho régimen de determinación de bienes propios también será aplicable al caso en el que, como ocurre con la separación judicial de bienes, la comunidad se encuentre interrumpida. En ese sentido, ante la interrupción de la comunidad ganancial por separación judicial, los bienes propios serán aquellos que cada cónyuge aporta con causa anterior al matrimonio; los adquiridos a título oneroso con posterioridad a la separación judicial de bienes y; aquellos adquiridos por herencia, donación y legado, en cualquier tiempo⁶³³.

Así, remitiéndonos al primero de los supuestos anteriormente mencionados, la adquisición de bienes por el cónyuge deudor durante el restablecimiento de la comunidad ganancial, si el origen de los fondos se imputa al tiempo de su interrupción habrá que aplicar el criterio de la sustitución señalado en el citado artículo 178. Respecto a estos bienes, BORDA señala que *...deben considerarse comprendidos dentro de esta disposición todos los bienes que reemplazan en el patrimonio de los cónyuges a los que se enajenaron a cambio de ellos, pues esa es la ratio legis. Se opera una subrogación real; y por tanto, cada vez que un bien sustituye a otro, ocupa el lugar de éste y tiene su mismo carácter*⁶³⁴.

En aplicación de dicho criterio, el cónyuge deudor podría ampararse en lo regulado por el artículo 199-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar⁶³⁵ y pretender desafectar del embargo un bien propio adquirido mediante permuta, bajo el argumento de que lo obtuvo durante el restablecimiento de la comunidad ganancial y, por lo tanto, con posterioridad al crédito. Sin embargo, si el bien permutado hubiese sido adquirido durante la interrupción de la comunidad ganancial, simplemente se habría operado una subrogación real cuya característica es ambulatoria, por cuanto, sin importar el tiempo, la naturaleza de bien propio seguirá para todos aquellos bienes obtenidos con el producto del primero.

La importancia del producto trasciende al terreno del embargo, pues al representar más propiamente un valor y no un bien corporal (tampoco el embargo, pues éste también se traba con base en un valor y simplemente utiliza un bien corporal como medio), será éste el que

⁶³³ BORDA, G., *Manual de Derecho de Familia*, cit., pág. 124.

⁶³⁴ BORDA, G., *Manual de Derecho de Familia*, cit., pág. 126.

⁶³⁵ Este precepto señala que *En el caso de la separación judicial de bienes, las y los acreedores sólo pueden ejecutar los bienes de la o el cónyuge deudor, por los créditos asumidos de manera posterior a la separación.*

delimite el alcance de la medida. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que el cónyuge deudor hubiese obtenido el pago por la venta de un bien propio de la siguiente manera: Un vehículo como dación en pago parcial y, adicionalmente, la complementación del precio por una suma de dinero. En este caso, el embargo podrá ser trabado sobre el vehículo y también sobre la suma de dinero, por cuanto ambos reúnen la naturaleza de bienes propios que anteriormente tenía el bien subrogado.

Por el contrario, si al producto por la enajenación de un bien propio, el cónyuge deudor le añade una suma de dinero para la adquisición de un bien de mayor valor, el embargo solamente podrá alcanzar hasta el valor de aquel bien. En ese sentido, no podrá extenderse a la suma añadida por el cónyuge por formar parte de la comunidad ganancial, posterior, a la existencia del crédito.

Idéntica solución deberá dársele al supuesto de adquisición de un bien, por parte del cónyuge deudor, durante la interrupción de la comunidad ganancial cuyo origen de los fondos se impute al tiempo de vigencia de ésta. De este modo, si el producto con el que se hubiesen obtenido estos bienes fuese anterior a la existencia del crédito, será indistinto que se hayan adquirido en durante la interrupción de la comunidad, pues siempre le seguirá su naturaleza ganancial.

Tomando como punto de partida la mala fe de los cónyuges y la dificultad de determinar el origen de los fondos con los que se han adquirido los bienes propios, cabría preguntarse si es válida la declaración que realice uno de los cónyuges a favor del otro respecto a la calidad de los bienes. Al respecto, resulta interesante la solución del codificador quien, mediante el artículo 190-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar, ha determinado que *El reconocimiento que haga uno de los cónyuges en favor de la o del otro sobre el carácter propio de ciertos bienes surte efecto solamente entre ellos, sin afectar a terceros interesados.*

A esta previsión del legislador, se suma aquella regulada en el artículo 182-II de la misma norma que dispone que en el caso de los bienes adquiridos con dinero propio o por permuta con un bien propio, deberá acreditarse la procedencia de dichos valores. De ambos preceptos se infiere que el codificador ha previsto la protección del acreedor frente a todos aquellos actos fraudulentos que puedan realizar los cónyuges bajo el régimen de la separación

judicial de bienes⁶³⁶, cuyos efectos, como ya vimos, trascienden a la garantía general de su crédito, constituido por la masa ganancial o, en su caso, por la masa propia de cada cónyuge.

6. RESTABLECIMIENTO DE LA COMUNIDAD GANANCIAL. DETERMINACIÓN DE LOS BIENES PROPIOS DE LOS CÓNYUGES ADQUIRIDOS DURANTE LA SEPARACIÓN

En cuanto al problema que suscita la asignación a cada cónyuge de su parte sobre la comunidad ganancial, así como la determinación de los bienes propios que les corresponden, esto tiene trascendencia tanto en la liquidación de la comunidad por divorcio, como en aquella correspondiente a la interrupción o al restablecimiento de la misma por separación judicial de bienes. Sobre este punto, BORDA ya señalaba que *...en la práctica suelen presentarse situaciones complejas. Puede ocurrir, en efecto, que en un bien propio de uno de los cónyuges se hayan hecho mejoras con dinero ganancial; o que se hayan redimido servidumbres, hipotecas o prendas con fondos comunes; o que los bienes propios se hayan consumido al servicio de la comunidad*⁶³⁷.

En efecto, el restablecimiento de la comunidad ganancial supone la integración de los bienes futuros adquiridos por uno o ambos cónyuges a la misma. Esto trae como consecuencia la determinación del tiempo en el que ocurre tal adquisición, pues como señala el citado autor podría ocurrir que los bienes propios se confundan con los gananciales en virtud del destino que se otorgue a los primeros que -como ya mencionamos anteriormente- no pierden su calidad extra ganancial por este sólo hecho, pues simplemente se operará una subrogación real.

Otro ejemplo de lo anotado se presenta en el caso de depósito de sumas de dinero propio de uno de los cónyuges en una cuenta corriente aperturada durante la vigencia o el restablecimiento de la comunidad ganancial. Al respecto, a modo de comparación, es criterio

⁶³⁶ Ello también alcanzaría a las capitulaciones post-nupciales en las que los cónyuges reconozcan la calidad de bien propio en favor de uno del otro con miras a incumplir una obligación o dificultar su cumplimiento. Al respecto, LABORDA PEÑALVER al analizar la impugnación de la división por parte de los acreedores contenida en el artículo 403 del Código Civil español sostiene que *...en aquellos casos extremos en los que no se pueda seguir el camino de demostrar el carácter ganancial de la deuda por no ser de esta naturaleza, los acreedores privativos del cónyuge deudor deberán impugnar la partición demostrando que la misma se ha hecho en fraude de sus derechos...Es obvio que la acción de impugnación deberá ir dirigida contra ambos cónyuges, se sustanciará en el correspondiente juicio declarativo e irá encaminada a obtener la rescisión de la escritura de capitulaciones matrimoniales y la cancelación de la inscripción del bien "ex ganancial" a favor del cónyuge no deudor, lo cual dejará expedita la anotación preventiva de embargo. LABORDA PEÑALVER, S., «La anotación preventiva de embargo de bienes "ex gananciales"», Revista jurídica de la Región de Murcia, núm. 11, 1990, págs. 73-85.*

⁶³⁷ BORDA, G., *Manual de Derecho de Familia*, cit., pág. 167.

reiterado⁶³⁸ del Tribunal Supremo español que *...el mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos (o más) personas, como norma general lo único que comporta " prima facie ", en lo referente a las relaciones derivadas del depósito irregular en que toda cuenta corriente bancaria se apoya, es que cualquiera de dichos titulares tendrá, frente al banco depositario, facultades del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por si solo, la existencia de un condominio, y menos por partes iguales, sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta (STS 490/1992 de 23 de mayo)*⁶³⁹.

Así pues, conforme a la jurisprudencia citada la titularidad de la cuenta a nombre de ambos cónyuges no implicará por sí mismo el condominio de éstos sobre la totalidad de los fondos. En ese sentido, la propiedad de los mismos se encontrará determinada por el origen, propio o ganancial, que los fondos tengan.

A ello se suma lo expresado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, quien sostiene que *...lo que regula el contrato es exclusivamente la titularidad de la cuenta, con independencia de quien sea el propietario de los fondos que se ingresan en ella o de los valores confiados para su custodia y administración*⁶⁴⁰. No obstante, tratándose de una cuenta corriente abierta durante la vigencia de la comunidad ganancial, por disposición del artículo 190-I del Código de las Familias y del Proceso Familiar también se presumirá la ganancialidad de los fondos, salvo prueba en contrario de su carácter propio a favor de alguno de los cónyuges.

Ahora bien, respecto a la determinación de la cantidad que será embargada de las cuentas corrientes gananciales, ésta se encontrará determinada por las relaciones internas de ambos cónyuges. En ese sentido, si de estas relaciones se prueba el carácter propio total o parcial de los fondos depositados, el embargo únicamente podrá ser trabado sobre dicha cantidad, siendo improcedente el embargo de la cuenta corriente a *prima facie*⁶⁴¹.

⁶³⁸ En el mismo sentido las sentencias de 24 de marzo de 1971, 19 de octubre de 1988 y 8 de febrero de 1991.

⁶³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 490/1992 de 23 de mayo.

⁶⁴⁰ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A., «El embargo de cuentas corrientes. Especialidades que plantea su ejecución telemática centralizada», Indret: Revista para el Análisis del Derecho, núm. 3, 2013, págs. 1-49.

⁶⁴¹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A., «El embargo de cuentas corrientes. Especialidades que plantea su ejecución telemática centralizada», cit., pág. 6.

Sin perjuicio de la determinación de la naturaleza de los bienes, esto es, si son propios o gananciales, la garantía general de los acreedores se encontrará delimitada temporalmente entre la sentencia de separación judicial de bienes y aquella que restablezca la comunidad ganancial, a los efectos de la aplicación del artículo 219-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar⁶⁴². Asimismo, el embargo no solamente alcanzará a los bienes adquiridos durante ese lapso sino también a aquellos que hubiesen resultado de la asignación a cada cónyuge al momento de dictarse la sentencia de separación judicial de bienes.

Sobre este punto, conviene preguntarse si la asignación de la parte alícuota de los bienes gananciales opera por partes iguales o si, por el contrario, también cabe la posibilidad de que los cónyuges capitulen sobre tales asignaciones. Referente a esta cuestión, al igual que ocurre con la liquidación que resulta del divorcio, toda relación patrimonial, incluidas las asignaciones, deberán regirse por la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges⁶⁴³. De lo que indudablemente se infiere la posibilidad de capitular sobre las mismas y, en consecuencia, de que ingresen como bienes propios en la ejecución de los créditos a los que sirven de garantía⁶⁴⁴.

7. SITUACIÓN DE LOS CRÉDITOS FRENTE A LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

Sobre la nulidad matrimonial, BLANDINO GARRIDO refiere que esta *Es la invalidez del vínculo matrimonial derivada de la falta de concurrencia de alguno de los requisitos del matrimonio*⁶⁴⁵. En ese sentido, y atendiendo al principio de especialidad de las nulidades matrimoniales, dichos requisitos para la formación de la relación jurídica matrimonial, así como las causales para su anulación se encontrarán delimitados por la normativa familiar, siendo diferente al régimen propio de la nulidad de los actos jurídicos cuyo efecto es siempre retroactivo.

⁶⁴² Este precepto señala que *En el caso de separación judicial de bienes, las y los acreedores sólo pueden ejecutar los bienes de la o el cónyuge deudor, por los créditos asumidos de manera posterior a la separación.*

⁶⁴³ PARADA VACA, O., *La comunidad de gananciales y la disposición de bienes*, cit.

⁶⁴⁴ Sin embargo, a efectos de su publicidad, será necesaria la inscripción de las capitulaciones matrimoniales en los registros correspondientes, sin perjuicio de lo señalado por RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, quien sostiene que *...la constancia de las capitulaciones en los respectivos registros no es constitutiva del cambio de régimen, pero sí requisito de oponibilidad a terceros.* RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.G., «Cambio de régimen económico matrimonial y embargo de bienes gananciales y privativos: Comentario a la STS de 4 febrero 1999 (RJ 1999, 639)», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 3, 1999, págs. 385-396.

⁶⁴⁵ BLANDINO GARRIDO, M., «La nulidad matrimonial». En: AA.VV., *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio* [En línea], Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

En cuanto al principio de la especialidad, a diferencia de la doctrina de la aplicación de las normas sobre nulidad de los actos jurídicos, ésta supone que no existen otras causales que aquellas previstas expresamente en la ley⁶⁴⁶. Asimismo, pese a que dicha especialidad encuentra su fundamento en las relaciones jurídicas familiares teniendo efectos respecto a aquéllas, también surtirán efectos propios sobre el patrimonio una vez declarada la nulidad del vínculo matrimonial, aunque estos efectos siempre serán *ex nunc*.

Al respecto, a diferencia de lo que ocurre con la nulidad de otros actos jurídicos, la nulidad matrimonial no tendrá un efecto retroactivo en todos los casos, pues conforme señala el inciso c) del artículo 172-I del Código de las Familias y del Proceso Familiar el matrimonio declarado nulo no surtirá efectos excepto con relación a los derechos de terceros que hayan contratado con los cónyuges de buena fe. De acuerdo con ello, el efecto retroactivo sobre los actos patrimoniales que sobreviene como consecuencia de la inexistencia del matrimonio se encontrará restringido para aquellos acreedores que hubiesen desconocido el carácter anulable del matrimonio o, dicho de otro modo, que el matrimonio de sus deudores adolecía de alguno de los vicios que invalidan el mismo.

Debido a que la norma supedita la inaplicabilidad de los efectos de la nulidad con respecto a terceros a los que éstos hubiesen “contratado de buena fe”, este principio deberá encontrarse presente desde el periodo de formación del contrato hasta la ejecución del mismo⁶⁴⁷. En ese sentido, probada la buena fe por parte de los acreedores, en su condición de terceros, la nulidad del matrimonio no afectará los créditos que éstos hubiesen adquirido respecto a los cónyuges.

Superado el examen, por parte de la autoridad judicial, sobre la buena fe de los acreedores, corresponderá delimitar los efectos de los créditos que éstos tengan frente a la comunidad ganancial, dependiendo de que los mismos tengan un carácter quirografario o posean garantía real. En cuanto al primer caso, subsistente la unión matrimonial, en consecuencia, lo será también la comunidad, por lo que en principio los acreedores podrán embargar y sacar a venta judicial todos los bienes que hayan sido adquiridos por los cónyuges durante dicha unión.

⁶⁴⁶ BELLUSCIO, A., «La especialidad del régimen de nulidades matrimoniales», Lecciones y Ensayos, núm. 35, 1967, págs. 9-20.

⁶⁴⁷ NEME VILLARREAL, M., «El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano», Revista de Derecho Privado, núm. 11, 2006, págs. 79-125.

En el caso de los créditos con garantía real, el panorama no varía con respecto a lo anterior, con la única distinción respecto del crédito quirografario de que el embargo y venta judicial se circunscribirá al bien que es objeto de la garantía. Sin embargo, de igual manera quedará subsistente la comunidad, por cuanto ante la insuficiencia de los bienes objeto de la garantía, subsidiariamente podrán embargarse los demás bienes que la conforman por aplicación del artículo 1471 del Código Civil⁶⁴⁸.

Respecto a la buena fe de los acreedores, -conforme al citado inciso c) del artículo 172-I del Código de las Familias y del Proceso Familiar- ésta resulta esencial para que la nulidad del matrimonio no tenga efecto respecto de aquéllos y puedan ejercer todas las acciones legales para el cobro de sus créditos. En ese sentido, de acuerdo con la regla general que dicta que la buena fe se presume⁶⁴⁹, la mala fe deberá ser probada.

Así, con la finalidad de comprender el alcance práctico de la problemática que plantea el artículo 172-I del Código de las Familias y del Proceso Familiar, pasamos a citar el siguiente ejemplo: Piénsese en el caso de que la nulidad del matrimonio es solicitada por uno de los cónyuges aduciendo que el otro ha cambiado su género y su apariencia con anterioridad a la unión matrimonial, recayendo en la causal establecida en el inciso b) del artículo 168-I de la referida norma, relativa a la nulidad del matrimonio por no haberse realizado entre una mujer y un hombre⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ Artículo 1471 del Código Civil: *(Bienes gravados) El acreedor que tiene prenda, hipoteca, anticresis o privilegio sobre bienes determinados del deudor no puede embargar otros si no somete previamente a venta judicial los primeros.*

⁶⁴⁹ Sobre esta regla, el Tribunal Supremo de Justicia, sin asumir una posición propia, se ha limitado a citar lo resuelto por la jurisprudencia colombiana, al señalar que: *...la Corte Constitucional de Colombia, a través de la sentencia Constitucional C-544 de 1994 señaló: "La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe."* Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 449/2013 de 30 de agosto. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2013/as201321449.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁶⁵⁰ Sobre este punto, y con la finalidad de comprender el ejemplo citado, conviene señalar que pese a que el derecho al cambio de género se encuentra recogido en la Constitución Política del Estado y ha sido regulado por la Ley Nro. 807 de 21 de mayo de 2016; en virtud de la Sentencia Constitucional 76/2017 de 9 de noviembre de 2017 se ha declarado la inconstitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo por considerarse que afecta a terceros y que merece un debate democrático entre los distintos actores de la sociedad y el Estado. En ese sentido, aunque desconocemos el criterio del codificador, se ha mantenido en el Código de las Familias y del Proceso Familiar la nulidad del matrimonio bajo la causal de no haberse realizado entre una mujer y un hombre.

Si el acreedor resulta ser amigo personal del cónyuge que ha cambiado de género y, por lo tanto, está enterado de este hecho, no podría alegar buena fe y que no surtan respecto de él los efectos de la nulidad matrimonial, pues conocía de antemano que el matrimonio era nulo. En ese sentido, es aplicable el criterio de la mala fe expuesto por ALFERILLO, quien ha sostenido que *...se configura cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc. relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto jurídico, cuya utilización antifuncional el ordenamiento jurídico reprueba*⁶⁵¹. Así, declarada la mala fe del acreedor, la nulidad del matrimonio surtirá efectos contra aquel, extinguiendo retroactivamente el crédito constituido a su favor por los cónyuges cuyo matrimonio ha sido anulado.

8. DERECHOS Y EXPECTATIVAS DE LOS ACREEDORES EN LA DIVISIÓN DE BIENES GANANCIALES

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, que optan por diferentes regímenes económicos matrimoniales⁶⁵² y otorgan una mayor autonomía de la voluntad a los cónyuges, en el ordenamiento familiar boliviano no se presentan mayores inconvenientes respecto al destino de los bienes gananciales una vez disuelto el vínculo conyugal. Así, por determinación del régimen legal de comunidad de bienes, el destino de éstos siempre será la división en partes iguales de las ganancias, beneficios u obligaciones contraídos durante la vigencia del matrimonio⁶⁵³.

No obstante, pese a lo aparentemente sencilla que resulta la división de los bienes de la comunidad ganancial, este régimen presenta problemas propios que afectan a los derechos de los acreedores y las expectativas que, respecto a ellos, se generan por la conducta de los cónyuges. En ese sentido, abordaremos la forma en la que afectan al crédito contra la comunidad la determinación del pasivo y del activo, el origen del dinero en las cuentas bancarias gananciales, así como las manifestaciones que realicen los cónyuges a favor del otro sobre la calidad de los bienes o las determinaciones sobre el futuro de éstos en sede de división.

⁶⁵¹ ALFERILLO, P.E., «La mala fe en la nulidad del matrimonio», Cuaderno Jurídico Familia – El Derecho, núm. 14, 2011, pág. 5.

⁶⁵² Un ejemplo de ello es lo regulado por el Código Civil y Comercial argentino que establece los regímenes de comunidad y de separación de bienes, pudiendo los cónyuges optar por cualquiera de ellos antes de la celebración del matrimonio [art. 446, inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación].

⁶⁵³ Art. 176-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar.

8.1. Determinación del pasivo y del activo

El objeto de la división se deduce de lo regulado por el artículo 176-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar que señala que: *Disuelto el vínculo conyugal, deben dividirse en partes iguales las ganancias, beneficios u obligaciones contraídos durante su vigencia, salvo separación de bienes*. Así, las ganancias o beneficios pertenecerán al activo de la comunidad y, por el contrario, las obligaciones corresponderán al pasivo de la misma⁶⁵⁴.

Por ganancia, debe entenderse todo aquello que emana del esfuerzo o actividad de los cónyuges y que tiene a acrecentar la comunidad ganancial constituida por éstos⁶⁵⁵. De acuerdo con ello, conforme al texto de los artículos 188 y 189 del Código de las Familias y del Proceso Familiar, pertenecerán al activo:

1. La ganancia resultante del trabajo o de la industria de cualquiera de los cónyuges
2. Los frutos de los bienes comunes o propios de cada cónyuge
3. Los productos de juegos de lotería o azar, siempre que no se trate de los que provienen de sorteo o retención de valores o títulos pertenecientes a uno solo de los cónyuges.
4. Los que se obtengan por concesión o adjudicación por parte del Estado
5. Los que se adquieren durante la unión a costa del fondo común
6. Los aumentos de valor por mejoras útiles hechas en los bienes propios con fondos comunes o por la industria de la o el cónyuge
7. Los inmuebles construidos a costa del fondo común sobre suelo propio de uno de los cónyuges, descontando el valor del suelo que le pertenece

⁶⁵⁴ Respecto a la importancia del pasivo ganancial para la ejecución GASPAR LERA sostiene que *...en la medida en que el patrimonio común carece de personalidad jurídica no puede generar deudas por sí mismo; de ahí que sean los consortes los que vinculan y fijan la responsabilidad de la comunidad conyugal. Luego habrá dos deudores o uno, pero tres posibles patrimonios sobre los que hacer efectiva esa responsabilidad: el común o ganancial y los respectivos privativos de los cónyuges*. GASPAR LERA, S., «Los procedimientos de ejecución forzosa por deudas de persona casada en régimen económico de comunidad: insuficiencias técnicas y sustantivas del sistema», Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, vol. 1, núm. 4, 2011, págs. 45-89.

⁶⁵⁵ Sin embargo, ello también trasciende al pasivo ganancial. Así, DELGADO CORDERO sostiene que el tipo de bienes *...que conforman la sociedad de gananciales. Si entre éstos se encuentran, por definición, los beneficios o ganancias obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges, resulta totalmente coherente que los gastos y cargas derivados de aquellas actividades que provocan un ingreso común, deban ser asumidos por los citados bienes*. DELGADO CORDERO, A.M., «Responsabilidad y embargo de los bienes comunes en el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales: comentario a la RDGRN de 18 de enero de 2007», Revista Aranzadi de derecho patrimonial, núm. 19, 2007, págs. 361-368.

Por el contrario, el pasivo de la comunidad se encontrará condicionado a que el crédito haya sido constituido por ambos cónyuges o, en caso de haberlo sido por uno sólo de ellos, que haya sido constituido en interés de la familia y con el consentimiento del otro cónyuge⁶⁵⁶. En ese sentido, no podrán constituir el pasivo de la comunidad ganancial los créditos constituidos por uno sólo de los cónyuges y que no hayan contado con el consentimiento del otro.

No obstante, la invalidez de los actos constituidos por uno sólo de los cónyuges, que gravan el patrimonio ganancial no es absoluta, pues conforme ya se expuso anteriormente el otro cónyuge también se encuentra facultado para reivindicar la parte que le pertenece u obtener el valor real que, de acuerdo con la naturaleza ganancial de los bienes, le pertenece.

Así lo ha expresado el Tribunal Supremo de Justicia que al respecto ha señalado lo siguiente: *...es evidente que la invalidez del acto de disposición sin que medie el consentimiento de uno de los cónyuges afecta al acto de transferencia como tal, en otras palabras, lo que se invalida es la disposición patrimonial en su conjunto y no únicamente respecto de la parte que correspondería al cónyuge que no dió su consentimiento. Sin embargo, ese entendimiento, debe ser completado con lo expresado en la propia norma, en sentido de que es posible que el cónyuge afectado prefiera reivindicar a título exclusivo la parte que le corresponda del bien dispuesto, para cuyo efecto, es decir para reivindicar o recuperar la parte que le corresponda, necesariamente debe invalidarse la disposición patrimonial que afecta a esa parte; es decir la propia norma habilita al cónyuge interesado, a optar ya sea por la invalidez de todo el acto de disposición o únicamente del 50% que le corresponde a efectos de reivindicar dicha parte a su favor (A.S. Nro. 196/2012 de 28 de junio)⁶⁵⁷.*

De la jurisprudencia glosada se infieren los efectos que, de acuerdo con la actitud por la que opte el cónyuge no anuente, se generarán sobre el crédito constituido a favor del acreedor de la masa ganancial. Así, de optar por la invalidez total del acto, que surge de las facultades otorgadas a los cónyuges por el artículo 192-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar, así como de la literalidad del artículo 194, inc. e) del mismo texto legal; los acreedores

⁶⁵⁶ Art. 194, inc. d) y e) del Código de las Familias y del Proceso Familiar.

⁶⁵⁷ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 196/2012 de 28 de junio de 2012. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2012/as201221196.htm>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

no podrán embargar los bienes gananciales, debiendo circunscribirse únicamente a los bienes propios del cónyuge que constituyó el crédito a su favor.

Por el contrario, si el cónyuge no anuente opta por reivindicar la parte que le corresponde sobre los bienes gananciales, subsistirá el crédito y, en su caso, la garantía general, constituida a favor del acreedor, pero únicamente en la parte del cónyuge que se ha obligado unilateralmente, respondiendo en lo demás con sus bienes propios por la evicción sufrida por el adquirente de dichos bienes. En cambio, de optar el cónyuge no anuente por la obtención del valor real de su parte sobre los bienes que han sido objeto de disposición, la garantía del crédito sobre la totalidad de estos bienes quedará incólume pues ésta ya no se verá afectada debido a que el capital habrá beneficiado a ambos cónyuges, cumpliendo con los fines del régimen de comunidad.

8.2. *Determinación del origen del dinero en cuentas bancarias aperturadas durante la existencia de la comunidad ganancial*

El problema consistente en la determinación de carácter ganancial o propio del dinero introducido en cuentas bancarias cuya titularidad pertenece a ambos cónyuges ha sido resuelto por la jurisprudencia española que, a través de diferentes sentencias, ha sentado la siguiente línea: *El mero hecho de la apertura de una cuenta bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, como norma general, lo único que comporta, prima facie, es que cualquiera de dichos cotitulares tendrá, frente al banco depositario, la facultad de disponer del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí sólo, la existencia de un condominio, y menos por parte iguales, sobre dicho saldo, de los dos (o más) titulares, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta* (SAP de 3 de julio de 2013)⁶⁵⁸.

De acuerdo con la jurisprudencia glosada, la presunción de ganancialidad de los fondos pertenecientes a las cuentas bancarias de titularidad de ambos cónyuges, *a priori*, traslada la carga de la prueba para aquel cónyuge que alegue el carácter privativo de estos fondos. No obstante, esta regla contenida en la legislación nacional en el artículo 190-I del Código de las

⁶⁵⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª) núm. 179/2013 de 3 de julio. JUR 2013\257645.

Familias y del Proceso Familiar admite prueba en contrario, de modo que, una vez opuesta y a efectos de la afectación de los fondos introducidos en cuentas bancarias gananciales, desplazará dicha carga a los acreedores, quienes deberán probar el origen ganancial de los mismos⁶⁵⁹.

Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia, en un caso relativo a esta problemática ha resuelto lo siguiente: *...conforme los de instancia advirtieron que la cuenta N° 2-3730848 que es objeto de discusión, fue aperturada en fecha 31/08/2010 por las partes, es decir, dentro de la vigencia del matrimonio, por lo que, el monto existente en ella es considerado como bien ganancial, llevando implícita la presunción de ganancialidad que establece el art. 113 del Código de Familia (A.S. Nro. 838/2015-L de 28 de septiembre)*⁶⁶⁰. De lo que se desprende que, quien quiera enervar tal presunción, necesariamente debe probar lo contrario por los medios de prueba que la ley establece.

8.3. Expectativas de derechos de los acreedores frente a las facultades contenidas en el artículo 414 del Código de las Familias y del Proceso Familiar

El artículo 414-I del Código de las Familias y del Proceso Familiar señala que *En la ejecución de la división de un bien de propiedad ganancial en partes iguales, cuando ambos hayan manifestado interés en conservarlo pagando el derecho de ganancialidad al otro, la autoridad judicial homologará el acuerdo disponiendo la inscripción en el registro respectivo, también las partes podrán acordar que el bien ganancial pase en propiedad a las y los hijos o en su caso la venta a un tercero*. La situación contenida en el precepto citado refiere a aquella en la que los cónyuges, con miras a la disolución de la unión conyugal, deciden realizar actos de disposición recíproca mediante los cuales reemplazan la división ganancial establecida en la ley por la autonomía de la voluntad⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ En igual posición se encuentra el cónyuge que opone la tercería de dominio para el levantamiento del embargo trabado sobre cuentas bancarias, tal como analizamos en el título correspondiente a la situación de las deudas contraídas por uno sólo de los cónyuges.

⁶⁶⁰ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 838/2015-L de 28 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/civil/C0-2015/as201520838.html> [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁶⁶¹ A lo que conviene añadir el problema de que la liquidación de la comunidad ganancial puede quedar pendiente de forma indefinida si posterior a la disolución los cónyuges no practican la división correspondiente. Al respecto, LUQUE JIMÉNEZ sostiene que *Producida la disolución de la sociedad conyugal, la liquidación puede prolongarse en el tiempo hasta que los bienes se adjudiquen definitivamente a los cónyuges. Durante este período nos encontramos ante un patrimonio en liquidación cuya naturaleza jurídica es discutida: comunidad de bienes ordinaria, comunidad «postganancial», comunidad similar a la hereditaria*. LUQUE JIMÉNEZ, M.C., «Anotación

El fundamento de estos actos de disposición y la consecuente modificación de la división legal de la masa ganancial se encuentra en la pérdida del interés público de la unión matrimonial, pues, como señalamos en el título correspondiente⁶⁶², *...después del matrimonio, los bienes les pertenecen a los contrayentes en calidad de particulares y, por tanto, están fuera de la protección que brinda el Estado al matrimonio y la familia*⁶⁶³. Así, la intención de ambos cónyuges de disolver el matrimonio tendrá como consecuencia la ausencia de protección de aquella unión por parte del Estado.

No obstante, decretada la disolución, la ausencia de protección no será absoluta pues conforme a los derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado⁶⁶⁴ y los tratados internacionales, deberán adoptarse medidas para asegurar la igualdad de derechos entre los cónyuges aún en sede de separación. Así, el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone que *Los Estados parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo...*

Lo anterior, encuentra sustento en que la ruptura del vínculo matrimonial no trae consigo la desprotección de los hijos que hayan sido procreados en la misma o la posibilidad de celebrar convenios sobre los bienes que propicien la desigualdad de los cónyuges o sean contrarios a la buena fe. Sin embargo, mientras esto no se verifique, predominará la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges.

Dicha autonomía, previa o posterior a la disolución del matrimonio, motivará que los cónyuges puedan ceder derechos o se reconozca la calidad de bienes propios a favor del otro, que éstos sean transmitidos en favor de terceros e, incluso, de los hijos. Sin embargo, fuera del ámbito de las relaciones familiares, estos actos no podrán afectar a terceros que tengan interés en la conservación de la masa ganancial. Así, el artículo 190-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar señala que *El reconocimiento que haga uno de los cónyuges en favor de la o*

preventiva de embargo y disolución de la sociedad de gananciales: comentario a la RDGRN de 29 de diciembre de 2005», Revista Aranzadi de derecho patrimonial, núm. 19, 2007, págs. 355-359.

⁶⁶² La ruptura del proyecto de vida en común y la separación extrajudicial de bienes, ver pág. 325.

⁶⁶³ PARADA VACA, O., *La comunidad de gananciales y la disposición de bienes*, cit.

⁶⁶⁴ El artículo 63-I de la Constitución Política del Estado señala que *El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.*

del otro sobre el carácter propio de ciertos bienes surte efecto solamente entre ellos, sin afectar a terceros interesados.

Dicha disposición deberá aplicarse análogamente para todos aquellos actos de disposición que lesionen los derechos de los acreedores cuyo crédito hubiese sido constituido con anterioridad a dichos actos. En ese sentido, los acreedores conservarán todos los medios de protección de su derecho de crédito reconocidos en la ley, entre los que se encuentran, por ejemplo, la acción pauliana y la ejecutiva.

El primer supuesto regulado por el artículo 414-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar, la conservación del bien por parte de uno de los cónyuges, no supondrá la modificación de la responsabilidad patrimonial y el posterior embargo de los bienes gananciales. Al respecto, teniendo presente que la solidaridad de las obligaciones no se presume sino en los casos señalados por la ley, corresponderá la aplicación del artículo 196-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar que establece que *Las deudas de la o el cónyuge contraídas durante la unión conyugal o la unión libre, se presumen para beneficio de la comunidad ganancial y el interés superior de las hijas o hijos si los hubiere, y se cargan a ésta, salvo prueba en contrario.*

En ese sentido, si la deuda fuese contraída por ambos cónyuges consideramos que no sólo operará la presunción establecida por el precepto citado, sino que existirá certeza de que la misma es solidaria y, por tanto, susceptible de satisfacerse con los bienes gananciales. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 196-II refiera a aquellos supuestos en los que la deuda es contraída por uno sólo de los cónyuges, de tal manera que de haberse contraído por ambos o por uno de ellos con anuencia del otro cónyuge, ninguno de ellos podrá alegar lo contrario por aplicación de la doctrina *venire contra factum proprium non valet*, es decir, aquella que refiere a los actos propios⁶⁶⁵.

Esta doctrina ha sido consolidada por el Tribunal Supremo de Justicia al señalar que *Conviene destacar la teoría de los actos propios, según la cual no puede venirse contra los propios actos, negando efecto jurídico a la conducta contraria, siendo inadmisibile que un*

⁶⁶⁵ Ante este supuesto, AGUILAR RUIZ sostiene que *Ambos cónyuges actuarán entonces como partes del proceso de ejecución, debiendo ser demandados ambos si la obligación se hubiera constituido de forma mancomunada; no así cuando la deuda hubiera sido asumida expresamente en forma solidaria...* AGUILAR RUIZ, L., «Ejecución de bienes gananciales por deudas consorciales contraídas por uno de los esposos: oposición del cónyuge no deudor a la traba y embargo de bienes comunes», Revista Aranzadi de derecho patrimonial, núm. 14, 2005, págs. 101-111.

litigante fundamente su postura invocando hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior (A.S. Nro. 591/2014 de 17 de octubre)⁶⁶⁶. Asimismo, el Tribunal Supremo desarrolló sus elementos al considerar que los mismos son: ...1) que la primera conducta sea jurídicamente relevante, válida y voluntaria. 2) que ella produzca objetivamente un estado de hecho que permita generar confianza o expectativas legítimas. 3) que la segunda conducta sea contradictoria o incoherente con la primera y con ella se pretenda ejercer un derecho, facultad o pretensión. 4) que exista identidad entre el sujeto que desarrolló la primera conducta y el que ahora pretende desconocerla con un hecho contrario (A.S. Nro. 158/2014 de 17 de abril)⁶⁶⁷.

Esta doctrina no será aplicable si el acto de disposición consiste en la transmisión de la propiedad, a título oneroso, en favor de los hijos. Ello, debido a que en la práctica dicha transmisión se consolida a través de una venta y, como es común, los hijos no tienen la edad y la capacidad económica para el pago del precio y la correspondiente adquisición del derecho de propiedad sobre los bienes gananciales, pudiendo tacharse este negocio de simulación.

En cuanto a la inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios a la nulidad de los contratos, la jurisprudencia española ha establecido que el presupuesto esencial de esta doctrina es que el acto debe ser susceptible de confirmación. En ese sentido, debido a que sólo pueden ser confirmados los contratos que reúnan los elementos esenciales de consentimiento, objeto y causa, la doctrina de los actos propios no es aplicable en materia de nulidad (STS de 16 de febrero de 2012)⁶⁶⁸.

El presupuesto contenido en el citado artículo 414 del Código de las Familias y del Proceso Familiar, es decir, aquel referido a la voluntad de los cónyuges de que sus bienes pasen en propiedad de sus hijos, debe entenderse como una disposición a título gratuito, pues el ánimo será el de la conservación de estos bienes y su provecho por parte de los hijos engendrados dentro de dicha unión. Sin embargo, frente a los acreedores éste podrá ser un acto que tienda a

⁶⁶⁶ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 591/2014 de 17 de octubre de 2014. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2014/as201421591.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁶⁶⁷ Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 158/2014 de 17 de abril de 2014. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2014/as201421158.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

⁶⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 194/2011 de 16 de febrero de 2012. Rec. 2226/2006.

colocar a los mismos en situación de desventaja, provocando la pérdida de la garantía general que éstos tienen sobre la masa ganancial.

Pese a que se trata de un acto de disposición especial, pues se fundamenta en las relaciones familiares respecto a la disolución del matrimonio, el vínculo de los cónyuges con sus descendientes y la situación de la comunidad ganancial posterior a dicha disolución; éste no deja de formar parte de aquellos actos en perjuicio de los acreedores contenidos en el artículo 1446 del Código Civil.

En ese sentido, consumada la voluntad de los cónyuges de que los bienes pasen en propiedad de sus hijos, corresponde analizar si se cumplen los demás presupuestos contenidos en el precepto citado, es decir, el perjuicio del acreedor; la mala fe, tanto del deudor como del tercero adquirente; y la exigibilidad del crédito.

En el primer caso, el perjuicio de los acreedores de la masa ganancial se evidencia por la reducción del patrimonio de los cónyuges que, mediante la disposición de los bienes a favor de los hijos, reducen esa “garantía general” a la que se encuentra subordinada el crédito de los primeros. Esto también se aplica a la mala fe de los cónyuges en su posición de deudores, pues tienen conocimiento de que su acto ocasionará un perjuicio a sus acreedores ante la reducción de los bienes que garantizan su responsabilidad patrimonial.

Por su parte, resulta aún más controversial valorar la mala fe de los terceros adquirentes, fundamentada en la colaboración que éstos prestan para consumar el fraude de los acreedores⁶⁶⁹. Ello, debido a que en este acto de disposición especial a favor de los hijos, los terceros adquirentes resultan ser -en la mayoría de los casos- menores de edad, cuya incapacidad de obrar, *a priori*, supone también la incapacidad para prestar una colaboración fraudulenta, por la inconsciencia que tienen acerca del perjuicio que provoca dicho acto.

Sin embargo, en la transmisión de la propiedad de los bienes gananciales a favor de los hijos, los acreedores se encontrarán dispensados de probar la mala fe de los terceros adquirentes. Esto se fundamenta en dos aspectos: este acto es esencialmente unilateral y constituye un modo de transmisión de la propiedad a título gratuito.

Se trata de un acto unilateral, pues conforme al texto del artículo 414 constituye una disposición por iniciativa de los cónyuges tendente a definir el futuro de la comunidad ganancial

⁶⁶⁹ PÉREZ GARCÍA, M., *La protección aquiliana del derecho de crédito*, cit., pág. 160.

constituida por ellos mismos, sin exigencia del consentimiento por parte de los hijos⁶⁷⁰. Por su parte, se trata de una transmisión a título gratuito por cuanto de la disposición a favor de los hijos se infiere la voluntad de resguardar los bienes gananciales de la división, el provecho de los hijos sobre estos bienes y su consecuente administración por parte de los cónyuges, en caso de que los hijos sean menores de edad.

En cuanto a la exigibilidad del crédito, su excepción se encontrará en lo regulado por el propio artículo 1446 del Código Civil referido a la insolvencia del deudor y la desaparición o disminución de las garantías con las que contaba el acreedor.

Por su parte, si la disposición de los bienes a favor de los hijos se hiciera en un ámbito extrajudicial previo al proceso de divorcio o durante la sustanciación del mismo, el acreedor podrá optar por la acción pauliana o la nulidad del contrato por simulación. En el primer caso, se aplicarán las reglas antes analizadas, y en el segundo, tratándose de terceros ajenos al acto de disposición de estos bienes, los acreedores tendrán a su favor la amplitud de medios probatorios, por expresa disposición del artículo 545-I del Código Civil⁶⁷¹.

Para el caso de que los cónyuges convengan la venta de los bienes gananciales en favor de un tercero, las reglas de la acción pauliana y el correspondiente embargo de dichos bienes requerirá, a diferencia de la disposición en favor de los hijos, de la mala fe del tercero adquirente. Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que la *concilium fraudis* entre el deudor y el tercero adquirente no se presume, debiendo ser demostrada por el acreedor. Dicho entendimiento se sustenta en el principio general que establece que la buena fe, tanto activa como pasiva de los contratos, se presume, y la mala fe se comprueba⁶⁷².

⁶⁷⁰ En este sentido, corresponderá la aplicación de las reglas referidas a los contratos a favor de terceros, contenidas en el artículo 526 del Código Civil. Este precepto señala que *Es válida la estipulación en favor de un tercero, cuando el estipulante, actuando en nombre propio, tiene un interés lícito en hacerla.*

⁶⁷¹ Este precepto señala que *La prueba de la simulación demandada por terceros puede hacerse por todos los medios incluyendo el de testigos.*

⁶⁷² Tribunal Supremo de Justicia (Sala Civil). Auto Supremo Nro. 449/2013 de 30 de agosto de 2013. Disponible en: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2013/as201321449.html>. [Consultado el 1 de junio de 2020].

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El embargo no limita el poder de disposición del demandado.- La traba del embargo no impide la disposición del bien por parte del demandado, en cambio, ésta se defiere también para la autoridad judicial que ordenó la medida cautelar, creando una especie de coexistencia entre ambos poderes de disposición, el de la autoridad embargante y el del demandado.

Limitar el poder de disposición del demandado supondría otorgar al embargo preventivo un carácter definitivo que sobrepasa su naturaleza cautelar. Sin embargo, a partir de la traba del embargo el poder de disposición del demandado se encuentra subordinado al de la autoridad judicial, por cuanto todo acto de disposición que aquel celebre sobre los bienes embargados se verá absorbido por la venta judicial de los bienes como resultado de la actividad jurisdiccional y de la anulación de la buena fe por parte de terceros adquirentes.

Pese a que una vez ejecutado el embargo tanto la autoridad judicial como el demandado tienen la atribución de enajenar los bienes embargados, las diferencias entre el poder de disposición de uno y otro se manifiestan en su fuente, régimen jurídico y modos de extinción. De acuerdo con ello, el poder de disposición de la autoridad judicial se origina únicamente en el proceso judicial que sirve de mérito al embargo preventivo, mientras que el poder de disposición del demandado se origina en los modos ordinarios de adquirir la propiedad regulados por la ley y dimanantes de un acto o hecho extraprocesal.

Por otro lado, debido a que el poder de la autoridad judicial se origina en el proceso, su ejercicio se encuentra condicionado por este último, de manera que no podrá vender los bienes a su libre arbitrio ni señalar un precio distinto a aquella base establecida por las propias reglas procesales. Asimismo, a diferencia del poder de disposición del demandado, el de la autoridad judicial se extingue por los modos de extinción del proceso o por aquellos regulados para las medidas cautelares.

SEGUNDA. La cancelación de los actos jurídicos constituidos con posterioridad al embargo es contradictoria con su carácter provisional.- La cancelación de los actos de disposición posteriores al embargo, regulada por el artículo 414-II del Código Procesal Civil, desnaturaliza a esta medida cautelar y le otorga efectos definitivos que, como se mencionó anteriormente, sobrepasan la finalidad de esta clase de tutela. A ello se añade que la posibilidad

de cancelar los actos que se inscriban con posterioridad al embargo a sola petición del embargante también resulta contradictoria con los efectos de la anotación preventiva (asiento por el que el embargo accede al registro), por cuanto ella únicamente otorga publicidad a actos no consolidados o cuya existencia es provisional.

Por otro lado, el precepto analizado genera indefensión e inseguridad jurídica para los terceros que constituyan otras garantías reales sobre los bienes embargados. Así, mediante su cancelación por el sólo hecho de pesar sobre ellos un embargo previamente anotado se desconoce la prelación que tendrían otros acreedores que potencialmente puedan embargar el sobrante y obtener la satisfacción de sus respectivos créditos, u obtener la prioridad ante la extinción del embargo por cualquier otra causal distinta de la realización de los bienes embargados.

TERCERA. La inembargabilidad del salario es un supuesto de inembargabilidad relativa.- La inembargabilidad del salario, regulada por el artículo 48-IV de la Constitución Política del Estado, encuentra su fundamento en la protección de la vida digna del trabajador y de la de su entorno familiar. Sin embargo, esta causal constituye un supuesto de inembargabilidad relativa, por cuanto el salario será excepcionalmente embargable bajo el mismo criterio por el que la ley lo considera inembargable, que no es otro que las necesidades de los miembros de su familia representada por la petición de asistencia familiar.

El citado precepto constitucional señala la inembargabilidad de los sueldos y salarios devengados, lo que lleva cuestionarse si, por el contrario, aquellos que no sean devengados resultan embargables. Al respecto, teniendo en cuenta que la inembargabilidad se fundamenta en la vida digna del trabajador y de su familia, que el salario puede ahorrarse incrementando el patrimonio del trabajador, y que con él comúnmente éste adquiere otros bienes que son potencialmente embargables, la norma resulta restrictiva y coloca en una situación de desigualdad al embargante respecto de aquel.

Asimismo, el precepto constitucional se aparta considerablemente del criterio de protección al salario regulado por los tratados internacionales que rigen la materia. Así, el artículo 8.1 del Convenio sobre la protección del salario de la OIT señala que *Los descuentos de los salarios solamente se deberán permitir de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites fijados por la legislación nacional...*, de lo que se infiere que la protección al salario no

es absoluta, reservándose a una prerrogativa al Estado para fijar los límites de aquella y el porcentaje embargable.

Ante esta tesis, el embargante no podrá embargar los sueldos y salarios devengados aun cuando éstos resulten exorbitantes o suficientes para garantizar la vida digna del trabajador, con el correspondiente menoscabo de su derecho de crédito. Sin embargo, si los sueldos y salarios ya han sido cancelados y se incorporan al patrimonio del trabajador en incremento del mismo, éstos serán embargables por cuanto además cumplen con los caracteres de alienabilidad y patrimonialidad. Lo mismo se aplica a aquellos bienes adquiridos por el trabajador con su sueldo o salario, pues amén de ser resultado de una suma no devengada, su condición de inembargable no es ambulatoria ni persigue a todos los bienes adquiridos con el salario.

CUARTA. El embargo es improcedente para las obligaciones condicionales, pero su crédito puede protegerse mediante los actos de conservación.- En las obligaciones condicionales no es posible trabar el embargo, en primer lugar, porque éste requiere el incumplimiento de la obligación, y en segundo, porque se trata de una medida destinada a la ejecución y es, por tanto, distinta de aquellas medidas de conservación. En ese sentido, mal podrían denominarse medidas precautorias aquellas reguladas en el artículo 1444 del Código Civil, debido a que, a diferencia del embargo y todas las demás medidas cautelares, suponen que la obligación está pendiente y en consecuencia la imposibilidad de realizar actos de ejecución.

De este modo, el acreedor únicamente podrá realizar los actos de conservación correspondientes para una eventual ejecución. Estos actos presentan dos notas distintivas: pueden obtenerse sin auxilio jurisdiccional, constituyendo un modo de autotutela, y, pese a que tienden a garantizar una eventual ejecución, esto sólo ocurre de forma indirecta por cuanto es posible que la misma no llegue a instarse.

Así, en caso de llegarse a una ejecución, los actos de conservación podrán ser preludio de un futuro embargo. En consecuencia, la inscripción de hipoteca o anticresis tiene como finalidad la constitución del derecho de persecución que otorga a su titular la facultad de embargar los bienes afectados a la garantía; la interrupción de la inscripción la de mantener la responsabilidad patrimonial del deudor; el inventario de los bienes para individualizar los bienes que estarán sujetos a la ejecución; en el beneficio de separación de patrimonios delimitar la responsabilidad patrimonial en el patrimonio del causante, entre otras medidas conservativas.

QUINTA. No es posible extender el embargo a los cánones de arrendamiento devengados con posterioridad a su traba.- Por el carácter divisible de su prestación y el sistema de constitución en mora establecido por el Código Civil boliviano, el incumplimiento del contrato de arrendamiento, en cuanto al pago de los cánones, facultará al acreedor a iniciar el correspondiente proceso ejecutivo por aquellas prestaciones insatisfechas por el arrendatario. En consecuencia, la sentencia que ordene el pago de éstos y su correspondiente ejecución estará delimitada a aquella suma que demanda el arrendador, quedando fuera de su ámbito aquellas prestaciones pendientes de cumplimiento.

Lo anterior obliga al arrendador a interponer tantos procesos ejecutivos como cánones hubiese incumplido el arrendatario. En ese orden de ideas, de igual manera deberán ejecutarse tantos embargos como procesos se hubiesen abierto por parte del arrendador, lo que limita el alcance cuantitativo de cada uno de ellos a las cuotas o cánones concretamente exigidos por el arrendador suponiendo el eventual reembolso de sus bienes.

SEXTA. El embargo preventivo en las pretensiones reales se encuentra justificado por el derecho de persecución otorgado al titular de un derecho real.- La inclusión de las pretensiones reales como presupuesto del embargo preventivo en la actual norma procesal se justifica en el derecho de persecución que los derechos reales otorgan a sus titulares y en la mayor rigurosidad de aquel respecto a otras medidas cautelares como la anotación preventiva. De acuerdo con ello, por el derecho de persecución podrá defenderse frente a cualquiera la existencia o el ejercicio de un derecho real sobre los bienes señalados por el demandante, y por la rigurosidad del embargo, su anotación generará en favor de aquel no sólo la publicidad de su pretensión, sino también la posibilidad de desapoderar de los bienes al demandado en el caso que el embargo no fuese suficiente.

Por otro lado, el embargo preventivo para la tutela de pretensiones reales también se sustenta en la ausencia de dependencia que éste presenta frente al registro de la propiedad. Así, mientras que la anotación preventiva de demanda, como su propio nombre lo indica, únicamente se tiene por constituida mediante su acceso al registro, el embargo, amén de su eventual anotación, surte efectos entre el demandante y el demandado a partir de su traba sobre los bienes de este último.

En ese contexto, el embargo preventivo se verá más reforzado respecto a la anotación preventiva de demanda por cuanto todas las causas de extinción de ésta no necesariamente serán

aplicables a aquel. Al respecto, modos de extinción como la caducidad o la nulidad de la anotación no tendrán, en cuanto al embargo, más efecto que la pérdida de su publicidad frente a terceros sin que ello afecte la eficacia de la medida cautelar entre las partes del proceso.

SÉPTIMA. El embargo preventivo para el cumplimiento de una venta con reserva de propiedad encuentra su fundamento en el crédito del vendedor.- Los bienes sobre los cuales el deudor ha celebrado una venta con reserva de propiedad resultan inembargables, salvo que el embargo tenga como causa el incumplimiento de este contrato y sea solicitado por el comprador. En ese sentido, pueden presentarse las siguientes situaciones:

1. Que el comprador embargue el bien que ha sido objeto de la venta con reserva de propiedad como consecuencia del incumplimiento del vendedor de entregarle a aquel la posesión del mismo, fundado en la causal regulada por el artículo 326-I, núm. 5 del Código Procesal Civil.
2. Que un tercero embargue el bien que ha sido objeto de venta con reserva de propiedad en favor del comprador y que, por tanto, aun se encuentra inscrito a nombre del vendedor que a su vez es deudor del tercer embargante, caso en el cual el comprador podrá oponerse al embargo.

La inembargabilidad no resulta de la inexistencia de titularidad en favor del deudor que se ha reservado la propiedad, sino de la naturaleza de su derecho que en este tipo de negocios jurídicos se transforma de uno de naturaleza real a otro de naturaleza personal. Ello abre otra vía para el embargo: el derecho de crédito en favor del deudor, representado por el pago de las cuotas pendientes por parte del comprador.

Lo anterior trae a colación un modo de prenda pretoria según la cual el acreedor ejercitará los derechos que le corresponden al deudor para la satisfacción total de su crédito. Así, el embargo de las cuotas debidas por el comprador en reserva de propiedad deberá ejecutarse siguiendo el criterio establecido por el artículo 411-II del Código Procesal Civil, es decir, mediante la notificación de aquel con la medida cautelar.

OCTAVA. Los herederos por representación no responden por las obligaciones del causante.- Asumiendo que el sistema sucesorio boliviano adopta la responsabilidad *ultra vires*, pese a ello, los acreedores del causante no podrán embargar los bienes propios de los herederos por representación. En ese sentido, la responsabilidad patrimonial únicamente

alcanzará a los bienes relictos del causante, debiendo circunscribirse sólo a éstos el embargo solicitado por los acreedores.

Así, no resulta aplicable a los herederos por representación la regla establecida por el artículo 1030 del Código Civil según el cual *Por efecto de la aceptación pura y simple, el patrimonio del de cujus y el patrimonio del heredero se confunden y forman uno sólo, cuyo titular es éste último...* Su inaplicabilidad resulta del hecho de que el heredero por representación no acepta la herencia a nombre del causante sino justamente en representación (de ahí el término) de aquel que estaba llamada a la sucesión y que por cualquiera de las causas señaladas por la ley no puede o no quiere suceder.

De acuerdo con lo anterior, los bienes del causante se transmiten directamente a los herederos por representación, de manera que éstos no son responsables por las obligaciones del causante, adquiriendo bienes que le pertenecen a aquel, pero a título propio. En consecuencia, si bien el sistema impone la responsabilidad *ultra vires*, para los herederos por representación excepcionalmente dicha responsabilidad será *intra vires*, quedando a salvo el beneficio de separación de patrimonios en favor de los acreedores del causante.

NOVENA. La separación de hecho es una causal de disolución de la comunidad ganancial y la responsabilidad patrimonial de ambos cónyuges alcanza a los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión.- Resulta imprescindible considerar la inclusión de la separación de hecho como causa de extinción de la comunidad ganancial, por cuanto su falta de regulación permite el abuso del derecho por parte de cualquiera de los cónyuges en perjuicio del otro. Al respecto, pese a existir una separación de hecho, la continuidad del matrimonio en el registro posibilitaría que los acreedores amplíen la responsabilidad patrimonial a los bienes de cualquiera de los cónyuges en virtud de la presunción de ganancialidad establecida por el artículo 196-II del Código de las Familias y del Proceso Familiar.

De acuerdo con lo anterior, el único medio de defensa del cónyuge que ve afectados sus bienes con un embargo como consecuencia de obligaciones contraídas por el otro cónyuge en el lapso de la separación de hecho será la tercería de dominio, fundada en la ausencia de consentimiento por parte de aquel. De ahí que sea necesaria la regulación de la separación de hecho como causa de extinción de la comunidad ganancial, pues sólo así la responsabilidad patrimonial del cónyuge deudor se encontrará adscrita a sus bienes propios, en protección de los bienes adquiridos por el otro causante en dicho lapso.

Conclusiones

En ese sentido, resultan aplicables las reglas contenidas por la normativa familiar para los créditos contraídos durante la separación judicial de bienes. Así, la responsabilidad patrimonial alcanzará a los bienes comunes de ambos cónyuges durante la vigencia de la unión (sin perjuicio de probarse la ausencia de consentimiento por parte del otro cónyuge), y en el lapso de la separación dicha responsabilidad únicamente alcanzará a los bienes propios de cada cónyuge, delimitando su embargo a éstos últimos.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Tratado de los Derechos de Garantía (Tomo I)*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

ADAME LÓPEZ, A., «La autodefensa y el derecho de retención». En: AA.VV., *Homenaje al doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, págs. 1-13.

AGUILAR RUIZ, L., «Ejecución de bienes gananciales por deudas consorciales contraídas por uno de los esposos: oposición del cónyuge no deudor a la traba y embargo de bienes comunes», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 14, 2005, págs. 101-111.

ALARCÓN FLORES, *Principios registrales, procedimiento registral, anotaciones preventivas, bloqueo registral*. En: *Monografías.com*. Disponible en: <https://www.monografias.com/trabajos16/derecho-registral/derecho-registral.shtml>.

ALEXY, R., «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, págs. 11-29.

ALFERILLO, P.E., «La mala fe en la nulidad del matrimonio», *Cuaderno Jurídico Familia – El Derecho*, núm. 14, 2011.

ALTERINI, M.E., «El embargo como derecho real procesal», *Revista del Notariado*, núm. 879, 2005 págs. 85-109.

ALVARADO VELLOSO, A., «El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión». En: *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal* [En línea]. Disponible en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/35adolfo-alvarado-velloso.pdf>.

ALVARADO VELLOSO, A., *Las cautelas procesales. Crítica a las medidas precautorias*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

AMENGUAL VILLALONCA, M., «La aceptación y adjudicación de herencia: Aspectos prácticos de interés. Especial atención a la “aceptación” por los acreedores del heredero». En: AA.VV., *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Dykinson, Madrid, 2014.

ARAZI, R. *et al*, *Medidas cautelares*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L., «Derecho de representación sucesoria y repudiación: estudio sobre la operatividad del derecho de representación en el Código civil español, en caso de repudiación del sujeto llamado a una herencia», *Anuario de derecho civil*, vol. 65, núm. 1, 2012, págs. 103-271.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L., «El art. 814.3 CC y los descendientes del descendiente instituido heredero pero premuerto al ascendiente testador, cuando aquellos no figuran mencionados en tal testamento. Reflexiones para una interpretación distinta de aquella norma», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 46, 2018.

ARMANDO DE HOZ, M., «Adquisiciones *a non domino*». Disertación pronunciada por el autor durante la Sesión Pública de la Academia Nacional del Notariado celebrada el lunes 5 de diciembre de 2005. Disponible en: <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/48674.pdf>.

ARNAIZ EGUREN, R., «La anotación preventiva de embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero: su eficacia en la determinación de la ejecución respecto de titulares registrales posteriores a ella», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 666, 201, págs. 1555-1586.

ARRUDA ERICEIRA, C.M., *A penhora sobre posse de bem imóvel*. Brasília-DF: 30 de junio de 2014. Disponible en: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40003/a-penhora-sobre-posse-de-bem-imovel>.

ARRUÑADA, B., *La contratación de derechos de propiedad: Un análisis económico*, Servicios de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2004.

BALBOA BERNAL, C., *Regular los bienes gananciales dentro la separación de hecho*. Tesis de grado. Director: Dr. Félix Paz Espinoza. Universidad Mayor de San Andrés, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2013.

BAREA MEDRANO, E., «La buena fe como requisito *sine qua non* en la preferencia registral inmobiliaria», *Ciencia y Cultura*, núm. 35, 2015, págs. 9-32.

BARONA VILAR, S., *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil: Una necesidad ineludible*, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2010.

BARONA VILAR, S., «El proceso cautelar en el nuevo Código Procesal Civil, un paso esencial en la tutela de los ciudadanos», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, págs. 16-69.

BELLO JANEIRO, R., «Impugnación de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en fraude de acreedores. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 18 de julio de 1991», *Dereito*, vol. 1, núm 1, 1992, págs. 227-251.

BELLUSCIO, A., «La especialidad del régimen de nulidades matrimoniales», *Lecciones y Ensayos*, núm. 35, 1967, págs. 9-20.

BENAVENTE MOREDA, P., «Embargo de bienes gananciales tras la disolución de la sociedad de gananciales y antes de su liquidación: Comentario a la RDGRN de 9 octubre 1998 (RJ 1998, 7721)», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 3, 1999, págs. 375-384.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil*. Editorial Aranzadi, S.A.U., 2009.

BERROCAL LANZAROT, A.I., «Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762, 2017, págs. 1964-2005.

BERROCAL LANZAROT, A.I., «Efectos patrimoniales en el régimen de separación de bienes», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 763, 2017, págs. 2606-2645.

BLANDINO GARRIDO, M.A., *Régimen jurídico de las deudas tras la disolución de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

BLANDINO GARRIDO, M.A., «La nulidad matrimonial». En: AA.VV., *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

BLASCO GASCÓ, F. *et al*, *Derecho Civil. Obligaciones y contratos* (VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

BLASCO GASCÓ, F., *Instituciones del Derecho Civil: Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

BLASCO GASCÓ, F., *Instituciones del Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

BORDA, G., *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1960.

BORDA, G., *Tratado de Derecho Civil: Derechos Reales, Vol. 1*, Abeledo-Perrot, 1992.

BOSSERT, G.A y ZANNONI, E.A., *Manual de derecho de familia*, Astrea, 6º Ed., Buenos Aires, 2004.

BRODSKY, J., «La constitución en mora del deudor en el Derecho argentino», Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja, vol. 7, núm. 9, 2012, págs. 7-29.

BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 7º Ed., Buenos Aires, 1991.

BUSTAMANTE SALAZAR, L., «El efecto extintivo de la confusión en la enajenación de la herencia por un título oneroso», Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, núm. 19, 1998, págs. 371-381.

CABANELLAS DE TORRES, G., *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993.

CABANELLAS DE TORRES, G., *Diccionario de derecho romano y latines jurídicos*, Editorial Heliasta, 2007.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Capitulaciones matrimoniales; disolución y liquidación de la sociedad de gananciales; rescisión por fraude de acreedores; embargo», Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, núm. 10, 1986, págs. 3395-3404.

CACHÓN CADENAS, M.J., *El embargo*, Bosch, Barcelona, 1991.

CALAMANDREI, P., *Providencias cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1984.

CAMBIASSO, S., «Los artículos 61 de la Ley Registral y 380.6 del CGP y temas conexos», Revista AEU., vol. 92, núm. 7-12, 2006, págs. 181 – 220.

CARBALLO PIÑEIRO, L., «Acción pauliana e integración europea: una propuesta de ley aplicable», Revista española de derecho internacional, vol. 64, núm. 1, 2012, págs. 43-72.

CARRASCO PERERA, A., «Sociedad de gananciales. Tercería de dominio. Deudas comunes y deudas privativas. Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales», Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, núm. 12, 1986, págs. 4005-4016.

CARRASCO PERERA, A. *et al*, *Tratado de los Derechos de Garantía (Tomo I)*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009. BIB 2008/3130.

CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957.

CASERO LINARES, L., *El embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2011.

CAVANI, R., «Verosimilitud, probabilidad: ¿Da lo mismo? Un diálogo con Piero Calamandrei, Michelle Taruffo, Daisson Fach y Daniel Mitidiero». En: *Direito probatório* (FÉLIX JOBIM, M. y SANTOS FERREIRA, W. coords.), Jus Podivm, Salvador, 2015, págs. 807-825.

CERDÁ GIMENO, J., *Medios indirectos de protección del derecho de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

CHECHILE, A., *La separación de hecho entre cónyuges en el Derecho Civil argentino*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

CHIAPPINI, J., «El adquirente de un bien embargado, ¿por cuánto responde?», *El Derecho*, núm. 254-759, 2013.

CONDOMINES POLL, E., «La opción de compra y la anotación preventiva de embargo en la tercería de dominio», En: AA. VV., *Estudios sobre derecho procesal*, vol. 2, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1996, págs. 1531-1566.

CORREA DELCASSO, J.P., «El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista xurídica galega*, núm. 26, 2000, págs. 271-294.

CRESPI FERRER, L., «El embargo de bienes gananciales: problemática procesal: (examen del art. 541 de la LEC)», Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, núm. 20, 2003, págs. 23-46.

DAMIÁN DEL CASTILLO MORAGO, J., «La colación Hereditaria», Diario La Ley, núm. 9034, 2017.

DE BENEDETTO, E.G., «Cementerios privados», Revista de Derechos Reales y Registral, núm. 6, 2017. Cita online: IJ-CDLXIX-37.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1969.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., «Compraventa con reserva de propiedad», Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, núm. 51, 1997, págs. 353-386.

DE LA RICA Y ARENAL, R., «Meditaciones hipotecarias. La buena fe y la publicidad del registro», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 256, 1949, págs. 537-562.

DE LA ROCHA GARCÍA, E., *Embargos y tercerías: en la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, en los procedimientos penales y laborales, en los procedimientos de apremio por deudas a la Hacienda Pública y Seguridad Social*, Comares, Albolote (Granada), 2002.

DELGADO CORDERO, A.M., «Responsabilidad y embargo de los bienes comunes en el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales: comentario a la RDGRN de 18 de enero de 2007», Revista Aranzadi de derecho patrimonial, núm. 19, 2007, págs. 361-368.

DÍAZ ROBLEDO, F., «Contrato de compraventa en forma verbal y su posibilidad del embargo para su escrituración – Comentario Breve», El Derecho, núm. 187-634.

DI TULLIO, J.A., «Actualidad en Derecho Procesal Civil», APC 2013-6, núm. 768. Cita online: AR/DOC/5502/2013.

DÓMENECH GARRET, M.C., *Resumen técnico: Acción de repetición*, Tirant lo Blanch, 2009.

DÓMENECH GARRET, M.C., *Resumen técnico: Adjudicación por subasta en la LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 146. Efectos sobre los créditos concursales», En: AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal*, Lex nova, 2004.

ECHEVERRÍA SUMMERS, F., «DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PROPIETARIOS». EN: AA.VV., *MEMENTO PROPIEDAD HORIZONTAL*, FRANCIS LEFEBVRE, MADRID, 2017, (1090).

ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C., *Anotaciones preventivas de embargo, prelación de créditos y transmisiones a terceros*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Efectos registrales y sustantivos de la caducidad de la anotación preventiva de embargo: Comentario a la STS de 31 mayo 2002 (RJ 2002, 5024)», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 13, 2004, págs. 377-389.

ESPINOSA DE RUEDA JOVER, M. «Naturaleza jurídica de la anotación preventiva de embargo; eficacia frente a actos dispositivos posteriores», *Anales de Derecho*, núm. 9, 1986, págs. 277-282.

FARAONI, F.E. y SQUIZZATO, S.M., «El embargo preventivo: una medida provisional relativa a los bienes en el divorcio», *La Ley*, núm. 4, 2017. Cita online: AR/DOC/3786/2016.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J., «Estudio comparado de la impugnación de actos jurídicos realizados en fraude de acreedores», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 13, 1995, págs. 39-66.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J., «La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 20, 2002, págs. 35-53.

FERNÁNDEZ CARRON, C., *La tercería de mejor derecho*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

FERNÁNDEZ CARRON, C., «El embargo de bienes (III): las tercerías de dominio y de mejor derecho». En: *El proceso de ejecución forzosa: problemas actuales y soluciones jurisprudenciales* (GUTIÉRREZ BERLINCHES, A. coord.), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2015.

FUENTES DEVESA, R., «Los apremios administrativos y concurso: Los embargos indiscriminados», en AA. VV., *El procedimiento concursal en toda su dimensión*. (MARTÍN MOLINA, P., CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J. y LOPO LÓPEZ, M., coords.) Dykinson, Madrid, 2014.

FUENTES SORIANO, O., «La inscripción constitutiva de la hipoteca: Su importancia para la ejecución», *Anales de la Universidad de Alicante*, núm. 8, 1993, págs.247-264.

FUSHIMI, J.F., «Hacia la necesaria declaración de inembargabilidad de las cuentas bancarias. O la muerte civil por imposibilidad de llevar adelante cualquier actividad económica», *RDCO*, núm. 145, 2020 (febrero). Cita online: AR/DOC/151/2020.

GARBARINO SARAVIA, A., «La individualización de las personas físicas y el embargo genérico», *AEU*, vol. 92, núm. 7-12, 2006, págs. 245-257.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. *et al*, Comentario al artículo 629 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en: *Estudios y Comentarios Legislativos. El Proceso de Ejecución Forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, SA, 2013.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. Y BUITRÓN RAMÍREZ G., *La tercería de mejor derecho*, Bosch, Barcelona, 2008.

GARCÍA-BERBEL MOLINA, C., *La herencia sin legitimarios*, La Jurídica, Barcelona, 2019.

GARCÍA GOLDAR, M., «La responsabilidad del heredero por deudas sucesorias en el código civil español y en los derechos autonómicos», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019, págs. 248-295.

GARCÍA PÉREZ, C. *et al*, *Los créditos con privilegios generales: supuestos y régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2009.

GARCÍA VILA, J., *El embargo y la titularidad de los bienes embargados*, Dykinson, Madrid, 2012.

GASCÓN INCHAUSTI, F., «Embargo de bienes y sociedad de gananciales», *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, núm. 7, 2001, págs. 55-68.

GASPAR LERA, S., «Los procedimientos de ejecución forzosa por deudas de persona casada en régimen económico de comunidad: insuficiencias técnicas y sustantivas del sistema», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 1, núm. 4, 2011, págs. 45-89.

GIANNINI, L., «Verosimilitud, apariencia y probabilidad. Los estándares atenuados de prueba en el ámbito de las medidas cautelares», *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales U.N.L.P.*, vol. 10, núm. 43, 2013, págs. 260-266.

GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Diccionario jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1983.

GONZÁLEZ GOZALO, A., «La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción», *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 1, 2002, págs. 2261-2306.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A., «El embargo de cuentas corrientes. Especialidades que plantea su ejecución telemática centralizada», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2013, págs. 1-49.

GUERRERO, F.A., «Los sistemas publicitarios registrales, sus principios y algunos efectos jurídicos sobre el principio de legalidad», *Revista de Derechos Reales*, núm. 2, 2012. Cita electrónica: IJ-LXIV-865.

HABOOSH, S., «¿Cuántas intimaciones de pago y procesos ejecutivos tiene que promover el arrendador para hacer efectivo su derecho al cobro de los alquileres adeudados y de los que se devenguen con posterioridad a aquéllas?», *Anuario de derecho civil uruguayo*, núm. 43, 2013, págs. 955-964.

HERRERA, M. Y PELLEGRINI, M.V., *Manual de Derecho Sucesorio*, Editorial de la Universidad Nacional del Sur, Buenos Aires, 2017.

IBARRA DELGADO, D., «El embargo como medida cautelar para la futura ejecución forzada». En: AA.VV., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, (MEZA TORRES, Y., Dir.), Editorial Ubi Lex Asesores, Lima, 2017.

INÉZ GONZÁLEZ, C., Contrato de fianza, *Monografías.com*. Disponible en: <https://www.monografias.com/trabajos13/confi/confi.shtml>

JIMÉNEZ BOLAÑOS, J., «La obligación civil romana y las garantías del derecho de crédito», *Revista Judicial Costa Rica*, núm. 9, 2013, págs. 11-21.

JOVÉ, M., *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, José María Bosch, Barcelona, 1995.

KANEFSCCK, M., «Deudas de los cónyuges. Responsabilidad frente a terceros con posterioridad a la disolución del régimen patrimonial matrimonial. Necesidad de una regulación». Cita online: AR/DOC/7139/2012.

KIPER, C.M., «Prioridad del primer embargante», DJ, núm. 1853, 2009. Cita online: AR/DOC/1973/2009.

KOCH, A., *El crédito en el Derecho; traducción y notas de Derecho español por José María Navas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.

LABORDA PEÑALVER, S., «La anotación preventiva de embargo de bienes “ex gananciales”», *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 11, 1990, págs. 73-85.

LACLAUSTRA ARROYO, M., «La prueba en la tercería de dominio». En: AA.VV., *Estudios sobre derecho procesal* (DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J. coords.), McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1996.

LAFUENTE TORRALBA, A.J., *La tercería de mejor derecho en el proceso civil*, Tesis doctoral. Director: Javier López Sánchez. Universidad de Zaragoza, 2009.

LEVY LANDAJO, M., «La ejecución en el proceso laboral – Parte III – Embargo (continuación)», *Revista laboral – Sociedad Argentina de Derecho Laboral*, 14-12-2007, cita online: IJ-XXXI-380.

LIZARRALDE DE FABÁ, E.A., *Derecho de Embargo. Criterios doctrinarios y jurisprudenciales*, Editorial Juris, Rosario, 1994.

LLOVERAS, N. Y ORLANDI, O.E., «Actualidad en Derecho de Familia», APC 2010-11. Cita online: 0003/70066003-1.

LÓPEZ DE ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, Universidad de Murcia, 1960.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La adquisición de la posesión por el heredero». En: AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «Efectos de la aceptación a beneficio de inventario». En: AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

LÓPEZ NAVARRO, J., «Contrato de opción de compra», *Vademécum de derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El embargo de la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1999.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «El proceso monitorio», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7, 2000, págs. 1486-1489.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Naturaleza jurídica de los procesos monitorio y cambiario», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 7, 2001, págs. 557-582.

LUNA YÁÑEZ, E., *Obligaciones. Curso de Derecho Civil*, Librería Editorial “Temis”, La Paz, 2009.

LUQUE JIMÉNEZ, M.C., «Anotación preventiva de embargo y disolución de la sociedad de gananciales: comentario a la RDGRN de 29 de diciembre de 2005», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 19, 2007, págs. 355-359.

MANZANO FERNÁNDEZ, M.M., «La exclusión del hijo en la herencia del testador. (Una visión actualizada de la desheredación en el Código Civil)», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 756, 2016, págs. 1847-1884.

MARINO, T., «Qué es (y qué no es) la verosimilitud en el derecho», *SJA*, núm. 40, 2014. Cita online: AR/DOC/5778/2014.

MARTÍ PAYÁ, V., «Cuestiones procesales acerca de la disolución y de la liquidación de la comunidad de bienes gananciales en el proceso de ejecución», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. Extra 8, 2, 2018, págs. 330-345.

MARTÍNEZ BELTRÁN DE HEREDIA, F., *El proceso monitorio. Teoría y práctica*, Difusión jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ BOTOS, R., *Medidas cautelares*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1990.

MAS BADÍA, M., *La tercería de dominio ante el embargo de los bienes gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MEDRANO ARANGUREN, A., «Aceptación tácita de la herencia y deudas de la comunidad», CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, núm. 218, 2019, págs. 121-126.

MICHINEL ÁLVAREZ, M.A., *Embargo internacional de créditos*, Universidade de Vigo, Servicio de Publicacións, 1999.

MOLINARI, C.I., «El juzgador y la cautela judicial», SJA, núm. 18, 2015. Cita online: AR/DOC/5078/2015.

MONTERO AROCA, J., «Tercerías de dominio y de mejor derecho en el proceso de ejecución laboral», Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, núm. 41, 1994, págs. 7-21.

MONTERO AROCA, J., «Procesos dispositivos: procedimiento ordinario por razón de la materia». En: MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A. Y BARONA VILAR, S., *El nuevo proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MONTERO AROCA, J. Y FLORS MATÍES, J., *Tercería de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MONTERO AROCA, J., *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, Tirant lo Blanch, 2º Ed., 2016.

MONTERO AROCA, J. Y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2º Ed., 2013.

NAVARRETE VILLEGAS, L.G., *Embargo y realización de bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.

NEME VILLARREAL, M., «El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano», *Revista de Derecho Privado*, núm. 11, 2006, págs. 79-125.

NOVELLINO, N.J., «Técnica jurídica del embargo y desembargo», *La Ley Online*. Cita online: AR/DOC/2197/2007.

O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil Tomo III*, Edersa, Madrid, 2004.

ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Bosch, Barcelona, 1984.

OSSORIO, M., *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales* [CD-ROM], Heliasta, Buenos Aires, 1974.

OSSORIO SERRANO, J.M., *La anotación preventiva de embargo. Aspectos civiles y registrales*, Universidad de Granada, Granada, 1986.

PALOMO VÉLEZ, D., «Reformas de la ejecución civil y del proceso monitorio: la apuesta chilena por la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a un debido proceso», *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2014, págs. 475-500.

PARADA VACA, O., *La comunidad de gananciales y la disposición de bienes*. Artículo publicado en el diario *La Razón* el 13 de diciembre de 2011. Disponible en: http://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/comunidad-gananciales-disposicionbienes_0_1521447909.html.

PARAMIO JUNQUERA, N., «Deudas y Herencia: soluciones y alternativas desde el derecho», *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. 25, 2013, págs. 263-295.

PARDO NÚÑEZ, C., *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 1997.

PEREIRA CAMPOS, S. Y RODRÍGUEZ, C., *El proceso monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*. Disponible en: https://www.academia.edu/12372090/El_proceso_monitorio_en_el_C%C3%B3digo_Procesal_Civil_Modelo_para_Iberoam%C3%A9rica

PÉREZ ÁLVAREZ, M., «La posición del deudor en la historia. De la responsabilidad personal a la patrimonial», *Revista General de Derecho Romano*, núm. 16, 2011.

PÉREZ GARCÍA, M., *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Centro de Estudios Registrales, 2005.

PÉREZ PEJICIC, G., «La acción real de petición de herencia desde un examen comparativo con la acción real reivindicatoria», *RDF*, núm. 112, 2014. Cita online: AR/DOC/5730/2014.

PÉREZ RAGONE, A., «En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: Caracterización, elementos esenciales y accidentales», *Revista de Derecho*, vol. 19, núm. 1, 2006, págs. 205-235.

PÉREZ RAGONE, A., «Consideraciones en torno al proceso monitorio: utilidad y funcionamiento de la estructura y técnica monitoria», *Revista peruana de derecho procesal*, núm. 10, 2008, págs. 187-232.

PÉREZ SIMEÓN, M., «La prelación entre el derecho de representación y el acrecimiento en la sucesión testamentaria», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2008.

PEYRANO, J.W., *El proceso atípico*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983.

PEYRANO, J., «Lo urgente y lo cautelar», *Ius et veritas*, núm. 10, 1995, págs. 129-132.

PEYRANO, J.W., «Actualidad de la sustracción de materia como medio atípico de extinción del proceso civil». En: AA.VV., *Constitución, ley y proceso*, Ara Editores, Lima, 2013, págs. 137-144.

PITÁ BRONCANO, C.P., *La preferencia de los acreedores del causante*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 125.

PIZZA BILBAO, M., *La responsabilidad civil extracontractual en el mundo actual*, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2013.

PLANCHADELL GARGALLO, A., *La tercería de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PLANCHADELL GARGALLO, A., *La tutela del crédito en el proceso monitorio*, La Ley, Madrid, 2014.

PODETTI, J.R., *Tratado de las medidas cautelares*, Ediar, Buenos Aires, 1956.

RÍOS MUÑOZ, L.P., «El 'embargo ejecutivo' en el derecho comparado. Intento de una definición aplicable al ordenamiento jurídico chileno», *Vox Juris*, vol. 34, núm. 2, 2017, págs. 37-46.

RÍOS SALMERÓN, B., *La inembargabilidad del salario*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Murcia, Murcia, 1986.

ROBLES VELASCO, L., «Margarita Fuenseca, *Pignus e hypotheca* en su evolución histórica, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2013, 270 págs.», *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 11, 2016, págs. 606-616. Es reseña de: FUENSECA, M., *Pignus e hypotheca en su evolución histórica*, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2013.

RODRÍGUEZ BEREIJO-LEÓN, M., «Las medidas cautelares de aseguramiento en los procesos tributarios», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 26, 2012, págs. 17-38.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.G., «Cambio de régimen económico matrimonial y embargo de bienes gananciales y privativos: Comentario a la STS de 4 febrero 1999 (RJ 1999, 639)», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 3, 1999, págs. 385-396.

ROMERO SANDOVAL, R., *Derecho Civil*, Editorial Los amigos del libro, 3º Ed., La Paz, 1991.

RUIZ MARTÍNEZ, F., «Algunas consideraciones sobre la calificación registral». En: AA.VV., *Curso de conferencias sobre Derecho inmobiliario registral (años 1951-52)*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Madrid.

SALVATIERRA, J.C., «Caducidad de embargos e inhibiciones anotados en expedientes judiciales», *Sup. Doctrina Judicial Procesal*, núm. 41, 2015 (abril). Cita online: AR/DOC/405/2015.

SÁNCHEZ CID, I., *La repudiación de la herencia: Comentarios y reflexiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I., «Limitación de la responsabilidad a los bienes de la herencia por una de las deudas que conforma el haber hereditario», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 752, 2015, págs. 3257-3296.

SEBASTIÁN CHENA, M.S., *La liquidación de la sociedad de gananciales: enfoque práctico de los aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SERRANO CHAMORRO, M., *Cuestiones relevantes de Derecho Civil*, Editorial Aranzadi, S.A.U., 2017.

SOSA, T.E., «La "teoría de los vasos comunicantes" y los requisitos de admisibilidad y fundabilidad de la pretensión cautelar», *SJA*, núm. 4, 2014. Cita online: AR/DOC/5687/2014.

SIERRA BERMEJO, L., «El derecho de representación en la sucesión testada», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 4, 1948, págs. 447-478.

TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.

TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milán, 1992.

TECHERA BARREIRO, V., «Incumplimiento imperfecto y sus remedios», *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, núm. 9, 2014, págs. 221-252.

TÉLLEZ MIGUÉLEZ, F., «Seguridad jurídica y registro de la propiedad», *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 3, 1996, págs. 17-27.

TORIBIOS FUENTES, F., *Averiguación de bienes en la ejecución civil: Manual para la práctica de la investigación patrimonial del deudor*, La ley, Madrid, 2013.

VARELA AGRELO, J., «Cuestiones prácticas sobre el proceso monitorio» [En línea], *Abogacía*, núm. 4, 2010, págs. 173-181.

VARGAS MENJUNEA, I., *El fraude en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales: mecanismos de defensa para el acreedor perjudicado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

VAQUER SALORT, M., «El embargo de bienes gananciales a través de la jurisprudencia, *Revista crítica de derecho inmobiliario*», núm. 652, 1999, págs. 979-1022.

VÁZQUEZ BARROS, S., *Las tercerías de dominio y de mejor derecho: la traba de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

VÁZQUEZ DE CASTRO, L.M., *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*, Civitas, Madrid, 1995.

VERDÚ CAÑETE, M., «Notas sobre el nuevo Derecho concursal», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, 2004, págs. 391-410.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia boliviana:

a) Tribunal Supremo de Justicia

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 189/2000 de 24 de agosto de 2000

Sala Civil Primera. Auto Supremo Nro. 94/2005 de 9 de mayo de 2005

Sala Civil Primera. Auto Supremo Nro. 172/2009 de 22 de julio de 2009

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 52/2010 de 27 de marzo de 2010

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 2/2011 de 12 de enero de 2011

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 64/2011 de 19 de febrero de 2011

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 73/2011 de 23 de febrero de 2011

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 315/2011 de 6 de octubre de 2011

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 196/2012 de 28 de junio de 2012

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 220/2012 de 23 de julio de 2012

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 512/2012 de 14 de diciembre de 2012

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 183/2015-L de 11 de marzo de 2013

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 448/2013 de 30 de agosto de 2013

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 449/2013 de 30 de agosto de 2013

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 463/2013 de 12 de septiembre de 2013

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 473/2013 de 18 de septiembre de 2013

Sala Civil liquidadora. Auto Supremo Nro. 642/2013 de 4 de diciembre de 2013

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 102/2014 de 26 de marzo de 2014

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 153/2014 de 16 de abril de 2014

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 158/2014 de 17 de abril de 2014

Sala Plena. Auto Supremo Nro. 60/2014 de 14 de mayo de 2014

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 268/2014 de 27 de mayo de 2014

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 275/2014 de 2 de junio de 2014

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 307/2014 de 24 de junio de 2014

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 331/2014 de 26 de junio de 2014

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 371/2014 de 11 de julio de 2014

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 562/2014 de 3 de octubre de 2014

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 567/2014 de 9 de octubre de 2014
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 574/2014 de 9 de octubre de 2014
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 591/2014 de 17 de octubre de 2014
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 16/2015 de 14 de enero de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 96/2015 de 11 de febrero de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 108/2015 de 13 de febrero de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 122/2015 de 24 de febrero de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 148/2015 de 6 de marzo de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 163/2015 de 10 de marzo de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 174/2015 de 11 de marzo de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 222/2015 de 9 de abril de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 252/2015 de 14 de abril de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 325/2015 de 18 de mayo de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 506/2015 – L de 3 de julio de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 531/2015 de 10 de julio de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 622/2015-L de 3 de agosto de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 696/2015-L de 14 de agosto de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 721/2015 de 26 de agosto de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 838/2015-L de 28 de septiembre de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 940/2015-L de 14 de octubre de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 1091/2015 – L de 23 de noviembre de 2015
Sala Civil. Auto Supremo 1176/2015 de 28 de diciembre de 2015
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 26/2016 de 20 de enero de 2016
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 112/2016 de 5 de febrero de 2016
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 394/2016 de 19 de abril de 2016
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 463/2016 de 11 de mayo de 2016
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 516/2016 de 16 de mayo de 2016
Sala Civil. Auto Supremo 996/2016 de 24 de agosto de 2016
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 86/2017 de 2 de febrero de 2017
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 227/2017 de 8 de marzo de 2017
Sala Civil. Auto Supremo Nro. 271/2017 de 9 de marzo de 2017

Sala Civil. Auto Supremo Nro. 1283/2018 de 18 de diciembre de 2018

b) Tribunal Constitucional Plurinacional

Sentencia Constitucional Nro. 0057/2004 de 23 de junio de 2004

Sentencia Constitucional Nro. 415/2005-R de 25 de abril de 2005

Sentencia Constitucional Nro. 85/2007 de 26 de febrero de 2007

Sentencia Constitucional Nro. 70/2010-R de 3 de mayo de 2010

Sentencia Constitucional Nro. 1439/2011-R de 10 de octubre de 2011

Sentencia Constitucional Nro. 2621/2012 de 21 de diciembre de 2012

Sentencia Constitucional Nro. 1775/2013 de 21 de octubre de 2013

Sentencia Constitucional Nro. 2202/2013 de 16 de diciembre de 2013

Sentencia Constitucional Nro. 64/2014 de 3 de enero de 2014

Sentencia Constitucional Nro. 832/2016-R de 9 de agosto de 2016

Sentencia Constitucional Nro. 1394/2016-S3 de 2 de diciembre de 2016

Sentencia Constitucional Nro. 293/2017 S-2 de 3 de abril de 2017

Sentencia Constitucional Nro. 195/2018-S2 de 14 de mayo de 2018

Sentencia Constitucional Nro. 311/2018-S2 de 28 de junio de 2018

Jurisprudencia argentina:

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Sala B, “López, Ignacio c/Olmo, Raymundo s/Ejecución de Sentencia”, 13 de marzo de 1996

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, y de Minería de Neuquén – I Circunscripción Judicial, “Esandi Eduardo Enrique c/Parra Silvia Haydee y Otro s/Ejecucion de Honorarios E/a Parra Silvia Haydee y Otro c/Beltran Pedro Luis y Otros s/Interdicto”, 29 de diciembre de 2016

Jurisprudencia brasileña:

Decisión del Superior Tribunal de Justicia de Brasil emitida en el Recurso Especial Nro. 1.627.110 – GO, de 12 de septiembre de 2017

Jurisprudencia española:

a) Audiencias provinciales

SAP Zaragoza núm. 643/2002 de 8 de noviembre

AAP Cádiz núm. 37/2009 de 16 febrero. JUR 2009\197933

SAP Guadalajara (Sección 1º) núm. 179/2013 de 3 de julio. JUR 2013\257645.

b) Tribunal Supremo

STS 5 de octubre de 1985 (RJ 1985\4840)

STS 490/1992 de 23 de mayo

STS 415/1997 de 19 de mayo

STS 1029/2000 de 14 de noviembre (RJ 2000\9914)

STS 510/2007 de 7 de mayo (RJ 2007\3096)

STS 591/2008 de 18 de junio (Rec. 1268/2001)

STS 194/2011 de 16 de febrero de 2012 (Rec. 2226/2006)

STS 72/2012 de 27 febrero (RJ 2012\5289)

c) Tribunal Constitucional

STC 34/1993 de 8 de febrero

STC 240/1998 de 15 de diciembre

STC 175/2002 de 9 de octubre

Jurisprudencia peruana:

Sentencia de Casación Nro. 1995-2009 del 17 de diciembre de 2009, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia

Sentencia de Casación Nro. 1565-2010 del 7 de septiembre de 2010, de la Sala Civil permanente de la Corte Suprema de Justicia

Sentencia de Casación Nro. 1061-2011 de 26 de enero de 2011, de la Sala Civil permanente de la Corte Suprema de Justicia

Sentencia de Casación Nro. 270-2008 de 21 de abril, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia

Sala Civil transitoria. Sentencia de casación Nro. 942-2010 de 11 de mayo, de la Sala Civil transitoria de la Corte Suprema de Justicia