

# DOCTRINA

## LA ORDENANZA DE REFERIMIENTO QUE ORDENA EL LEVANTAMIENTO DE UN EMBARGO CONSERVATORIO ¿ES EJECUTABLE DE INMEDIATO CONTRA LOS TERCEROS?

El tema de los embargos retentivos practicados al amparo de una autorización del juez, en cuanto a sus buenos o malos efectos en la sociedad, ha venido debatiéndose últimamente no sólo a nivel profesional entre abogados, sino que además el mismo ha alcanzado ya categoría de notoriedad pública pues ha servido de leitmotiv a comentarios y editoriales periodísticos que las más de las veces califican la medida de instrumento de presión con el cual se procura la rendición de un demandado.

Se arguye unas veces que la legislación que rige dichos embargos es la causa de los muchos abusos que se cometen, por sus deficiencias, y otras que la situación es provocada por la mala aplicación que de la misma hacen los encargados de emplearla, criterio éste último que compartimos.

Conviene aclarar que no es nuestro objeto referirnos a los embargos retentivos ni oposiciones previstos en los artículos 557 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Nos referimos aquí a los embargos conservatorios retentivos trabados en virtud de un permiso que otorga el juez cuando no se tiene un título ejecutorio.

En efecto, la Ley 5119 del 4 de mayo de 1959 que modificó los artículos 48 y siguientes del Código de Procedimiento Civil para establecer las medidas conservatorias facultativas previas a la demanda, permite al Juez de Primera Instancia, sin juicio previo, autorizar a cualquier acreedor que tenga un crédito que parezca justificado en principio y cuyo cobro parezca también estar en peligro, a embargar conservatoriamente los bienes muebles pertenecientes a su deudor, así como a inscribir hipoteca judicial provisional, en caso de urgencia. Esta facultad que tienen los jueces de Primera Instancia por lo regular es ejercida por ellos en forma casi rutinaria y por lo general nunca

exigen fianza al que mediante requerimiento eleva su solicitud de autorización para embargar, lo cual es aprovechado con frecuencia por pretendidos acreedores que, abusando del derecho que otorga la mencionada ley a los verdaderos acreedores, recurren ante dicho magistrado en procura de un permiso que fácilmente obtienen y con el cual practican toda suerte de embargos y medidas susceptibles de llevarse a cabo con el auto emanado en virtud del artículo 48 del Código de Procedimiento Civil.

Tanto en los casos en que la solicitud de autorización es legítima, cuando el crédito en base al cual se actúa es real o por lo menos justificado en principio, como en aquellos en que el pretendido acreedor ha sorprendido la religión del juez para conseguir la autorización, se procede unilateralmente, es decir, sin la intervención de la parte en cuyo perjuicio se practica el embargo. Esta circunstancia hace que esta primera fase del embargo conservatorio que se realiza al amparo de las disposiciones que comentamos, no sea del todo equitativa pues, si es innegable que la indicada Ley 5119 de 1959 llenó una laguna en nuestro derecho positivo al permitir a todo acreedor cuyo crédito parezca fundado obtener, bajo ciertas condiciones, medidas conservatorias que tengan por efecto protegerlo contra los riesgos de desaparición de los bienes de su deudor o de una disminución de su valor, no lo es menos que el régimen instituido por ella ha posibilitado que personas e instituciones solventes se encuentren de repente, por la acción de personas sin escrúpulos, atrapadas en las dificultades de un embargo intempestivo, con su secuela de trastornos e inconvenientes.

Como la autorización de embargar no requiere la intervención ni la presencia del que va a ser embargado, puesto que el peticionario actúa

unilateralmente y casi siempre en forma subrepticia, es necesario no perder de vista que a los términos de la Ley 5119, el juez autoriza el embargo conservatorio estatuyendo siempre a cargo de referimiento en caso de dificultad, lo cual se induce de la parte in—fine del artículo 50 del Código de Procedimiento Civil que prescribe: “el tribunal apoderado del litigio o el juez de los referimientos podrá ordenar la cancelación, reducción o limitación del embargo, en cualquier estado de los procedimientos, cuando hubiere motivos serios y legítimos.”

Es indudable que la previsión establecida en esta parte del artículo 50 es una especie de contrapartida de la ley que equilibra la indefensión en que es colocada por el artículo 48 del mismo código, la parte en perjuicio de la cual se practica el embargo, al permitirle por la vía del referimiento y mediante un debate contradictorio, ausente cuando el juez concede el permiso, la oportunidad de hacer oír sus alegatos para que, enfrentados a los del embargante, se determine si son fundados o no los motivos invocados por éste en su solicitud y, en consecuencia, pueda el juez mantener o revocar la autorización de embargo que había dictado.

Algunos bancos comerciales se resisten a levantar los embargos retentivos conservatorios trabados entre sus manos al amparo del artículo 48 del Código de Procedimiento Civil, simplemente a la vista de la ordenanza de referimiento que revoca la autorización que ha servicio de título a los mismos. Esas entidades exigen, cuando son requeridas por el embargado a la entrega de los valores congelados, que sus clientes no sólo le demuestren mediante la notificación de la ordenanza que el levantamiento del embargo ha sido ordenado, sino además que contra ésta no se ha interpuesto ningún recurso, lo cual debe establecer con la aportación del certificado del abogado conteniendo la fecha de la notificación de la sentencia hecha a domicilio y del certificado del secretario, haciendo constar que no existe contra la decisión ni oposición ni apelación.

Para justificar este proceder se alega que el banco es un tercero, cuando no ha sido puesto en causa, y que como tal no puede ser obligado a ejecutar la sentencia que ordena el levantamiento del embargo mientras no se le aporte la prueba de que se han cumplido los requisitos fijados por el artículo 548 del Código de Procedimiento Civil, según el cual: “Las sentencias que pronunciaren la suspensión de un acto de oposición, la cancelación

de una inscripción hipotecaria, un pago, o cualquiera cosa que deba hacer un tercero o que deba hacerse contra él, no serán ejecutorias por los terceros o contra ellos, ni aun después de haber transcurrido los términos de la oposición o de la apelación, sino en virtud del certificado del abogado de la parte ejecutante, conteniendo la fecha de la notificación de la sentencia hecha en el domicilio de la parte condenada, y en vista de certificado del secretario, haciendo constar que no existe contra la sentencia ni oposición ni apelación.”

¿Recibe aplicación esta regla que traza el artículo 548 cuando una ordenanza de referimiento ha ordenado a un tercero levantar un embargo trabado entre sus manos en virtud de una autorización del juez conforme a las disposiciones del artículo 48 del Código de Procedimiento Civil?

Respecto de esta cuestión, que sepamos, nuestra jurisprudencia, por lo menos la de la Suprema Corte de Justicia, no ha tenido oportunidad de pronunciarse. No así sin embargo, la del país de donde procede nuestra legislación. En efecto, las primeras decisiones dictadas por los tribunales franceses en torno al artículo 548 del Código de Procedimiento Civil, establecieron un primer sistema según el cual, cuando la ejecución provisional ha sido ordenada por el juez conforme al artículo 135 del mismo código, el tercero está obligado a ejecutar sin poder exigir que se le presente la justificación prescrita por el artículo 548. Esa misma directiva señala que los terceros embargados que en virtud de una ordenanza de referimiento, ejecutoria provisionalmente, hayan entregado las sumas embargadas entre sus manos, quedan válidamente liberados aunque sobre apelación esta ordenanza haya sido anulada (París, 9 oct. 1812; Bordeaux, 21 aout 1839; Rouen, 6 mai 1829. Véase: Nouveau Code de Procedure Civile, Art. 548, Nos. 4, 5, 6, 7 y 8).

Más adelante la jurisprudencia se orientó en el sentido de que la ejecución provisional no tiene efecto respecto de los terceros a quienes se ha ordenado hacer alguna cosa, en razón —según esta tesis— de que los terceros no deben obedecer más que a una sentencia en última instancia o pasada en fuerza de cosa juzgada, según el artículo 548 del Código de Procedimiento Civil, el cual deroga el artículo 135 del mismo código, relativo a la ejecución provisional. Este criterio, según este segundo sistema, es aplicable a las sentencias ejecutorias provisionalmente, como son

precisamente las ordenanzas de referimiento (Pau, 14 mars 1839; Grenoble, 8 fevr. 1849, D. P. 49. 2. 255; Civ. 9 juin 1858, D. P. 58. 1. 246; Req. 25 mai 1841. Véase ob. cit. Nos. 10, 11, 12 y 13).

Los bancos, sin duda, cuando entre sus manos se realiza un embargo retentivo, conservatorio o no, son terceros en el sentido del artículo 548, y con mayor razón si no han sido parte en el proceso o instancia promovida por el embargado con el fin de obtener el levantamiento del mismo. Y es la idea que parece haber guiado la opinión que prevaleció por mucho tiempo, al extremo de que todavía recientes decisiones de tribunales inferiores sostienen la tesis del último sistema en cuanto a la ejecución provisional de las ordenanzas de referimiento.

No hace mucho el Tribunal de Gran Instancia de Marsella, por su sentencia del 4 de noviembre de 1966, ratificó la posición señalada en segundo término al expresar que "una ordenanza de referimiento no es ejecutoria provisionalmente respecto de un tercero embargado que no ha sido parte; por lo que este no debe ejecutar sin haber exigido y obtenido las justificaciones previstas por el artículo 548 del Código de Procedimiento Civil", a lo cual agregó: "las disposiciones del artículo 548 relativas a las formalidades especiales para la ejecución de las sentencias por los terceros se aplican a las ordenanzas de referimiento. Los terceros embargados que no han sido parte en la ordenanza que ordena el levantamiento, están fundados al exigir la producción de los certificados de no oposición o apelación previstos por este texto, previamente a la ejecución de la decisión (Table 1966-1970 Gaz. Pal., Référé No. 130; Rep. Procedure Civile et Comm., mise a jour 1973, Référé, No. 336 in fine).

Es innegable que la segunda posición aquí señalada de la jurisprudencia francesa, de la cual forma parte la última decisión citada, preserva el rigor de la regla trazada por el mencionado artículo 548 al punto de llevar su aplicación hasta las soluciones provisionales, consubstanciales de las ordenanzas de referimiento. Los términos tan categóricos empleados por el Tribunal de Marsella parecen no dejar dudas de que consagran definitivamente el principio de que el artículo 548 se aplica a toda especie de sentencia, sin distinción, a ejecutarse por los terceros o contra ellos.

Pero conviene, a nuestro juicio, hacer algunas precisiones en cuanto a la situación especial que se origina cuando las ordenanzas de referimiento

ordenan el levantamiento puro y simple de un embargo practicado mediante autorización del juez de primera instancia, o cuando el levantamiento se produce por la retractación del permiso de embargo previamente concedido.

Como hemos dicho, la ley permite embargar los fondos de un pretendido deudor con el simple permiso del juez previsto en el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil, que es acordado sobre *requerimiento* del que se pretende acreedor, actuando *unilateralmente*. Resulta pues chocante, por razones obvias, que alguien que haya sido sacrificado con un embargo conservatorio mediante un procedimiento realizado tanto a sus espaldas como a las del tercero embargado, cuando es retentivo, tenga que esperar para poder disponer de sus fondos que transcurra el tiempo necesario que le permita cumplir con las exigencias señaladas en el artículo 548 para la ejecución por terceros de la sentencia, después de obtener la orden de levantamiento del mismo a través de una ordenanza de referimiento, lo que necesariamente supone la celebración de un juicio previo y contradictorio donde las partes tuvieron la oportunidad de discutir y el juez de apreciar la procedencia o improcedencia del embargo.

Es a todas luces desigual el tratamiento que algunos tribunales dan a las partes, puesto que no se justifica que mientras a uno, el supuesto acreedor, le baste con una simple autorización para congelar los valores del pretendido deudor, a éste en cambio, se le obligue a agotar no sólo el procedimiento del referimiento para anular los efectos del embargo, lo cual encontramos correcto, sino además, el que establece el mencionado artículo 548. Aunque es cierto que el plazo para interponer apelación es corto (15 días a partir de la notificación de la sentencia), no menos verdadero es que si el embargante deseara prolongar la parálisis económica del embargado, le sería suficiente con apelar la ordenanza que ordena la retractación de la autorización o el levantamiento puro y simple del embargo, lo que impediría lógicamente la obtención de las certificaciones de que trata el referido texto y por ende, la liberación de los valores retenidos.

Hoy día otro es el criterio de la Corte de Casación francesa la cual, después de haber permanecido adherida a la posición sostenida por el Tribunal de Gran Instancia de Marsella, durante largo tiempo, ha vuelto a la idea original del primer sistema en el sentido de que la ejecución de las

ordenanzas de referimiento no precisan del cumplimiento de las formalidades del artículo 548 cuando a un tercero se le ordena hacer alguna cosa. El alto tribunal lo consagra en esta forma: “*El artículo 548 del Código de Procedimiento Civil, según el cual las sentencias sólo son ejecutorias por los terceros sobre la producción de un certificado de no apelación, no es aplicable a las ordenanzas de referimiento, las cuales son de pleno derecho ejecutorias provisionalmente*”. (Com. 12 avr. 1956, Bull. civ. 1956. 3. 105; Civ. 3 juill. 1964, Gaz. Pal. 1964. 2. 135. Véase: Rep. Procedure Civile et comm., mise a jour 1973, Référé N.º. 336).

Se puede afirmar que las nuevas disposiciones dictadas en Francia en materia de procedimiento civil han cerrado la discusión en torno al artículo 548, el cual ha sido sustituido; y no cabe duda que en ello influyó la opinión externada por la Corte de Casación. La ejecución inmediata contra los terceros de las ordenanzas de referimiento ya no es impuesta por la jurisprudencia sino por el Decreto No. 72-788 del 28 de agosto de 1972 que instituyó una tercera serie de disposiciones destinadas a integrar el Nuevo Código de Procedimiento Civil francés, puesto en vigor mediante Decreto No. 75-1123 del 5 de diciembre de 1975. El artículo 61 de dicho Decreto No. 72-788 sustituido con alguna modificación por el actual artículo 504 del Nuevo Código lo consagró al disponer que “la prueba del carácter ejecutorio respecto de los terceros resulta de la sentencia misma cuando la ejecución provisional es de derecho o ha sido ordenada, o de la justificación de que ha pasado en fuerza de cosa juzgada”. Y como las ordenanzas de referimiento, según lo prescribe el artículo 489 del Nuevo Código, son ejecutorias a título provisional, de pleno derecho, se puede en lo adelante considerar como terminada la discusión arriba mencionada en torno al artículo 548.

Una reciente decisión del Presidente del Tribunal de Gran Instancia de Nanterre de fecha 25 de marzo de 1976 hace aplicación de estos nuevos textos al resolver el caso de un Conservador de Hipotecas que había rehusado proceder a la radiación de una inscripción hipotecaria tomada por una sociedad después de obtener la autorización correspondiente, contra un pretendido deudor, bajo el alegato de que había sido apelada la ordenanza de referimiento que dispuso la retractación de la autorización, bajo la cual se hizo la inscripción. Se amparaba dicho funcionario, para mantener su negativa, en la disposición del artículo

2157 del Código Civil que subordina la radiación de una inscripción hipotecaria a la condición de que la decisión que la ordene tenga la autoridad de la cosa juzgada.

El Presidente del Tribunal de Nanterre que había dictado la señalada ordenanza de referimiento, fue nuevamente apoderado para resolver la dificultad de ejecución presentada y dispuso, por una nueva ordenanza, que el Conservador de Hipotecas procediera en los tres días de la notificación de la misma a la radiación de la inscripción hipotecaria provisional.

En su comentario sobre esta sentencia, Roger Perrot, Profesor de Derecho de la Universidad de París, señala con claridad y precisión, que las nuevas disposiciones en caso de ejecución provisional (artículos 61 y 63 del Decreto No. 72-788 del 28 de agosto de 1972, hoy sustituidos con ciertas modificaciones por los artículos 504 y 506 del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés) permiten las radiaciones de seguridades o garantías a la simple vista de una copia certificada de la sentencia, cuando la radiación es ordenada en referimiento mediante una decisión que, de pleno derecho, es ejecutoria a título provisional. Señala el renombrado autor, que cuando el juez se retracta, después de haber oído las explicaciones del pretendido deudor, y anula la autorización concedida sobre simple requerimiento unilateral, la decisión anulada es considerada como no pronunciada, como lo expresa la sentencia, y que por ello la inscripción hipotecaria que había sido tomada con la autorización acordada, se encuentra extinguida *ab initio*, en su principio mismo. Así mismo indica que las disposiciones del artículo 2157 del Código Civil podrían ser tomadas en consideración cuando se trate de la radiación de inscripciones hipotecarias de naturaleza legal o convencional, que eran las que existían cuando fue promulgado el Código Civil en 1804, y no de inscripciones conservatorias, acordadas siempre en forma condicional (Roger Perrot, *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1976, Pág. 840; misma *Rev.* 1975, Pág. 382).

Si bien es cierto que nuestro Código de Procedimiento Civil permanece con su estructura original y por tanto apoyado en todas sus añejas disposiciones, entre ellas la del artículo 548, lo que podría invocarse para no admitir las soluciones de la jurisprudencia francesa inspiradas en la nueva legislación, no debemos olvidar que el germen de las disposiciones que hoy rigen la materia, se

incubó indiscutiblemente en aquellas decisiones de la Corte de Casación que excluían la aplicación de dicho texto para la ejecución de las ordenanzas de referimiento; y que esa jurisprudencia se consagró cuando todavía los textos franceses y los nuestros, en materia de procedimiento civil, marchaban unidos de la mano en este aspecto.

Nuestros autos u ordenanzas de referimiento son ejecutables "provisionalmente sin fianza, siempre que el juez no ordenare que se presente una", reza en su primera parte el artículo 809 del Código de Procedimiento Civil dominicano. Por consiguiente, en nuestro criterio toda interpretación que se quiera hacer del artículo 548 del mismo Código, al margen de la opinión que a su

respecto dio la Corte de Casación francesa, citada precedentemente, y que ha sido coronada por la nueva legislación, sobre la cual se ha apoyado la decisión del Presidente del Tribunal de Gran Instancia de Nanterre, conspira contra la esencia y la finalidad del referimiento, sobre todo cuando por esta vía se alcanza el levantamiento de un embargo conservatorio retentivo, producto de una simple autorización del juez.

RAFAEL ML. LUCIANO PICHARDO