

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

**“LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS EN MATERIA
MERCANTIL, SU EMPLEO Y SU IMPUGNACIÓN”**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA**

ROBERTO CARLOS SÁNCHEZ RAMÍREZ

Asesor: Dr. Alberto Fabián Mondragón Pedrero

***Ciudad
2008***

Universitaria,

D.F.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

***A mi Padre,
por ser mi maestro en la vida.***

***A mi Madre,
por ser fuerza, inspiración y cariño.***

***A Claudia,
por ser motivación, amor, empuje y futuro.***

ÍNDICE

Introducción.....	1
<i>CAPITULO 1.- Conceptos Generales y Definiciones.</i>	4
1.1 Definición de Derecho Mercantil.....	4
1.2 Definición de Comercio.	7
1.3 Definición de Comerciante.....	8
1.4 Acto de comercio.	12
1.5 Obligaciones.	15
I. Anuncio de la calidad mercantil.....	16
II. Inscripción.	19
III. Contabilidad.....	21
IV. Correspondencia.	24
<i>CAPITULO 2.- Obligaciones Mercantiles.</i>	26
2.1 Obligaciones.....	26
2.2 Obligaciones Civiles y Obligaciones Mercantiles.	29
2.3 Contratos Mercantiles.	32
2.4 Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones.	34
<i>CAPÍTULO 3.- Procedimiento Mercantil y Providencias Precautorias.</i>	41
3.1 Proceso, Procedimiento y Procedimiento Mercantil.	43
3.1.1 Proceso Ordinario Mercantil.	47
3.1.2 Proceso Ejecutivo Mercantil.	48
3.2. Providencias Precautorias.	51
3.3 Requisitos de Procedencia.	55
3.4 Embargo, Arraigo y Secuestro de Bienes.	57

3.5	Posible Inconstitucionalidad de las Providencias Precautorias. -----	63
3.6	Pruebas en las Providencias Precautorias. -----	68
3.7	Ejecución. -----	69
3.8	Garantías en las Providencias Precautorias. -----	71

CAPÍTULO 4.- Medios de Impugnación en contra de las Providencias Precautorias. -----
-----75

4.1	Reclamación. -----	78
4.2	Levantamiento de las Providencias Precautorias conforme a los artículos 1185 y 1186 del Código de Comercio. -----	84
4.3	Posibilidad de Acudir al Juicio de Amparo. -----	86
4.3.1	Amparo Directo. -----	86
4.3.2	Amparo Indirecto. -----	93
4.3.2.1	Aparente Improcedencia del Juicio de Amparo Indirecto en contra de las Providencias Precautorias. -----	96
4.3.2.2	Opinión personal respecto a la procedencia del Juicio de Amparo Indirecto-----	99
4.3.2.3	Propuesta. -----	102
	Conclusiones. -----	104

INTRODUCCIÓN

La presente tesis se avocará al tratamiento de las providencias precautorias en materia mercantil. Este procedimiento, ha sido un tanto relegado y olvidado por parte de los tratadistas de la materia, lo que se comprueba de una revisión somera a los índices de los libros de los doctrinarios de mayor renombre de la materia mercantil y procesal en nuestro país, y si bien el Poder Judicial de los Estados Unidos Mexicanos ha emitido diversas tesis aisladas y jurisprudencias, éstas no han sido tan abundantes como para aclarar todos los puntos de esta figura.

El tema central de este trabajo, es el tratamiento de las providencias precautorias en materia mercantil, con especial énfasis acerca de su impugnación y levantamiento cuando éstas son promovidas antes de iniciar el juicio en lo principal (actos prejudiciales), situándonos en el caso de que si bien fueron ordenadas por el juzgador, no fueron ejecutadas, tomando especial atención al texto de los artículos 1185 y 1186 del Código de Comercio, confrontándolos ante el caso propuesto, demostrando al final que el texto de los artículos mencionados es deficiente y requiere de una reforma o adición que los complemente y aclare en su contenido.

El desarrollo del tema que manejaremos, será el siguiente: el procedimiento de providencias precautorias como se sabe, *grosso modo*, es una manera de asegurar y garantizar el cumplimiento de pago de las prestaciones y obligaciones que se demandan de una persona mediante la intervención judicial, lo cual se lleva a cabo dentro de un procedimiento sumario, el cual materializará esta pretensión decretando ya un embargo sobre bienes, ya el arraigo de la persona del deudor según sea el caso y las prestaciones que se reclamen.

Una vez que las providencias precautorias se decretan y se despacha su ejecución mediante el correspondiente auto de exequendo, para el caso de que éstas no se ejecuten, la ley prevé que éstas deberán ser revocadas de oficio o a petición de parte, sin embargo, y no obstante la claridad del texto, existe la posibilidad de que el juzgador ya sea deliberadamente o por involuntaria omisión no las revoque, caso que será analizado en este breve trabajo, incluyendo la opinión del autor referente a la posibilidad y procedencia del juicio de amparo indirecto en contra de esta omisión jurisdiccional.

Así veremos que el texto de los artículos 1185 y 1186 del código mercantil se queda corto y únicamente se plasma la idea de que las providencias se ejecuten *–como resulta lógico–* una vez que fueron decretadas a favor del promovente. Sin embargo y como se demostrará, si dichas providencias no se ejecutan, sino que se mantienen ahí, en un estado de inactividad, en un estado inerte, digamos, como “as bajo la manga” del promovente para que éste, en un momento dado presione al deudor, es claro que se crea un estado de indefensión y de inseguridad jurídica para aquél en contra de quien se dictaron. Ello por que el legislador no previó que las providencias pudieran dejarse inactivas, ya que lo lógico es que el promovente de las mismas las ejecute una vez que ha obtenido la licencia judicial para lograrlo merced a la naturaleza de este procedimiento cautelar.

El seguimiento del tema señalado se hará de la manera siguiente:

En el capítulo I recordaremos los conceptos generales que deben tenerse presentes para una cabal comprensión del procedimiento de providencias precautorias, los cuales que son empleados en el tratamiento de las providencias precautorias, como son la definición del Derecho Mercantil, de comerciante, de acto de comercio y las obligaciones de los comerciantes.

Posteriormente, en el capítulo II, se retoman los conceptos torales de la ciencia del Derecho, conceptos que forman verdaderamente la columna vertebral del orden jurídico mexicano, es decir, la teoría de las obligaciones. Sin embargo, y dado el carácter monográfico de la presente tesis, dichos tópicos se revisa de manera superficial, repasando la definición de obligación, que debe entenderse por obligaciones mercantiles, los contratos mercantiles y el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones.

En el capítulo III, y ya encaminados hacia el tema central, inicialmente se subrayan los conceptos de proceso y procedimiento; procedimientos ordinarios y especiales, judiciales y prejudiciales, conceptos que son necesarios conservar en mente a manera de preámbulo en relación al tema que se aborda, pasando a tomar las providencias precautorias en forma, como procedimiento tendiente a garantizar y conservar del deudor la garantía de pago de la obligación que se demanda mediante un embargo precautorio, o bien, mediante el arraigo, la imposibilidad de que éste se ausente del lugar del juicio sin antes instituir representante debidamente instruido y expensado. La ejecución de estas medidas precautorias así como las garantías inmiscuidas en el procedimiento.

En el Capítulo IV se abordan los medios de impugnación con que se cuenta para poder proceder en contra del dictado y ejecución de las providencias precautorias tales como el recuso de reclamación previsto por el Código de Comercio, realizando críticas al texto de los artículos 1185 y 1186 del ordenamiento mercantil, el cual da pie, a opinión del autor del presente, a malos entendidos y abusos por parte de la autoridad ordenadora y ejecutora de las providencias, comprendiendo además, la manera de impugnar el procedimiento precautorio vía juicio de amparo indirecto por ser el idóneo según el tratamiento que se le pretende dar a la materia en el presente trabajo, concluyendo con una breve propuesta para mejorar la aplicación del levantamiento de las providencias precautorias que no fueron ejecutadas.

Finalmente, y con base en las ideas señaladas en el cuerpo del presente, se arriba al último apartado, el cual contiene las conclusiones en las que se demuestra la veracidad de la hipótesis planteada.

CAPÍTULO 1

CONCEPTOS GENERALES Y DEFINICIONES

1.1. Definición de Derecho Mercantil

Indiscutiblemente, el hombre es un ser que nació para vivir y desarrollar sus actividades en compañía de sus semejantes. Sin embargo, dicha convivencia se encuentra sujeta a que en el ejercicio de la voluntad o de las actividades de una persona determinada, ésta no interfiera con las actividades de otra. De aquí la necesidad de fijar límites al ejercicio de la voluntad individual. Así es como nace el derecho, las normas jurídicas, como mandatos que condicionan, regulan y sancionan los derechos de las personas, constituyendo en su conjunto, el ordenamiento jurídico.

En dicho ordenamiento jurídico, *“...hay una serie de normas que toman el nombre de mercantiles y que son aplicadas en un sector que se ha considerado del campo de la economía, porque estas normas rigen en forma principal y*

*definitiva la actividad de las personas que actúan en el ámbito de la producción y distribución de la riqueza”.*¹

*“Referirnos al derecho mercantil mexicano es hacerlo desde los enfoques del comercio, del comerciante, de la empresa y de la intermediación en el cambio de bienes y servicios”.*²

El Derecho Mercantil se define a sí mismo en virtud de las personas a las cuales se encuentra orientado y las actividades que regula. El Derecho Mercantil es, antes que cualquier otra cosa, la rama del derecho que se crea especialmente para aplicarse a un tipo definido de personas y a las actividades que éstas desarrollan: los comerciantes y el comercio.

A este respecto, y confirmando lo dicho, se cita a continuación lo que el maestro **Jorge Barrera Graf** dice respecto de la definición de Derecho mercantil:

*“La naturaleza y el concepto mismo de esta disciplina se dan en relación con el comercio; el derecho mercantil es el derecho que regula al comercio”*³.

En el mismo sentido, **Rafael De Pina** expresa:

“El derecho mercantil nació precisamente para regular el comercio o, mejor dicho, los actos y relaciones de los comerciantes propios de la realización de sus actividades mediadoras. En su origen, pues, el derecho mercantil aparece estrechamente unido a la noción económica de comercio y mediante ésta se

¹ VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR, *Contratos Mercantiles*. Editorial Porrúa, Décima Primera Edición, México, 2001, p. 24

² DICCIONARIO DE DERECHO MERCANTIL. Quintana Adriano, Elvia Arcelia (Coordinadora). Editorial Porrúa, México, 2001. *Voz Derecho Mercantil*, p. 191

³ BARRERA GRAF, JORGE, *Instituciones de Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa, Cuarta reimpresión, México, 2000, p. 1. *Cfr.* VIVANTE, CÉSAR, *Derecho Mercantil*, Edición Facsimilar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Traducción de Francisco Blanco Constans, México, p. 19.

*explicó y determinó el concepto de aquél. El derecho mercantil fue entonces el derecho del comercio y de los comerciantes”.*⁴

El maestro **Raúl Cervantes Ahumada**, dice que el derecho mercantil:

*“Es el conjunto coordinado de estructuras ideales, pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes y servicios destinados al mercado general”.*⁵

Finalmente, el maestro **Roberto Mantilla Molina** define al derecho mercantil en los siguientes términos:

*“Es el sistema de normas jurídicas que determina su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dadas a ciertos actos y regulan éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”.*⁶

Con base en las definiciones citadas anteriormente podemos ahora, anotar lo que para nosotros se entiende como derecho mercantil, siendo éste el conjunto de normas jurídicas destinadas a regular la actividad de las personas que el derecho considera comerciantes así como las actividades que desarrolladas o no por éstos, la ley les brinda el calificativo de mercantiles.

Debido a que la definición misma de derecho mercantil no puede concebirse sin hacer referencia por vaga que sea a los conceptos de comercio y comerciante, a continuación señalamos de manera somera en que consisten ambos.

⁴ DE PINA VARA, RAFAEL. *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*. Editorial Porrúa, Vigésimo Octava Edición, México, 2002, p. 3.

⁵ CERVANTES AHUMADA, RAÚL. *Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa, Segunda Edición, México 2002, p. 21.

⁶ MANTILLA MOLINA, ROBERTO. *Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa, Décimo segunda reimpresión, México, 2005, p. 23.

1.2. Definición de Comercio

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el comercio como:

“Comercio. (Del latín commercium) 1. m. Negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías 2. m. Tienda, almacén, establecimiento comercial. 3. En algunas poblaciones, lugar en que, por abundar las tiendas, suele ser grande la concurrencia de gentes...”⁷

El comercio es una actividad humana netamente⁸ y a ella se debe principalmente el avance de los pueblos a lo largo y ancho del mundo.

“Sabido es que la palabra comercio deriva del latín commercium que se compone con las voces cum y merx (con-mercancía). Por lo que en la expresión se encuentran presentes las ideas del cambio y del tráfico (...) La actividad comercial es una actividad de intermediación de la producción y el cambio de bienes y de servicios destinados al mercado en general...”⁹

Como se ve, dentro del concepto *comercio*, lo importante es el sujeto que lo lleva a cabo, por el ejercicio de la intermediación entre productores y cambio de bienes y/o servicios con aquellos que los requieren, por lo que *“...El concepto legal de comercio es el determinante. Cuál sea éste, corresponde precisarlo al derecho positivo de un lugar y en un momento determinado: lo que aquí y ahora se considere como tal por la ley o la costumbre. No se trata, pues, de un concepto*

⁷ Voz *Comercio*: Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 23ª Edición, consultado de la página de internet <http://buscón.rae.es/diccionario/drae.htm>.

⁸ Cfr. CERVANTES AHUMADA RAÚL, *Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa, México, 2002. p. 1.

⁹ CERVANTES AHUMADA, RAÚL. *Op. Cit.*, p 2. Cfr. DICCIONARIO DE DERECHO MERCANTIL. *Op Cit.*, Voz *Comercio*, p. 106 y sigtes.

*a priori y absoluto, sino, por el contrario, posterior al análisis de dichas fuentes del derecho, y con efectos meramente relativos: el derecho comercial es lo que la legislación mercantil actual considera como propio de dicha rama. No es posible, pues, dar una definición lógica sino apenas hacer una enumeración más o menos sistemática de las materias que esta disciplina comprende”.*¹⁰

Con lo anterior, se afirma que el comercio puede entenderse como la actividad humana cuyo fin es el intercambio de bienes y servicios con un ánimo de lucro, esto es, la obtención de una ganancia económica como resultado de la intermediación en el cambio.

Nuestro derecho positivo, sin embargo, no define al comercio como tal dentro del articulado del Código de Comercio vigente, sino que enumera los actos que el legislador considera mercantiles *per se*, cuestión a la que hacemos referencia en líneas posteriores.

1.3. Definición de Comerciante

Nuevamente, citamos el significado que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española aporta respecto de comerciante:

*“Comerciante: (Del ant. part. act. de comerciar). 1. adj. Que comercia. 2. can. persona propietaria de un comercio. 3. com. Persona a quien le son aplicables las especiales leyes mercantiles.”*¹¹

¹⁰ BARRERA GRAF, JORGE. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa, México, 2000. Cuarta reimpresión, p. 2.

¹¹ Voz *Comerciante*: Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 23ª Edición, consultado de la página de internet <http://buscón.rae.es/diccionario/drae.htm>.

Debido a que la definición señalada anteriormente no es muy clara al respecto, es que se hace necesario acudir a la definición de la voz “comerciar” del mismo diccionario, la cual a la letra dice:

“Comerciar: (De comercio). 1. intr. Negociar comprando y vendiendo o permutando géneros. 2 intr. desus. Dicho de una persona: Tener trato y comunicación con otra.”¹²

Con la definición anterior puede entenderse que *“La función del comerciantes es, pues, esencialmente una función de mediación. Colocado entre el mundo de los productores y el de los consumidores, su actividad tiene por único objeto transmitir de aquéllos a éstos los productos.”¹³*

Puede apreciarse entonces, que el desarrollo y ejercicio del comercio es el elemento determinante para el derecho mercantil ya que *“...La naturaleza y el concepto mismo de esta disciplina se dan en relación con el comercio; el derecho mercantil es el derecho que regula al comercio. Sin embargo, como hemos de ver, el concepto del comercio, a su vez, es por una parte demasiado amplio, como para considerar que todas las actividades económicas que él comprenda formen parte de nuestro derecho mercantil; y por otra parte, resulta estrecho, en cuanto que ciertas operaciones y determinadas materias que no constituyen actividades de comercio, están reguladas por dicha disciplina”.*¹⁴

En nuestro sistema legal, la definición de comerciante, se encuentra en el Código de Comercio en su artículo 3 el cual a la letra establece:

(Código de Comercio)

“Artículo 3º. *Se reputan en derecho comerciantes:*

¹² Voz *Comerciar*: Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 23ª Edición, consultado de la página de internet <http://buscón.rae.es/diccionario/drae.htm>.

¹³ TENA, FELIPE DE J., *Derecho Mercantil Mexicano*. Editorial Porrúa, México, 2003, p.19.

¹⁴ BARRERA GRAF, JORGE. *Op. Cit.* p.1.

- I. *Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;*
- II. *Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;*
- III. *Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.”*

*“Como se ve, tratándose de personas físicas, el legislador estableció un criterio objetivo y sustancial: serán comerciantes quienes se dediquen al ejercicio del comercio, haciendo de él su ocupación ordinaria... Y tratándose de sociedades mercantiles, el Código siguió un criterio formalista: serán comerciantes las sociedades mercantiles constituidas conforme a la ley comercial, sin importar cual sea su objeto”.*¹⁵

De conformidad con la definición que da el artículo 3º transcrito anteriormente, *“se requiere que la persona haga del comercio, su ocupación ordinaria, lo que significa, no la realización de actos aislados, sino de varios de ellos, o sea, el ejercicio de una actividad comercial, profesionalmente”.*¹⁶

Con relación a la expresión que emplea el legislador en el artículo 3º del Código de comercio referente a que pare ser considerado como comerciante, la persona deberá hacer del comercio su “ocupación ordinaria”, consideramos importante anotar lo que el autor RAÚL CERVANTES AHUMADA dice al respecto: *“...Quiere esto decir que el comerciante debe estar dedicado, profesionalmente, al ejercicio del comercio. Dedicarse profesionalmente a ejercer el comercio no quiere decir exclusivamente a tal menester. Una persona, por ejemplo, puede dedicarse al ejercicio de la medicina o la abogacía, y ser, a la vez, propietario de una tienda de abarrotes. Tampoco se determina la profesionalidad por el ejercicio continuado de actos de comercio. Una persona puede firmar cheques o letras de cambio diariamente (la firma de un título de crédito es acto de comercio) y no por ello*

¹⁵ CERVANTES AHUMADA, RAÚL. *Op. Cit.* p. 31.

¹⁶ BARRERA GRAF, JORGE. *Op. Cit.* p.7.

*adquirirá la calidad de comerciante. En realidad, para adquirir tal calidad, lo que se requiere es ser titular de una empresa mercantil. El comercio sólo puede ejercitarse, en la actualidad, a través de una empresa que produzca bienes u organice servicios al mercado general, Sólo es comerciante el titular de una empresa mercantil, si tiene capacidad para el ejercicio del comercio. En tal sentido creemos que debe ser interpretado el artículo 3º que venimos comentando. De lo anterior se deduce que el ejercicio del comercio debe ser en nombre y por cuenta propios”.*¹⁷

Para ser comerciante, no es necesaria ninguna habilitación, o poseer característica especial alguna, con la única salvedad de ser persona capaz. Sin embargo, afirmar que la capacidad es el único elemento necesario para ejercer el comercio es hartamente erróneo. En efecto, y siguiendo lo que el texto del artículo 3º fracción I, ya transcrito, así como lo establecido por el texto del artículo 5º del Código de Comercio¹⁸ dichos preceptos establecen que, para ser comerciante, se requiere, además de la capacidad de ejercicio, no encontrarse imposibilitado para ejercer el comercio ya sea por prohibición legal, o por alguna inhabilitación decretada judicialmente.

La definición legal de comerciante, la que aparece en el Código de Comercio vigente, se encuentra íntimamente ligada al concepto de *acto de comercio*, el cual constituye realmente la relación mercantil que surge entre dos sujetos que se reputan comerciantes. Así lo expresa OSCAR VÁSQUEZ DEL MERCADO al explicar que “...La intermediación se da en la actividad del comercio, practicada de un modo estable con el propósito profesional de la especulación, lo que significa la presencia de un comerciante en la ejecución de los actos mercantiles”.¹⁹

¹⁷ CERVANTES AHUMADA, RAÚL. *Op. Cit.* pp.33-34.

¹⁸ *Código de Comercio.- Artículo 5º.* Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tienen capacidad para ejercerlo.

¹⁹ VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR. *Op. Cit.* p. 46.

1.4. Acto de Comercio

La doctrina nacional, es unánime en declarar que no es posible dar una definición completa y por ende satisfactoria del acto de comercio. Así se expresan muchos de los grandes doctrinarios de nuestro país.²⁰ Sin embargo, y adhiriéndonos al concepto que aporta el maestro ÓSCAR VÁSQUEZ DEL MERCADO, es posible decir que *“el acto de comercio se considera aquél en que la intervención de un sujeto comerciante implica una intermediación en el cambio de los bienes, con la intención de obtener un provecho, esto es, un lucro”*.²¹

El mantener un concepto *a priori* de acto de comercio es fundamental por que nuestro derecho mercantil se encuentra estructurado en torno a éste, en virtud de que *“el acto de comercio, como herencia que todavía perdura del sistema objetivo, del Código francés de 1808, es el eje sobre el que gira la actividad comercial; aunque en ese caso, más que de acto debe hablarse de actividad comercial; es decir, de una serie de actos dirigidos a una misma finalidad”*.²²

“Tradicionalmente se ha considerado el acto de comercio como la clave del sistema mercantil, pues a más de que su celebración determina la aplicabilidad de esta rama del derecho, la figura misma del comerciante no existe, según la opinión dominante, sino en función del acto de comercio”.²³ Por ello es que nuestro Código de Comercio comienza su articulado con esta declaración:

(Código de Comercio)

²⁰ Cfr. BARRERA GRAF, JORGE. *Op. Cit.* pp. 69-70, MANTILLA MOLINA, ROBERTO. *Op. Cit.* pp. 58-59 y 83, TENA, FELIPE DE J., *Op. Cit.* p. 50-54, VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR. *Op. Cit.* pp. 45-46, CERVANTES AHUMADA, RAÚL. *Op. Cit.* pp.502, 504, DE PINA VARA, RAFAEL. *Op. Cit.* p. 22.

²¹ VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR. *Op. Cit.* p. 46.

²² BARRERA GRAF, JORGE. *Op. Cit.* p. 9.

²³ MANTILLA MOLINA, ROBERTO. *Op. Cit.* p. 57.

“Artículo 1º. *Los actos comerciales sólo se regirán por lo dispuesto en éste Código y las demás leyes mercantiles aplicables.*”

Para conocer cuales son los “actos comerciales”, a los que hace alusión el artículo 1º transcrito, es que debemos dirigirnos al artículo 75 del mismo ordenamiento, el cual realiza en su texto, una enumeración en veinticuatro fracciones, de diversos tipos de actos considerados como de comercio por el legislador, incluyendo analógicamente aquellos que tengan semejanza con los citados.

No obstante la disposición legal de calificar de mercantiles la realización de los actos enunciados en el precepto mencionado, es innegable que nuestro Código, considera la mercantilidad del acto en cuestión, además, por la calidad del sujeto que los realiza.

Conviene recordar entonces que existe una clasificación doctrinal acerca de los actos de comercio, dividiéndolos en sistema objetivo y subjetivo, lo cual resumimos a continuación brevemente²⁴:

- a) Subjetivo: Será calificado de mercantil un acto, cuando éste sea celebrado por un comerciante. La calidad de mercantil es otorgada en este caso, por el sujeto que lo realiza.
- b) Objetivo: Será acto de comercio la realización de cualquiera de los enunciados en especial por el artículo 75 del Código de Comercio, o por cualquier otra ley que les otorgue tal carácter. Dicho artículo 75, dicho

²⁴ Ello sin olvidar que existen varios tratadistas que dividen a los actos de comercio en A) Actos absolutamente mercantiles, y B) Actos de mercantilidad condicionada. Comprendiendo dentro de los primeros aquellos actos que siempre están regidos por el derecho mercantil independientemente de quien sea el que los realice, y en los segundos, aquellos actos que no pueden considerarse como mercantiles de manera absoluta, sino que su mercantilidad está condicionada por los elementos que integran la configuración del acto, tales como a) el sujeto que los realice; b) el ánimo con que se llevan a cabo; y c) el objeto que se persigue con su celebración. *Cfr.* MANTILLA MOLINA, ROBERTO. *Op. Cit.* p.60 y ss. TENA, FELIPE DE J., *Op. Cit.* p. 55 y ss.

sea de paso, enumera principal, pero no exclusivamente los actos considerados de comercio.

Esta ordenación entre sistema objetivo y subjetivo, refleja el desarrollo que ha tenido el derecho mercantil en la historia, de predominantemente personal a predominantemente real.

Es posible afirmar: *“...nuestro Código de Comercio adopta en esta materia un sistema mixto, aunque predominantemente objetivo. En efecto, algunos de los actos de comercio que regula derivan su mercantilidad de sus propias características, los son en sí y por sí, sin importar la calidad de la persona que los lleva a cabo; otros actos, en cambio, tienen el carácter de mercantiles precisamente por la circunstancia de ser realizados por un comerciante, esto es, por la consideración de la calidad de la persona que los ejecuta”*.²⁵

No obstante lo anterior, *“existen situaciones en las que al celebrarse un negocio jurídico, normalmente un contrato bilateral en el que se establecen prestaciones recíprocas una de las partes realiza un acto de comercio y la otra un acto meramente civil. Esto sucede, por ejemplo, cuando alguna persona adquiere en una negociación comercial determinada mercancía. Para el comprador tendrá carácter civil; para el comerciante, para el titular de la negociación vendedora, el acto será de naturaleza mercantil”*.²⁶

En este caso, en el Código de Comercio en su artículo 1050 se da una solución, aunque parcial, por referirse únicamente al aspecto procesal del problema, precepto que a la letra dice:

(Código de Comercio)

²⁵ DE PINA VARA, RAFAEL. *Op. Cit.* p. 23.

²⁶ DE PINA VARA, RAFAEL. *Op. Cit.* p. 26.

“Artículo 1050. Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles”.

1.5. Obligaciones.

En este apartado no se trata de las obligaciones en cuanto vínculo jurídico, sino de los deberes que la ley impone para aquellos sujetos que tienen o hacen del comercio su ocupación ordinaria, es decir, de aquellas personas señaladas por el artículo 3º del ordenamiento mercantil, así como de las posibles consecuencias que puede traer la inobservancia de éstas imposiciones.

Nuestro Código de Comercio refiere que todas aquellas personas que profesan la actividad de comerciante, por la simple razón de serlo, se les imponen ciertas obligaciones, las cuales a continuación mencionamos brevemente.

El artículo 16 del Código de Comercio, señala lo siguiente:

(Código de Comercio)

“Artículo 16. Todos los comerciantes por el hecho de serlo, se encuentran obligados:

I. A la publicación, por medio de la prensa, de la calidad mercantil con sus circunstancias esenciales, y, en su oportunidad, de las modificaciones que se adopten;

II. A la inscripción en el Registro Público de Comercio, de los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios;

III. A mantener un sistema de contabilidad conforme al artículo 33;

IV. A la conservación de la correspondencia que tenga relación con el giro del comerciante.”

I.- Anuncio de la calidad mercantil.

El precepto citado establece como obligación para el comerciante participar al público en general de la apertura de su establecimiento o despacho, su domicilio, tanto del asiento principal como de sus sucursales, mediante los medios de publicidad pertinentes en el lugar o lugares donde haya de desarrollar sus actividades, así como su razón social o denominación, el nombre de sus directores o gerentes, etcétera. Esta serie de requisitos se encuentran enunciados en el artículo 17 del ordenamiento mercantil, el cual establece:

(Código de Comercio)

“Artículo 17. *Los comerciantes tienen el deber:*

- I. De participar la apertura del establecimiento o despacho de su propiedad, por los medios de comunicación que sean idóneos, en las plazas en que tengan domicilio, sucursales, relaciones o corresponsables mercantiles; esta información dará a conocer el nombre del establecimiento o despacho, su ubicación y objeto; si hay persona encargada de su administración, su nombre y firma; si hay compañía, su naturaleza, la indicación del gerente o gerentes, la razón social o denominación y la persona o personas autorizadas para usar una u otra, y la designación de las casas, sucursales o agencias si las hubiere;*
- II. Dar parte, en igual forma, de las modificaciones que sufra cualquiera de las circunstancias antes descritas (...)*”

Sin embargo, dicha “obligación” en realidad es una disposición sin aplicación alguna deviniendo en letra muerta, precepto que debería haber sido derogado del Código de Comercio desde hace mucho tiempo, ello en virtud de que al no preverse sanción para la inobservancia del texto del artículo, carece

completamente de importancia el señalarla como obligación, dejando su cumplimiento a la potestad del comerciante.

Resulta importante mencionar lo que FELIPE DE J. TENA, dice a este respecto, opinión con la que coincidimos plenamente:

“... sólo un comentario nos sugiere, y es el de que debe suprimirse totalmente, por inútil, el contenido de ese capítulo. La razón es obvia: esa disposición no tiene sanción alguna que asegure su observancia , y, no teniéndola, su cumplimiento dependerá de la buena voluntad del comerciante. Así, pues, el precepto legislativo no importa una obligación, por más que el código le dé tal nombre, y, en el fondo, no pasa de ser una recomendación o consejo. Ahora bien, los consejos o recomendaciones, como nada tienen de jurídico, no pueden ser materia de ordenamientos legales.”²⁷

Es de la misma opinión RAÚL CERVANTES AHUMADA, quien al respecto de lo que establece el texto del transcrito artículo 17 dice:

“...Las órdenes transcritas se reducen, en la práctica, a un romántico consejo, pues carecen de sanción, y por inútiles, los comerciantes no las cumplen, lo mismo que tampoco cumplen la obligación general de publicar el anuncio de su calidad de comerciante.”²⁸

Tenemos en contra del criterio mencionado, la opinión de ROBERTO MANTILLA MOLINA, quien dice:

“En contra de la opinión de TENA, considero que la obligación legal de publicidad, característica del sistema mejicano (sic) tiene gran interés para terceros y que no debe desaparecer, sino ser perfeccionada. Sólo por medio de

²⁷ TENA, FELIPE DE J., *Op. Cit.* pp.165-166.

²⁸ CERVANTES AHUMADA, RAÚL. *Op. Cit.* p. 317.

ella quienes contratan con un comerciante permanecen al tanto de los principales actos que afectan su negociación, e incluso, de cuándo (sic) deja de ser propietario de ella. (...) A tal efecto es insuficiente el Registro Público de Comercio, ya que no es posible estar consultándolo para conocer los cambios que en él se inscriban, y que podría llegar al público a través de un adecuado sistema de publicidad.²⁹

En nuestra opinión el artículo 17 del Código de Comercio es completamente inaplicable, en parte porque no prevé sanción alguna en caso de incumplimiento y por otra parte porque el hacer o no hacer anuncio de la calidad mercantil en nada afecta los derechos de las personas con las que el comerciante tenga relación, aunado a que realmente carece de interés para el público en general el conocer o saber todos los detalles que cita el artículo 17. Ya que realmente para contratar con algún comerciante adquiriendo sus productos o bien, disfrutando de los servicios que presta, en el momento en que se perfecciona la obligación, para nadie es estrictamente necesario saber si su dirección se encuentra en la plaza donde se lleva a cabo el acto, ni si es la casa matriz o es una sucursal, o cual es el nombre de su gerente o director general. No, definitivamente, ese tipo de información carece de interés para el público en general. Dar a conocer estos datos interesará en todo caso al comerciante, para darse a conocer ante sus posibles clientes y continuar desempeñando o ampliar, en su caso, las actividades a las cuales se dedique.

No obstante, será otra cuestión muy diferente, cuando alguna persona pretenda adquirir participación dentro de una empresa mediante la compra de acciones o títulos que acrediten dicha participación, o para el caso de que teniendo algún problema de incumplimiento en las relaciones comerciales, se desee reclamar ante el órgano jurisdiccional competente el cumplimiento de alguna obligación, o para fincar responsabilidad a sus directores o gerentes, o para conocer cuantos apoderados o representantes posee. En esos casos sí

²⁹ MANTILLA MOLINA, ROBERTO. *Op. Cit.* p.136.

importa a los terceros el conocer con precisión la situación jurídica del comerciante o de la negociación, para lo cual, se emplea la inscripción en el registro de comercio correspondiente³⁰, de lo que nos ocupamos a continuación.

II.- Inscripción.

El desarrollo y las actividades de un comerciante descansan principalmente, en el crédito que el público haya otorgado a éste, *“es decir, en la confianza que inspira de que cumplirá sus compromisos, y ese crédito tiene a su vez por principal apoyo el conocimiento de la verdadera situación jurídica y económica del comerciante”*.³¹

Para los terceros que tengan interés en conocer la situación legal y económica de una empresa, resulta de vital importancia que dicha información sea auténtica y que provenga de una fuente fiable. Ello en virtud de que aún cuando, el anuncio de la calidad mercantil es una *“obligación”*, el comerciante bien podría omitir algún detalle o negarse a informar sobre alguna cuestión, y en ese caso nadie podría exigirle nada, ya que como dijimos, no existe sanción alguna para esta omisión.

Al efecto, y para hacer dicha información del dominio público, dando certidumbre a las personas interesadas en conocer la situación legal y económica de la empresa en cuestión, es que el Código impone la obligación de inscribirse en el registro de comercio de la localidad de que se trate.

El Artículo 21 del Código de Comercio enumera de manera limitativa los datos que deberá contener el folio donde se concentre la información de cada comerciante. Dicha información comprende en términos generales las personas, documentos, hechos y bienes que tengan relación con la empresa o con sus

³⁰ Cfr. TENA, FELIPE DE J., *Op. Cit.* p. 166. BARRERA GRAF, JORGE. *Op. Cit.* p.179.

³¹ TENA, FELIPE DE J., *Op. Cit.* p. 167.

actividades. Es de hacer notar que el Código de Comercio no es el único ordenamiento que impone la inscripción de ciertos actos, otras leyes tales como la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito entre otras imponen esta obligación.

Todos los datos que se inscriban en el registro de comercio son públicos y están al alcance de cualquier persona. Para el caso de que un acto que se ordene su inscripción ésta no se realice, la ley prevé la sanción de que dicho acto sólo produzca efectos entre aquellos que lo celebraron, sin causar perjuicio a terceros. Así se establece en el artículo 27:

(Código de Comercio)

“Artículo 27. La falta de registro de los actos cuya inscripción sea obligatoria, hará que éstos solo produzcan efectos jurídicos entre los que lo celebren, y no podrán producir perjuicio a tercero, el cual sí podrá aprovecharse de ellos en lo que le fueren favorables.”

La inscripción de los actos tienen generalmente efectos declarativos, cuando se limitan a confirmar la fuerza del acto o documento escrito. No es esencial para que el acto adquiriera cierta calidad, ya que no añade nada a la fuerza que por sí tiene el acto que se inscribe. Sin embargo existen actos cuyos efectos en el registro de comercio son constitutivos, éstos son aquellos cuya fuerza jurídica y obligatoriedad sólo se adquieren mediante su registro, y la falta de éste provoca que carezca de los efectos que las partes buscan, esto es, su conocimiento por parte de los terceros y su aplicabilidad *erga omnes*. *“Los hechos no inscritos se presumen ignorados por los terceros, en cambio los hechos inscritos se presumen conocidos por éstos”*.³²

III.- Contabilidad

³² Cfr. VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR. *Op. Cit.* p. 81.

Esta obligación se entiende en el sentido de que el comerciante requiere llevar un registro de cada movimiento que realice para conocer con exactitud el balance entre sus pasivos y sus activos, amén de que permite y facilita al Estado, el control de los impuestos que deba cobrar por medio de la comprobación de dicha contabilidad.

Dicha obligación, al margen de su utilidad fiscal, es un importante medio por el cual el comerciante conoce el estado de sus actividades comerciales y las consecuencias de estos actos en su estado patrimonial. Además de la utilidad comercial que implica llevar la contabilidad, ésta tiene un impacto jurídico, que a fin de cuentas es el que nos interesa, ya que es bien sabido que de cada operación mercantil que se refleje de los libros contables, ésta provendrá de algún contrato o negocio jurídico, regulado por las normas jurídicas.

Dispone el Código de Comercio que los comerciantes llevarán la contabilidad de su empresa de la manera que mejor les acomode, señalando que ésta deberá a) permitir la identificación de las operaciones, de manera que éstas puedan rastrearse y ubicar su impacto en el balance final, b) que permita desprender de las mismas los informes y estados financieros correspondientes, y c) incluir los sistemas de verificación y vigilancia internos que impidan la omisión de registro de alguna operación, de igual manera que permitan la corrección del estado contable que permita la corrección del estado final. (Código de Comercio, Artículo 33).

La contabilidad mercantil se llevará en “libros de comercio”, los cuales, el Código no establece cuantos y de que tipos deberán ser, pero si señala que deberá llevarse un “libro mayor” y en el caso de las sociedades mercantiles el “libro o libros de sociedad o de actas” (Código de Comercio, Artículo 34)³³.

³³ Cabe mencionar que antes de la reforma realizada al Código de Comercio por decreto del 19 de diciembre de 1980, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 23 de enero de 1981, el texto del artículo 33 establecía en su primera parte que *“El comerciante está obligado a llevar cuenta y*

En el caso del libro mayor, el Código lo considera el más importante, al grado de ser el único que menciona regulando como se realizarán los asientos, además dispone que deberá registrarse en éste las operaciones que se lleven con la frecuencia que se desee, pero no deberán ser menores a una anotación mensual respecto del estado de las cuentas de la contabilidad, su saldo al final del periodo, el total de movimientos y su balance final; y en el caso de los libros de actas para las sociedades mercantiles todos los acuerdos y resoluciones relativos a la marcha del negocio que se tomen por las asambleas o juntas de socios o del consejo de administración.

Sin embargo, hoy en día, estas disposiciones resultan obsoletas, ya que se hace materialmente imposible hacer las anotaciones diarias en el libro mayor, mismas que han sido sustituidas por registros mensuales, acompañados de los comprobantes respectivos de conformidad con las disposiciones fiscales aplicables, usándose el sistema de pólizas o facturas sueltas de contabilidad. Y los datos contables que debieran registrarse son almacenados en máquinas especializadas, y en los sistemas de almacenamiento que aprueben las autoridades hacendarias en las disposiciones fiscales correspondientes según cada caso.

Una más de las razones respecto de la importancia de llevar una contabilidad al corriente radica en que los libros y asientos contables de los comerciantes hacen prueba plena en su contra. Además de que en caso de controversia, si el comerciante no presentare sus libros, harán prueba los que su contraparte presente, a no ser que la falta de dichos libros sea por causa de fuerza mayor. También, en caso de que en los libros se hayan anotado datos erróneos o falsos, y aún cuando contando con todos los requisitos legales éstos libros fueren

razón de todas sus operaciones en tres libros por lo menos, que son: el libro de inventarios y balances, el libro general de diario y el libro mayor o de cuentas corrientes". Cfr. TENA, FELIPE DE J., Op. Cit. p. 178. Cfr. también CERVANTES AHUMADA, RAÚL. Op. Cit. p. 327.

contradictorios, el juez o el tribunal decidirá en consonancia con los otros medios de prueba aceptados en el juicio. (Código de Comercio, Artículo 1295).

Se aprecia entonces la importancia de que el comerciante cuente con un adecuado registro de sus actos y contratos, ya sea por medio de libros, mediante anotaciones manuales, o por los medios ya sea mecánicos o electrónicos que mejor le acomoden para el ejercicio de su empresa, ya que del cabal cumplimiento que se de a esta obligación es que se podrá comprobar que algún acto o prestación fue contratada o cumplida, probando con ello actos que tienen o tendrán repercusiones jurídicas.

No obstante que el Código de Comercio no establece sanciones directas para la falta u omisión por parte del comerciante en el seguimiento de esta obligación llamada también de “teneduría” o de “llevaranza”³⁴, con excepción de la multa que se impondría en su caso para aquél comerciante que llevare sus libros en otro idioma que no sea el castellano, las sanciones existen, pero éstas son indirectas, o bien, se encuentran reguladas por otro ordenamiento.³⁵

Por ejemplo, en el caso de las sociedades mercantiles, la Ley General de Sociedades Mercantiles obliga a que las personas encargadas de la administración presenten a los demás socios de manera anual, un informe general que refleje la manera de llevar la administración de la sociedad en lo general, incluyendo los criterios contables que se siguieron en el ejercicio del caso, las políticas generales de administración, un informe sobre las finanzas etcétera. En general, estos “informes financieros” como los llama la ley, tiene su importancia en que reflejarán la contabilidad de la empresa, haciendo constar sus operaciones y su estado de pérdidas y ganancias. La omisión en la presentación de este informe, será castigada por la sociedad con la remoción de los administradores y de los

³⁴ Cfr. BARRERA GRAF, JORGE. *Op. Cit.* p.196.

³⁵ Cfr. VÁZQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR. *Op. Cit.* p.92; DE PINA VARA, RAFAEL, *Op. Cit.* p.185.

comisarios, sin perjuicio de que se les exijan las responsabilidades en que pudieren haber incurrido.

Estos informes financieros, serán revisados en asamblea general de accionistas, y deberán asentarse en el libro de actas de asamblea de la sociedad, para que consten como referencia futura, ya sea para los propios accionistas, o bien, en caso de realizarse una auditoría a la sociedad, ya por un órgano privado, ya por las autoridades fiscales.

Aunado a lo anterior, resulta útil recordar que el Código Fiscal de la Federación en su artículo 83 sanciona como infracciones relacionadas con la obligación de llevar contabilidad las siguientes acciones:

- A) No llevar contabilidad,
- B) No llevar ningún libro o registro especial al que obliguen las leyes fiscales,
- C) Llevar la contabilidad de una manera distinta a la señalada por el Código Fiscal y demás leyes tributarias, o llevarla en otro lugar que el ordenado por dichas disposiciones,
- D) No hacer los asientos correspondientes a las operaciones efectuadas; hacerlos incompletos, inexactos o fuera de los plazos respectivos,
- E) No presentar los documentos que la autoridad fiscal requiera cuando lo exijan las disposiciones fiscales,
- F) No conservar la contabilidad a disposición de la autoridad hacendaria por el plazo que establezcan las leyes tributarias,
- G) No expedir comprobantes cuando la ley lo exija, o bien el no expedirlos con todos los requisitos que ésta señale, y
- H) Microfilmear la documentación contable sin cumplir con los requisitos que la ley fiscal señale para hacerlo.

Finalmente, es de hacer notar que los comerciantes tienen el deber de conservar los documentos y datos relativos a su contabilidad por el plazo de diez años, extendiendo dicha obligación, inclusive a los herederos del comerciante.

IV. Correspondencia.

Esta obligación consiste en que el comerciante deberá conservar en su poder todas aquellas comunicaciones que tengan relación con el desarrollo y ejercicio de su empresa, ya sea que consten en documentos, cartas, telegramas o en medios más modernos tales como los correos electrónicos.

La correspondencia tiene su importancia más que nada como medio probatorio, ya que en una controversia, los jueces o tribunales podrán decretar de oficio o a petición de parte que se presenten en juicio, para su examen y/o compulsas, todos aquellos documentos que tengan relación con el tema controvertido, ya sea que éstas hayan sido suscritas por el comerciante o bien, las que éste tenga en su poder y que hayan sido suscritas por su contraparte en la controversia. (Código de Comercio, Artículo 50).

Finalmente, y al igual que lo señalado para la contabilidad, el código señala que los comerciantes deberán conservar esta correspondencia por el término de diez años.

CAPÍTULO 2.

OBLIGACIONES MERCANTILES

2.1. Obligaciones.

Nos referiremos a continuación de manera breve, al concepto de obligación en el contexto general, esto es, en el ámbito civil, ya que es en esta materia donde encuentran su forma de ser y de perfeccionarse los actos mercantiles, incluídas, claro está, las obligaciones mercantiles, así como su cumplimiento e incumplimiento.¹

El concepto de obligación es uno de los más importantes para el derecho civil, y en general para todo el sistema jurídico mexicano, en virtud de que por medio de las obligaciones son formados vínculos jurídicos entre las personas y sujetos de derecho, por medio (generalmente) de la celebración de actos jurídicos del tipo contrato.

¹ *Código de Comercio. Artículo 2º.* A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal.

*“Obligación es, dice el maestro BORJA SORIANO la relación jurídica entre dos personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir del deudor”.*²

Las obligaciones, forman parte del patrimonio de cada persona, el patrimonio de las personas se compone de derechos patrimoniales y derechos extrapatrimoniales. De éstos dos, el que nos interesa para efectos del presente trabajo es el referente a los derechos patrimoniales. Estos derechos patrimoniales están divididos en dos categorías, los derechos reales y los derechos de crédito o también llamados derechos personales.

El derecho real *“es aquel cuyo titular puede ejercerlo, hacerlo valer, frente a cualquier persona, respecto de una cosa. Los derechos reales son aquellos que con relación a una cosa, un bien, impone a todo mundo la obligación de no estorbar a su titular ...”*³ *“...Derecho personal es el que una persona tiene para exigir de otra determinada, una prestación, un hecho o una abstención. Es una relación entre dos personas, en la que una de ellas adquiere la calidad de sujeto activo y el sujeto pasivo es la otra. Es una relación que tiene su eficacia, pues, entre dos personas, de las cuales una es acreedora y otra deudora”.*⁴

*“El derecho de crédito (...) es la relación jurídica por la que una persona, el acreedor, está facultado para exigir de otra, el deudor, una prestación de dar o de hacer o una abstención, en todo caso de carácter patrimonial.”*⁵ Al respecto de la denominación de derechos de crédito o derechos personales DOMÍNGUEZ

² BORJA SORIANO, MANUEL. *Teoría general de las obligaciones*, México, 1953, T. I, p. 81. Citado por DE PINA VARA, RAFAEL. *Op. Cit.* p. 200.

³ VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR. *Op. Cit.* p. 147 y 148. *Cfr.* DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO. *Op. Cit.* p. 217 y 218, además p. 323.

⁴ VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR. *Op. Cit.* p. 147 y 148. *Cfr.* DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO. *Op. Cit.* p. *Cfr.* también SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, JORGE A., *Derecho Civil*. Colección: Introducción al Derecho Mexicano, No. 9, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Reimpresión, México, 1983, pp. 76-77.

⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO. *Op. Cit.* p. 219.

MARTÍNEZ nos dice que *“Los derechos de crédito son también conocidos, con menos fortuna por cierto, como derechos personales. (...) El derecho de crédito – advierten Ripert y Boulanger- es llamado derecho personal. Esta expresión es de origen latino, pues los romanos llamaban actio in personam a la acción por la cual un acreedor hacía valer su derecho. Llamamos del mismo modo acciones personales a las acciones que pueden ejercer los acreedores.(...) De allí proviene la costumbre muy divulgada de aplicar el calificativo de “personal” al mismo derecho de crédito; este uso fue favorecido por la circunstancia de que el término “derecho personal” forma una perfecta antítesis con el término “derecho real”*.⁶

Como dijimos en el capítulo anterior, la importancia de la teoría de las obligaciones es tal, que no es aventurado afirmar que es la institución más importante y más interesante de todo el sistema jurídico.

En virtud de que los comerciantes y en general, la realización de actos de comercio, generalmente se verifica en la vida diaria celebrando actos jurídicos del tipo contrato, es que reviste importancia mantener el concepto de obligación anteriormente apuntado, para pasar a continuación a tratar el tema de las obligaciones mercantiles.

En efecto, en cada momento de cada día, constantemente, se están creando obligaciones, ya sea por celebrar actos (contratos) tan simples como una compraventa de algún producto, o tan complejos como las operaciones bancarias o de bolsa, o la celebración de algún tratado, lo cual, se encuentra regulado por diversas leyes, pero cada uno con características similares.

De igual forma, cuando esas obligaciones son incumplidas por alguna de las partes que en ella intervinieron, ya sea por negarse a otorgar la prestación a que se obligó, o por omitir realizar algún acto, dicho comportamiento también se encuentra regulado por el derecho, y tendrá repercusión en el mundo material. Por

⁶ *Op. Cit.* pp. 217 y 218.

ende, se aplican de igual manera las disposiciones de la Teoría de las Obligaciones ya sea para celebrar una obligación o para sancionar su incumplimiento.

El mundo de la teoría de las obligaciones es tan vasto que en realidad es el verdadero pilar de todo sistema jurídico. Y dicho sea de paso, las obligaciones que se crean son celebradas por una diversidad de personas, ya por particulares, ya por comerciantes, ya por personas físicas, ya por personas morales, siendo reguladas en cada caso por ordenamientos jurídicos distintos según se de el caso.

No siendo el objetivo de este trabajo el tratar la Teoría de las Obligaciones, basta afirmar en palabras de VÁSQUEZ DEL MERCADO⁷ que *“el derecho de las obligaciones, no es sólo de ámbito civil, sino que va a aparejado a la evolución mercantil o más ampliamente a la evolución económica, que ha mostrado sin duda, un desarrollo acelerado en los últimos tiempos. El derecho de las obligaciones ocupa en el ámbito de las leyes, un lugar preponderante y ha sido considerado de manera fundamental en el Derecho Mercantil, que no es sino un derecho de las obligaciones, especialmente consagrado a cierta categoría de personas, los comerciantes y a ciertos actos, los actos de comercio”*.

2.2. Obligaciones Civiles y Obligaciones Mercantiles.

*“No hay un concepto de obligación mercantil distinto del de obligación civil. La obligación, como sabemos, es el vínculo jurídico por el que una persona está sujeta, respecto de otra, a una prestación, un hecho o una abstención.”*⁸

Las obligaciones mercantiles no son, ni configuran en realidad, situaciones distintas que las llamadas obligaciones civiles.

⁷ VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR. *Op. Cit.* p. 149.

⁸ VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR. *Op. Cit.* p. 149.

La diferencia primordial entre ambos tipos de obligación, es, como hemos venido diciendo en reiteradas ocasiones, tanto la calidad de comerciantes de las personas que en éstas intervienen, así como los actos sobre las cuales recae el vínculo jurídico. En efecto, aunque al parecer existen algunas diferencias entre las obligaciones civiles y las mercantiles, en realidad dichas “diferencias” constituyen únicamente los matices con los que el Código de Comercio enfatiza la manera en que los comerciantes habrán de regular sus relaciones jurídicas. *“He aquí por qué ningún Código de Comercio se ocupa en exponer, en toda su amplitud la teoría de las obligaciones mercantiles; ello sería superflua repetición de normas establecidas por el Código Civil. Unos pocos preceptos, en cuanto significan creaciones especiales del derecho mercantil, son los únicos que integran, o que deben integrar la teoría de los códigos de comercio en punto al derecho de las obligaciones.”*⁹

La idea apuntada explica la razón del texto del artículo 81 de nuestro Código de Comercio, el cual dice:

“Artículo 81. *Con las modificaciones y restricciones de éste Código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos.”*

*“Ya quedó escrito, y aún así se entiende, que en cada obligación figuran cuando menos dos personas que se encuentran una frente a otra en una relación de desigualdad. De una parte la libertad personal del acreedor traspasa sus confines naturales, transformándose en un poder sobre el deudor; de otra parte, por el contrario, la libertad natural del deudor se restringe, de tal manera que se coloca en un estado de sujeción o necesidad.”*¹⁰

⁹ TENA, FELIPE DE J. *Op. Cit.* p. 264. *Cfr.* también, VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR. *Op. Cit.* pp. 150-151.

¹⁰ VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR. *Op. Cit.* p. 150.

A fin de aportar un concepto general de obligación mercantil, seguimos la idea de VÁSQUEZ DEL MERCADO para afirmar que *“la obligación mercantil constituye el vínculo jurídico por el cual un sujeto debe cumplir frente a otro una prestación que tiene carácter mercantil, porque el acto que lo origina es de naturaleza mercantil, un contrato mercantil”*.¹¹

Sin embargo, y como se sabe, no siempre las personas que intervienen en la celebración de contratos mercantiles o las que realizan actos de comercio tienen el carácter de comerciantes. Puede darse el caso de que una persona no comerciante suscriba un cheque para pagar a otro particular, (acto de comercio objetivamente), o sucede comúnmente que una persona celebre un contrato de depósito a la vista con una institución bancaria. En esos y otros casos cabe preguntarse ¿cómo puede saberse cuándo se está al frente de una obligación civil y cuándo se está ante una obligación mercantil?.

Amén de lo que ha sido expuesto en el capítulo anterior respecto de aparente solución que el Código de Comercio brinda en su artículo 1050, ya transcrito, consideramos pertinente anotar aquí como el método más sencillo para diferenciar cuando una obligación es civil o es mercantil, de acuerdo a lo que expone el maestro Gutiérrez y González *–siguiendo la tesis respecto de acto de comercio de Rocco–*, será obligación mercantil, la que derive de un acto de comercio en el que se ejecute un cambio indirecto, una intermediación en el cambio. Si no existe la realización de un acto de comercio con la característica anotada, entonces la obligación será civil¹².

Para reforzar lo dicho anteriormente, VÁSQUEZ DEL MERCADO se expresa de la siguiente forma: *“El acto de comercio ha servido para delimitar la materia mercantil y al mismo tiempo, se considera como fuente de obligaciones,*

¹¹ *Op. Cit.* p. 150.

¹² *Cfr.* GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO. *Derecho de las Obligaciones*. Editorial Porrúa. Décimo Cuarta Edición. México, 2001. p.80.

*cuya naturaleza no puede ser más que mercantil, porque mercantil es el acto del que dimanen estas obligaciones y el acto no es sino un contrato mercantil*¹³.

2.3. Contratos Mercantiles

*“Los contratos son la fuente más importante de las obligaciones mercantiles, puesto que la actividad de los comerciantes consiste esencialmente en contratar.”*¹⁴

De la misma manera en que no existe una separación completa entre las obligaciones civiles y las mercantiles, lo mismo sucede en cuanto a los contratos mercantiles, Sin embargo, éstos últimos tienen ciertas particularidades que modifican o complementan a las normas del derecho civil, características que es pertinente mencionar:

1.- *“En relación a la formación de los contratos mercantiles, se aplican las mismas normas generales de la materia civil y que forman parte del derecho general de las obligaciones. Así sucede por lo que se refiere a los elementos esenciales del contrato: la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa.”*¹⁵

2.- En materia mercantil, especialmente en lo que toca a la suscripción de títulos de crédito, la solidaridad se presume entre los sujetos que los otorgan, en materia civil, la solidaridad en las obligaciones debe pactarse expresamente.

Aunque el Código de Comercio no contiene una declaración expresa acerca de la solidaridad tal como si existe en el Código Civil (artículo 1988) en el sentido

¹³ VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR. *Op. Cit.* p. 149.

¹⁴ *Op. Cit.* p. 150. En el mismo sentido se expresa SALANDRA al afirmar que “La fuente más importante de las obligaciones mercantiles está constituida por los contratos. En efecto la actividad de los comerciantes consiste esencialmente en contratar”. SALANDRA, VITTORIO. *Curso de derecho mercantil*, p. 17. Citado por DE PINA VARA, RAFAEL. *Op. Cit.* p. 205.

¹⁵ VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR. *Op. Cit.* p. 151.

de que en dicha materia la solidaridad no se presume, resulta de la voluntad de las partes o de la ley, la solidaridad en materia mercantil se presume según el dictado de los preceptos de algunas de las leyes de carácter mercantil. *“Así por ejemplo, en el la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito el artículo 4º, dice que en las operaciones que reglamenta se presume la solidaridad; en el artículo 154, señala que el aceptante, girador, avalista, endosante, se presumen solidariamente obligados; por su parte, el artículo 159 menciona que todos los que aparezcan en la letra se presumen obligados solidariamente. (...) En igual forma, la Ley General de Sociedades Mercantiles, el artículo 7º indica que las personas que realicen actos en nombre de la sociedad, antes del registro de ésta, responderán solidariamente por dichas operaciones; el artículo 21, señala la responsabilidad solidaria del administrador por no separar de las utilidades el monto debido para formar el fondo de reserva; los socios colectivos y comanditados son solidariamente responsables de las obligaciones sociales, según los artículos 25, 51 y 207, y así otras más disposiciones. (...) A pesar de no existir una declaración expresa, la solidaridad en las obligaciones mercantiles debe siempre presumirse, salvo prueba en contrario. La norma de solidaridad en las obligaciones mercantiles en la legislación, doctrina y jurisprudencia de los países cuyas disposiciones legales fueron la base para dictar las nuestras (Francia, España, Italia), ha sido transmitida a nosotros pese a que no se encuentra establecida expresamente en una única disposición.”*¹⁶

3.- Se presume que los actos y actividades mercantiles son onerosos, salvo pacto en contrario que conste de manera expresa.

La onerosidad se presume ya que aquél que celebra algún acto de naturaleza comercial, generalmente lo hace con el fin de obtener una ganancia, un lucro en la intermediación del bien o el servicio que se otorga, y por ello es que la regla es que toda operación mercantil lleva implícito dicho fin.

¹⁶ *Op. Cit.* p. 152-153.

4.- Es posible acordar en las obligaciones entre comerciantes, que el pago se realice en moneda nacional o extranjera.

Cuando el pago se verifica en moneda nacional, no existe problema alguno, pero en el caso de que se pacte el pago en moneda extranjera, la obligación se entenderá cumplida cuando el pago se realice en moneda nacional al tipo de cambio en que se verifique el pago.¹⁷

5.- No hay plazos de gracia en el pago de las obligaciones contraídas, por lo que el obligado deudor incurre en mora sin necesidad de interpelación¹⁸ de su acreedor, y

6.- No existe forma obligatoria para la celebración de actos comerciales¹⁹, con excepción de los actos que la propia ley requiera que revistan alguna forma específica.

2.4. Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones

A fin de estar en posibilidad de dar seguimiento a este inciso, consideramos necesario hacer un brevísimo recuento (en virtud del aspecto monográfico de este trabajo) a la teoría general del contrato, para percibir cuando se considera por nuestro derecho que una obligación ha sido cumplida o no.

¹⁷ *Ley Monetaria. Artículo 8.* La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rijan en el lugar y fecha en que se haga el pago.

¹⁸ La interpelación en este caso se entiende en su segunda acepción aportada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: Voz “*Interpelar*”: 2. Requerir, compeler o simplemente preguntar a alguien para que de explicaciones o descargos sobre un hecho cualquiera”. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima tercera edición, tomado de la página. <http://buscón.rae.es/diccionario/drae.htm>.

¹⁹ Es práctica común en las obligaciones mercantiles que la forma sea un elemento de prueba de existencia de la obligación, en caso de controversia, más no implica de ninguna manera que sea un requisito de validez. Con la excepción claro está, de que así lo determine expresamente la ley del caso. *Cfr. VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR. Op. Cit.*, pp. 159 y 160.

De conformidad con la definición de obligación anotada en líneas precedentes, observamos que el derecho de crédito o derecho personal se encuentra formado por los siguientes elementos:

- 1) Los sujetos, los cuales son: a).- El deudor, y b) El acreedor,
- 2) Una relación jurídica que los une, y
- 3) El objeto, que es la prestación que se debe, o a lo cual uno se obliga.²⁰

La relación jurídica formaliza la obligación como tal, cuando se ha hecho una propuesta y ésta ha sido aceptada, quedando por ende los sujetos constreñidos, es decir, obligados al cumplimiento de lo pactado.

Como es bien sabido, el perfeccionamiento de los contratos se da cuando existe un acuerdo de voluntades (consentimiento), es decir, cuando existe una manifestación de la(s) voluntad(es) en otorgar un acto jurídico, lo cual se debe estudiar en dos momentos, la propuesta y la aceptación²¹.

La propuesta, también llamada oferta o *policitación*²², es realizada por el proponente, es decir, por la persona o sujeto que manifiesta su interés o la intención de celebrar el contrato de que se trate. *“La propuesta es una declaración de voluntad con la cual el proponente concede a su destinatario el poder de dar vida, al contrato mediante la aceptación”*²³.

La aceptación por su parte, es la contraparte de la oferta en la formación de la relación jurídica, ya que sin aceptación no puede considerarse que surja a la

²⁰ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO. Op. Cit. p. 109.

²¹ *“El consentimiento considerado como acuerdo de voluntades, queda integrado con la aceptación de la oferta”*. Cfr. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO. Op. Cit. p.527.

²² Acerca del término *“policitación”*, GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ la define como *“una declaración unilateral de voluntad, recepticia, expresa o tácita, hecha a persona determinada o indeterminada, que enuncia los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, seria y hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad”*. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO. Op. Cit. p. 262.

²³ VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR. Op. Cit., pp. 157.

vida jurídica una obligación como tal. *Rocco*²⁴ define a la aceptación como “*una declaración de voluntad, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, policitud u oferta*”.

La aceptación de la oferta o de la propuesta, “*...debe ser de tal manera clara, que no haya duda de que la voluntad del aceptante es la de adherirse a la oferta. El aceptante debe ser el destinatario de la propuesta, salvo la oferta al público en la que no se precisa un determinado destinatario. Por otra parte, la aceptación debe dirigirse precisamente al proponente u oferente, ya que dirigida a una persona diversa, no tiene fuerza de aceptación. (...) Cualquiera que sea la forma de aceptación, debe ser lisa y llana, es decir, no se admite condición del aceptante, porque vendría a considerarse una propuesta y, además, el proponente queda libre de su compromiso...*”²⁵

La obligación, es decir, el contrato que en cada caso se celebre, queda perfeccionado cuando la oferta y la aceptación coinciden. Sin embargo, es necesario distinguir cuando este perfeccionamiento se da entre presentes y ausentes.

Cuando la oferta es aceptada entre presentes, carece de dificultad la determinación del perfeccionamiento del contrato, porque es aceptada inmediatamente, ya sea mediante una simple afirmación expresando un “-sí-” liso y llano o de la realización de actos, hechos o signos que permiten suponer sin lugar a dudas que la respuesta es afirmativa, así lo preceptúa el artículo 1803 del Código Civil Federal, el cual se transcribe a continuación:

“Artículo 1803. *El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:*

²⁴ Citado por GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO. *Op. Cit.* p. 269.

²⁵ VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR. *Op. Cit.* p. 158.

I.- Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y

II.- El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.”

Si no se acepta, el oferente queda desligado de inmediato de aquello, de conformidad con lo establecido por el artículo 1805 del Código Civil Federal

(Código Civil Federal)

“Artículo 1805. Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata.”

Por otra parte, cuando la oferta se hace entre personas no presentes, la doctrina distingue cuatro teorías o sistemas en que se perfecciona el consentimiento, los cuales abordaremos brevemente:

- 1.- De la declaración,
- 2.- De la expedición,
- 3.- De la recepción, y
- 4.- De la información.

1.- Sistema de la declaración: El consentimiento se perfecciona desde el momento en que el destinatario de la oferta o propuesta “manifiesta” o “declara” en cualquier forma, incluso verbalmente, su aceptación.

2.- Sistema de la expedición: En este sistema se considera que el consentimiento se perfecciona cuando el destinatario de la oferta, además de enterarse de la misma la “expide”, mediante algún método o medio en que conste dicha aceptación, es decir, mediante una carta, un mensaje, etc.

3.- Sistema de la recepción: En este caso el perfeccionamiento se da cuando la aceptación ha sido expedida y el oferente de ésta la “recibe”, esto es, desde que la conoce de manera fehaciente.

4.- Sistema de la información: Según este sistema, se perfecciona el consentimiento cuando el oferente se “entera” o se “informa” de que su propuesta ha sido aceptada.²⁶

Nuestro Código de Comercio no establece de manera definitiva la manera en que se ha de considerar perfeccionado el consentimiento entre personas no presentes, sin embargo, es posible presumir de acuerdo al texto de su artículo 80, que se sigue el sistema de la recepción, ya que dicho precepto establece a la letra lo siguiente:

(Código de Comercio)

“Artículo 80. *Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.”*

Ahora bien, una vez que la relación jurídica ha sido perfeccionada y que se ha establecido el vínculo jurídico que une a las partes que lo otorgan, tenemos una *“situación bipolar donde la terminal activa es el acreedor y la pasiva el deudor. En*

²⁶ Véase GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO. *Op. Cit.* pp. 279 a 282. *Cfr.* también TENA, FELIPE DE J., *Op. Cit.* pp.267 a 274.

virtud de este vínculo el deudor está obligado a realizar una prestación a favor de su acreedor, y el acreedor puede exigirle coactivamente el cumplimiento de esa prestación. En este orden de ideas, la doctrina alemana ha distinguido dos elementos básicos en la obligación: el deber o schuld y la responsabilidad o haftung".²⁷

"La tesis alemana de lo que es la relación jurídica, reduce ésta a la facultad que tiene el acreedor de "poder exigir" a su deudor que cumpla, y la situación del deudor de "deber cumplir" con la pretensión de su acreedor. En otras palabras, la relación jurídica se reduce a un "poder exigir" y a un deber "cumplir", situación ésta que se engloba bajo el vocablo "Schuld".²⁸ Pero ¿que sucede cuando una de las partes no realiza aquél acto a que se obligó o no cumple con la prestación señalada?, entonces la relación jurídica pasa a otro término, ésta se ha roto, pues una de las parte ha incumplido con aquello a lo cual se obligó, "este segundo momento que se origina con el hecho ilícito, no es ya la relación jurídica, sino una consecuencia de haberla incumplido; y a esta secuencia en la tesis a estudio se le designa con el nombre de "haftung". "Haftung" viene a ser la coacción del poder público para que se haga efectiva la obligación cuando el deudor no la cumple voluntariamente, pero esta ya no es integrante de la relación jurídica ni por lo mismo parte de la obligación. La idea de acción judicial que pueda ejercitarse es posterior al nacimiento de la obligación, posterior al nacimiento de la relación de derecho, no es elemento de ella".²⁹

Como es bien sabido, nuestro sistema jurídico de las obligaciones, se regulan las obligaciones de dar, de hacer, y de no hacer, 2011 CC De lo anteriormente comentado, queda marcar el hecho de que la manera de cumplir con una obligación contraída es pagándola de manera que se cumpla con todas aquellas prestaciones a las que se obligó, ya que de lo contrario, se habrá incumplido con el vínculo jurídico, creando para el acreedor no satisfecho, el poder

²⁷ SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, JORGE A., *Op. Cit.* p. 76.

²⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO. *Op. Cit.* p.117.

²⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO. *Op. Cit.* p.118.

de acudir ante el órgano jurisdiccional ante un derecho subjetivo violentado de manera ilícita.

La violación sin razón de una obligación jurídicamente válida, nos coloca en la situación de analizar lo que es el proceso jurisdiccional, el procedimiento mercantil, y específicamente en el procedimiento mercantil de providencias precautorias, materia del presente trabajo.

CAPÍTULO 3

PROCEDIMIENTO MERCANTIL Y PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

En nuestros tiempos, resulta obvio que los particulares no pueden tomar la justicia por propia mano, ni mucho menos pueden realizar actos que importen privación o molestia en contra de la persona de otros ni de sus bienes si no es mediante la intervención de una autoridad judicial que sea competente. Esta intervención de un “tercero” para resolver la controversia surgida de una relación jurídica, que es el órgano jurisdiccional¹ supone la existencia previa de un derecho subjetivo que ha sido violentado de alguna manera, del cual se solicita su cumplimiento a través precisamente de la intermediación del Estado a través de su función jurisdiccional.

Es así que *“al ejercicio del derecho se contrapone la violación del derecho, la cual es la consecuencia de la realización o mantenimiento de un estado de hecho que impide en todo o en parte el ejercicio de un derecho. (...) Para que exista la violación del derecho, o injusticia civil, no es necesario por regla general*

¹ “Jurisdicción es la facultad de decidir, con fuerza vinculatoria para las partes, una determinada situación jurídica controvertida”. BECERRA BAUTISTA, JOSÉ. *El Proceso Civil en México*. Editorial Porrúa, 19ª Edición, México, 2006, Pág. 5.

el elemento intencional en el autor de aquella, o sea el dolo o la culpa, o la conciencia de hacer algo contrario al derecho objetivo: basta que exista objetivamente el hecho que impide el ejercicio del derecho. Tampoco se necesita el elemento subjetivo de parte del titular del derecho violado, o sea el conocimiento efectivo de la violación, pues basta para que ésta exista, que el hecho sea potencialmente contradictorio de la voluntad del que tiene derecho; así es que falta la violación sólo cuando falta en el titular la voluntad de ejercitar el derecho.”²

“En el Estado moderno, la prohibición de la autodefensa supone una ordenación adecuada que salvaguarda, al mismo tiempo, el interés de los particulares y el público en el mantenimiento de la legalidad. Las leyes se cumplen ordinariamente de una manera espontánea, pero el Estado ha de prever el evento contrario y establecer en consecuencia, como garantía del cumplimiento del derecho, órganos específicos de la función jurisdiccional, que en el caso concreto objeto de su actividad regulen ésta con sujeción a normas preestablecidas”.³

Es por lo anterior que el Estado, en ejercicio de su función jurisdiccional, establece mediante los ordenamientos procesales, diversas maneras en que ha de hacerse efectivo el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los sujetos, estableciendo al efecto órganos jurisdiccionales, los cuales tendrán el elevado objetivo de administrar la justicia a quien demuestre tener un derecho subjetivo y que éste le fue quebrantado, violado o incumplido.

De esta manera, y como veremos a continuación, existen dentro de los procedimientos jurisdiccionales, el proceso mercantil, y dentro de éste, los procedimientos mercantiles ordinarios y especiales, siendo uno de éstos últimos el procedimiento de providencias precautorias materia del presente trabajo.

² COVIELLO, NICOLÁS. *Doctrina General del Derecho Civil*. Traducción de Felipe de J. Tena. Edición Facsimilar. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003. p.533.

³ DE PINA, RAFAEL Y CASTILLO LARRAÑAGA, JOSÉ, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, 27ª Edición, México, 2003, pp. 185-186

3.1. PROCESO, PROCEDIMIENTO Y PROCEDIMIENTO MERCANTIL

Para delimitar el tema es necesario recordar someramente tres conceptos básicos del derecho procesal o adjetivo en general, los cuales son: proceso, procedimiento y proceso mercantil.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos aporta las siguientes definiciones respecto de los términos proceso y procedimiento:

*Proceso. (Del lat. **processus**). 1. m. Acción de ir hacia adelante. 2. m. Transcurso del tiempo. 3. m. Conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial. 4. m. Der. Conjunto de actos y trámites seguidos ante un juez o tribunal, tendentes a dilucidar contradictoriamente la justificación en derecho de una determinada pretensión entre partes y que concluye por resolución motivada. 5. m. Der. Causa criminal.*

Procedimiento. 1. m. Acción de proceder. 2. m. Método de ejecutar algunas cosas. 3. m. Der. Actuación por trámites judiciales o administrativos.⁴

Respecto de estos dos conceptos el maestro **Carlos Arellano García**, en su obra "*Derecho Procesal Civil*" nos dice que "*las expresiones "proceso" y "procedimiento" no son sinónimas. En el proceso se contemplan las etapas diversas en abstracto. En cambio, en el procedimiento se enfocan los hechos acaecidos en la realidad como consecuencia del desenvolvimiento concreto del proceso. El procedimiento es la actualización concreta del proceso. El proceso es*

⁴ Voces "Proceso" y "Procedimiento", "*Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*", 23ª Edición, tomado de la página. <http://buscón.rae.es/diccionario/drae.htm>.

abstracto y el procedimiento es concreto. En el proceso se previene la secuela ordenada de los actos que tienden al desempeño de la función jurisdiccional o de la función administrativa. Entre tanto, en el procedimiento, la realidad se ha pretendido apegar a esa secuela de actos pero, con todos los matices e individualidades que supone el caso real.

El proceso es el desarrollo regulado por la ley de todos los actos concatenados hacia el objetivo de aplicación de la ley. La ley se aplica administrativamente en la jurisdicción voluntaria. A su vez, la ley se aplica jurisdiccionalmente en la jurisdicción contenciosa. El procedimiento es el desarrollo real de un caso en que se ha planteado una determinada controversia.”⁵

Por lo que concluimos que el proceso es el todo, es el género, es el cambio de un estadio a otro; y dentro de este proceso, puede haber uno o varios procedimientos, que implica un avanzar, un ir hacia delante, ir hacia el estado final del proceso mismo. Así tenemos que dentro de un *proceso jurídico* (el todo, el marco, el género) tenemos que se desarrollan uno o varios procedimientos (especie del género proceso), procedimientos que concatenados, producen el cambio final, el desenlace del proceso, el cual culmina con una decisión final, con un juicio, la emisión de una sentencia.

Lo afirmado anteriormente se ve reforzado con las definiciones que el Diccionario Jurídico Mexicano establece respecto de los términos “Procedimientos” y “Derecho procesal”, siendo éstas del tenor literal siguiente:

“Derecho Procesal: *I. Es el conjunto de disposiciones que regulan la sucesión concatenada de los actos jurídicos realizados por el juez, las partes y otros sujetos procesales, con el objeto de resolver las controversias que se suscitan con la aplicación de las normas de derecho sustantivo.”⁶*

⁵ ARELLANO GARCÍA, CARLOS. *Derecho Procesal Civil*. 9ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 63.

⁶ Voz “Derecho Procesal”, *DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO*, Tomo D – H, Editorial Porrúa, 13ª Edición, México, 1999, p.1034.

“Procedimientos. I. Sustantivo plural cuya raíz latina es *procedo, processi, proceder, adelantarse, avanzar.* En general *procedimiento es la manera de hacer una cosa o de realizar un acto.* Procedimiento corresponde a *procedure* en inglés, *procedura* en italiano y *verfahren* en alemán...”⁷

En nuestro país como en muchos otros de los países de habla hispana, la palabra procedimiento se ha llegado a identificar con el acto mismo de enjuiciar, de llevar a cabo el juicio en sí⁸, tal y como expresa el maestro **José Becerra Bautista** en su obra *“El Proceso Civil en México”*: *“...la palabra juicio es, pues, sinónima de proceso y en la práctica judicial, en materia civil, nunca se habla de procesos, sino de juicios y las clasificaciones de éstos son: civiles y mercantiles, ordinarios y sumarios, universales y particulares, etc.”*⁹

En todo proceso, sea cual fuere la materia de que se trate, *“debe partir de una premisa básica, sobre la cual existe un consenso entre los autores, a saber: la unidad esencial del derecho procesal”*¹⁰, encontramos así la llamada “trilogía estructural de la ciencia del proceso”, la cual consiste en los conceptos de jurisdicción, proceso y acción, y todas las ramas del derecho procesal, sea cual fuere la materia que regulen, parten de la existencia de estos conceptos.

⁷ Voz “Procedimientos”, *DICCIONARIO ... Op.Cit.* Tomo P – Z, p. 2568.

⁸ “...II. En el lenguaje forense esta voz se ha usado tradicionalmente como sinónimo de juicio o instrucción de una causa o proceso civil. ...”. *DICCIONARIO ... Op.Cit.* Tomo P – Z, p. 2568.

Es importante anotar aquí que lo que se entiende por Juicio: I. *Del latín iudicium, acto de decir o mostrar el derecho.* II. *En términos generales, la expresión juicio tiene dos grandes significados en el derecho procesal. En sentido amplio, se le utiliza como sinónimo de proceso y, más específicamente, como sinónimo de procedimiento o secuencia ordenada de actos a través de los cuales se desenvuelve todo un proceso. “En general –afirma Alcalá-Zamora-, en el derecho procesal hispánico, juicio es sinónimo de procedimiento para sustanciar una determinada categoría de litigios. Entonces, juicio significa lo mismo que proceso jurisdiccional” (p.118)(sic). En este sentido se habla de juicios ordinarios y especiales, juicios sumarios, juicios universales, juicios mercantiles, etc.”* Voz “Juicio” *DICCIONARIO...*, *Op. Cit.* Tomo I–O, p.1848.

⁹ Cfr. BECERRA BAUTISTA, JOSÉ. *Op. Cit.* p. 54-55.

¹⁰ Cfr. OVALLE FAVELA, JOSÉ. *“Derecho Procesal Civil”*. Editorial Oxford. 8ª Edición, México, 2001. P. 3. Vid. GÓMEZ LARA, CIPRIANO, *“Derecho Procesal Civil”*, Editorial Oxford, 6ª Edición, México, 1998, p. 5.

La denominación de **procedimiento mercantil**, se otorga entonces, en razón de la materia que las normas jurídicas procesales regulen, por lo que el procedimiento mercantil tiene cabida en nuestro derecho con ese nombre merced a que existen normas adjetivas que se aplican a la legislación material mercantil. En este sentido se expresa el maestro **Cipriano Gómez Lara** al mencionar que *“...el proceso se caracteriza de acuerdo con la norma sustantiva que se vaya a aplicar al sentenciarse. Nosotros hemos dicho, en esta obra, que el proceso es un conjunto complejo de actos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de terceros ajenos, actos todos que tienden o que están proyectados a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido, para dirimirlo. Esa ley general que va a ser aplicada al caso concreto no es una ley procesal sino una ley penal, civil, mercantil o de familia, es decir, la naturaleza de la norma va a ser la que calificará al proceso como penal, civil, mercantil o de familia...”*¹¹

Con la misma idea, al referirse al procedimiento mercantil, el maestro **Carlos Arellano García** expresa que *“...en la actualidad, en México, el procedimiento mercantil está regido por las reglas procesales contenidas en el Código de Comercio, de corte típicamente procesal, a las que se les ha dado la denominación de “enjuiciamiento mercantil” o de “Derecho Procesal Mercantil” y en su aspecto pragmático se le ha denominado “Práctica Forense Mercantil”. Debemos reconocer que, en el proceso mercantil, con mayores lagunas legales que el proceso civil, tiene cabida supletoria el Derecho Procesal Civil vigente en la entidad federativa de que se trate...”*¹²

Conforme a lo dicho en líneas precedentes, y dado que el procedimiento de providencias precautorias que se trata en el presente trabajo, deriva de una ley mercantil, es que se considera como uno más de los procedimientos mercantiles.

¹¹ GÓMEZ LARA, CIPRIANO. *Op. Cit.*, p. 5.

¹² ARELLANO GARCÍA, CARLOS. *Derecho Procesal...*, *Op. Cit.* pp. 71-72

3.1.1. PROCESO ORDINARIO MERCANTIL

Dentro del procedimiento mercantil, existen juicios que se siguen en la vía *ordinaria* y otros que tienen previsto un tratamiento distinto al ordinario y que por ende se les llama procedimientos especiales. *“La regla general sobre la tramitación de juicios mercantiles se puede expresar de la siguiente manera: Si no hay un procedimiento especialmente regulado en el Código de Comercio o en legislación mercantil especial, la tramitación ha de seguirse en juicio ordinario mercantil.”*¹³

Son procedimientos que se siguen en la vía ordinaria aquellos que se tramitan de conformidad con el Libro Quinto, Títulos Primero y Segundo del Código de Comercio, cuyo articulado forma el marco general al cual habrán de ceñirse todos los demás juicios mercantiles. En efecto, *“...el juicio ordinario es el juicio típico al que se reducen todas las contiendas que no tienen señalado un procedimiento especial.”*¹⁴

El Código de Comercio, en el primer párrafo de su artículo 1055 establece una definición muy clara en cuanto a la diversidad de los procedimientos (*juicios*) mercantiles, el cual a la letra dice:

(Código de Comercio)

“Artículo 1055. *Los juicios mercantiles, son ordinarios, ejecutivos o los especiales que se encuentren regulados por cualquier ley de índole comercial, (...).”*

De acuerdo a lo anterior, como marco referencial tenemos al juicio ordinario mercantil, en segundo lugar, al juicio ejecutivo mercantil, y en tercer lugar, todos

¹³ ARELLANO GARCÍA, CARLOS. *Práctica Forense de Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa, 16ª Edición, México, 2004. p. 673.

¹⁴ BECERRA BAUTISTA, JOSÉ. *Op. Cit.* p.55

aquellos juicios y/o procedimientos que se encuentren regulados en otras leyes mercantiles especiales.

3.1.2. PROCESO EJECUTIVO MERCANTIL

Los procesos ejecutivos mercantiles se encuentran regulados por el Título Tercero del Capítulo XXX del mismo Libro (Quinto) que regula los juicios (procesos) ordinarios mercantiles.

La definición legal está prevista en el texto del artículo 1391 del Código de Comercio, pero ésta resulta un tanto ambigua. El texto del precepto mencionado es el siguiente:

(Código de Comercio)

“Artículo 1391. El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución.

Traen aparejada ejecución: (...)”

“La procedencia del juicio ejecutivo mercantil tiene como fundamento el hecho de que el actor disponga de un documento que traiga aparejada ejecución.”¹⁵

El procedimiento ejecutivo mercantil tiene características que lo hace singular, ello en virtud de que es un procedimientos sumario y privilegiado. Ya que como su nombre lo indica, desde su inicio, lo que el acreedor, hoy actor logra, es **ejecutar** ya de manera definitiva, ya de manera temporal, el aseguramiento de bienes propiedad del demandado que sean suficientes para que en su momento, con el producto de su venta, pueda ser pagada la obligación contraída.

¹⁵ ARELLANO GARCÍA, CARLOS. *Práctica Forense...* Op. Cit. p. 763.

Sin embargo, y aunque el texto del artículo 1391 dice que basta contar con un documento con aparejada ejecución de los ahí listados, en realidad deben cumplirse además con que la deuda o el monto que se demanda debe ser una deuda cierta, encontrarse en cantidad líquida, y ser exigible.¹⁶

Cuando estos tres requisitos son colmados, y se cuenta con un título con aparejada ejecución, entonces procederá el procedimiento ejecutivo mercantil.

Es de hacer notar que en el desarrollo de cualquier tipo de juicio mercantil, llámese ordinario, ejecutivo o especial, en caso de no encontrarse prevista alguna institución o figura, se acudirán de manera supletoria al Código Federal de Procedimientos Civiles de conformidad con la última parte del artículo 1054 del Código de Comercio.

(Código de Comercio)

“Artículo 1054. *En caso de no existir convenio de las partes sobre el procedimiento ante tribunales en los términos de los anteriores artículos, salvo que las leyes mercantiles establezcan un procedimiento especial o una supletoriedad expresa, los juicios mercantiles se regirán por las disposiciones de este libro y en su defecto se aplicará el Código Federal de Procedimientos Civiles.”*

No obstante lo dicho acerca de los juicios mercantiles, existen ocasiones en que el procedimiento no inicia con una demanda “ordinaria”. Estamos ante el caso de los actos prejudiciales, también llamados preliminares, y ante los procedimientos cautelares o precautorios.

Al respecto de los actos prejudiciales, **Carlos Arellano García**, citando a Hugo Alsina dice: “... *El juicio ordinario comienza con la presentación de la*

¹⁶ Cfr. ARELLANO GARCÍA, CARLOS. *Práctica Forense...*, Op. Cit. p. 764. Cfr. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, VICENTE. *Derecho Procesal Mercantil*. Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 194 y 195.

*demanda: pero, en ciertos casos, esta no puede iniciarse, ya que el que había de intentarla carece de algún antecedente, sin cuyo conocimiento la cuestión podría ser erróneamente planteada, ya porque sea necesario constatar un hecho, o bien verificar una prueba para evitar que pudiera desaparecer por la acción del tiempo o de la persona que va a ser demandada.*¹⁷

Los actos prejudiciales “son los actos realizados con intervención del órgano jurisdiccional que se utilizan para perfeccionar o preparar un juicio futuro, y se establecen con el objeto de poder acreditar los extremos exigidos por la ley, o bien son utilizados para el previo conocimiento o la obtención de constancias requeridas a fin de lograr con éxito el resultado esperado en el juicio a ser planteado”.¹⁸ Así, el maestro **Cipriano Gómez Lara**¹⁹ dice que deben entenderse como cuestiones preliminares, actos prejudiciales, o cuestiones preprocesales, “todos aquellos trámites, diligencias y gestiones que se desenvuelven ante los propios tribunales o autoridades de otro tipo y que los sistemas procesales legales consideran convenientes o a veces indispensables para dar posteriormente lugar al inicio de un proceso jurisdiccional”.²⁰

Dentro de los actos prejudiciales o preprocesales, están comprendidos:

1) los medios preparatorios a juicio (artículos 1151 a 1167 del Código de Comercio), y

¹⁷ ARELLANO GARCÍA, CARLOS. *Derecho Procesal...*, Op. Cit. pp.93-94. Vid. CASTRILLÓN Y LUNA, VÍCTOR M., *Derecho Procesal Mercantil*, Editorial Porrúa, 3ª Edición, México, 2004, p.186.

¹⁸ CASTRILLÓN Y LUNA, VÍCTOR M., Op. Cit. p. 186.

¹⁹ Citado por CASTRILLÓN Y LUNA, VÍCTOR M., Op. Cit. p.186.

²⁰ Al respecto de las definiciones de actos prejudiciales que la doctrina brinda, el autor del presente manifiesta su desacuerdo con término por inexacto. En efecto, el término “prejudicial” por incluir el prefijo *pre* implica per se que es un acto llevado a cabo “antes de” acudir al órgano jurisdiccional a hacer valer o a obtener el reconocimiento de algún derecho que fue violado. La intervención de un órgano jurisdiccional en las situaciones establecidas en la ley es al efecto de reconocer algún hecho, constituir alguna prueba o asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones. Por lo anterior sería más correcto el término actos *preliminares* o *preprocesales* al referirse al momento de su promoción, o bien, en el caso de las providencias precautorias *procedimientos cautelares* por el objeto que persiguen.

2) las providencias precautorias (artículos 1168 al 1193 del citado ordenamiento).

No obstante que las providencias precautorias están catalogadas como actos prejudiciales y por lo tanto pueden promoverse antes de entablar la demanda en lo principal, éstas pueden de igual manera promoverse ya iniciado el juicio. En virtud de que éste trabajo, está enfocado únicamente a las providencias precautorias, nos ocuparemos a continuación únicamente del trato que el Código de Comercio le da a esta figura.

3.2. PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

De inicio, es oportuno señalar el significado literal del término “providencias precautorias”; el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española establece al respecto:

***Providencia.** (Del lat. providentía). 1. f. Disposición anticipada o prevención que mira o conduce al logro de un fin. 2. f. Disposición que se toma en un lance sucedido, para componerlo o remediar el daño que pueda resultar. 3. f. por antonom. La de Dios. ORTOGR. Escr. con may. inicial. 4. f. Der. Resolución judicial que tiene por objeto la ordenación material del proceso.*

***Precautorio, ría. 1. adj.** Que precave o sirve de precaución.²¹*

“La palabra providencia en una de sus acepciones gramaticales alude a la disposición o prevención tomada por alguien frente a una situación dada. En un típico significado forense se refiere a la resolución tomada por el juez. Por tanto,

²¹ Voces “Providencia” y “Precautorio”, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 23ª Edición, tomado de la página. <http://buscón.rae.es/diccionario/drae.htm>.

en el significado procesal alude a la determinación tomada por el juzgador frente a alguna gestión de los particulares o frente a una situación en la que está facultado para operar oficiosamente.

Lo precautorio es lo que se hace con precaución, para evitar algún daño o peligro. El interesado que promueve ante el órgano jurisdiccional una providencia precautoria, pretende una resolución para prevenir, para precaver, para evitar un daño o peligro.

Por tanto en su significación literal, la providencia precautoria es una determinación jurisdiccional en cuya virtud se toman medidas tendientes a evitar un daño o peligro, en los casos, con el procedimiento, y con los requisitos establecidos legalmente...²²

Las providencias precautorias en materia mercantil están previstas en el Código de Comercio dentro del Capítulo XI, Título Primero del Libro Quinto, abarcando desde el artículo 1168 al 1193, y aunque no son definidas por el Código, pueden ser entendidas interpretando el contenido de los artículos 1168, 1170 y 1171 en su conjunto. Los preceptos mencionados establecen lo siguiente:

(Código de Comercio)

“Artículo 1168.- *Las providencias precautorias podrán dictarse:*

- I. Cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda;*
- II. Cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real;*
- III. Cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene.*

Artículo 1170.- *Las providencias precautorias establecidas por este Código podrán decretarse, tanto como actos prejudiciales, como*

²² ARELLANO GARCÍA, CARLOS. *Derecho Procesal...*, Op. Cit. p. 112

después de iniciado el juicio respectivo: en este segundo caso la providencia se sustanciará en incidente por cuerda separada, y conocerá de ella el juez o tribunal que al ser presentada la solicitud esté conociendo del negocio.

Artículo 1171.- *No pueden dictarse otras providencias precautorias que las establecidas en este Código, y que, exclusivamente consistirán en el arraigo de la persona, en el caso de la fracción I del artículo 1168 y en el secuestro de bienes en los casos de las fracciones II y III del mismo artículo.”*

De la lectura de los artículos anteriores se infiere que las providencias precautorias:

1.- Son **ACTOS PROCESALES**, es decir, son actos que se llevan a cabo mediante la intervención de un órgano jurisdiccional ante el cual se ha dado inicio a un procedimiento o juicio. Por ende, es necesario iniciar un procedimiento ante un Juez para que éste, en ejercicio de las facultades otorgadas por el Estado, gire las órdenes necesarias a fin de realizar los actos de molestia sobre los bienes o la persona de aquél en contra de quien se promueven las providencias.

Intentar llevar a cabo un embargo de bienes del demandado o impedir el libre tránsito de una persona sin tener una orden emitida por un funcionario judicial estaría en franca oposición a las garantías individuales tuteladas por nuestra Carta Magna²³.

²³ Recordemos que lo comentado en éste párrafo se encuentra previsto en el texto de los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que no resulta ocioso transcribir el texto del segundo párrafo del artículo 14, así como el primer párrafo de sendos artículos 16 y 17 de nuestra Carta Magna, los cuales son del tenor literal siguiente: “**Artículo 14.** (...) Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. (...)”.“**Artículo 16.** Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles, o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. (...)”.“**Artículo 17.** Ninguna

2.- Son actos que según el momento de su promoción pueden ser catalogados como **PRELIMINARES, (PREPROCESALES)** o bien como **INCIDENTALES**, con lo que se aprecia que pueden ser iniciados antes de promover el juicio en lo principal, como después de iniciado éste, caso en el que deberán promoverse siempre en la vía incidental. Me referiré a este punto en líneas sucesivas.

3.- Son actos **PRECAUTORIOS (o cautelares²⁴)**, ya que tal y como lo establece el artículo 1168 transcrito, las providencias se dictan cuando exista el temor de que el deudor se evada a la acción de la justicia, o bien, dilapide o esconda bienes sobre los cuales se pueda trabar embargo para el caso de las acciones reales y/o personales, por lo que PRECAUTORIAMENTE, en tanto se conoce el resultado del juicio en lo principal, los bienes del deudor son embargados, o en su caso, se ordena el arraigo de la persona del deudor para que no pueda evadir o sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones.

4.- **No existen ni pueden dictarse** más providencias precautorias que las señaladas por el Código de Comercio, las cuales únicamente consisten en el arraigo del deudor o en el embargo precautorio de bienes.

De acuerdo a los puntos señalados, podemos definir a las providencias precautorias como el procedimiento cautelar por medio del cual un órgano

persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho. (...).
Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, México, 2007.

²⁴ “Bajo la denominación de “medidas cautelares” el maestro Eduardo Pallares nos indica que son “las que autoriza la ley para que el titular de un derecho subjetivo asegure oportunamente su ejercicio cuando carece de un título ejecutivo mediante el cual pueda de inmediato obtener la ejecución judicial del mismo”. PALLARES, EDUARDO. “*Diccionario de Derecho Procesal Civil*”. Editorial Porrúa, S.A., México, 1966, pp. 526-527, citado por ARELLANO GARCÍA, CARLOS *Derecho Procesal...*, *Op. Cit.* p.112

jurisdiccional, ordena se aseguren bienes suficientes o el arraigo de la persona del deudor, de quien se teme incumpla con la sentencia que en su momento se llegue a dictar condenándolo al pago de determinada obligación, a fin de que responda a las resultas del juicio que, o bien va a promoverse en su contra, o bien se encuentre en trámite.

3.3. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Debido a que las providencias precautorias importan un acto de molestia que se ejecutará sobre los bienes del demandado (embargo precautorio) o sobre su persona (arraigo), la Ley establece una serie de requisitos que deberán ser primero expuestos en la demanda de providencias, para posteriormente acreditarlos con los medios de prueba establecidos por la misma Ley ante el juez que conozca del procedimiento cautelar para que éste emita la determinación correspondiente.

Como ya fue dicho en líneas precedentes, intentar ejercitar un derecho por propia mano, sin que medie orden de autoridad competente sería violatorio de las leyes así como de las garantías individuales del demandado, consagradas por nuestra Constitución Política.²⁵

Así, tenemos que en primer lugar, existen los supuestos hipotéticos establecidos en las tres fracciones del artículo 1168 del Código de Comercio, merced a los cuales podrán solicitarse y en su caso decretarse las providencias precautorias, a saber:

²⁵ *“Por regla general, la defensa contra las violaciones actuales del derecho no puede ejercitarse empleando la fuerza privada, sino sólo por la vía de la acción judicial. (...) En un Estado civil está prohibida la defensa privada, porque, de no ser así, la victoria sería siempre del más fuerte en el orden material, y en el orden público se vería continuamente perturbado, ya que, siendo extremadamente difícil contener en los justos límites el sentimiento del propio derecho, la defensa privada sería fuente perenne de nuevas y constantes violaciones de derecho”.* COVIELLO, NICOLÁS. *Op. Cit.* p.535. Remito a lo dicho y transcrito en la nota a pie de página número 21 del presente trabajo.

- a) Cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda (fracción I);
- b) Cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que deba ejercitarse una acción real (fracción II); y
- c) Cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene (fracción III).

Posteriormente, los artículos 1172 y 1173 del mismo ordenamiento, prevén lo siguiente

(Código de Comercio)

“Artículo 1172.- *El que pida la providencia precautoria deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida que solicita.”*

“Artículo 1173.- *La prueba puede consistir en documentos o en testigos idóneos, que serán por lo menos tres.”*

De acuerdo al texto del artículo 1172, es requisito *sine qua non* para el promovente de las providencias precautorias, acreditar el derecho que se tiene para solicitar del juez el decreto de las providencias, y demostrar la necesidad de ésta medida.

“El común denominador en los casos de procedencia de las providencias precautorias es el temor del sujeto que solicita la diligencia. El temor es un sentimiento de inquietud ante un posible peligro o daño. Ese sentimiento puede ser subjetivo o bien objetivo, por estar apoyado en elementos de prueba que fundan el temor. El recelo no debe ser imaginario, ha de ser objetivo, al grado de

*que lo fundado de ese temor, permitirá que el juzgador determine una medida precautoria para asegurar los resultados del juicio.*²⁶

Por lo que los requisitos de procedencia para que el órgano jurisdiccional se encuentre en aptitud de decretar actos de molestia sobre los bienes o sobre la persona del demandado, son situarse en alguno o algunos de los supuestos previstos por el artículo 1168, y acreditar tanto el derecho que se tiene como la necesidad de la medida demostrándolo con los medios de prueba que expresamente se señalan, mismos que son tratados en un apartado posterior.

3.4. EMBARGO, ARRAIGO Y SECUESTRO DE BIENES

Como se aprecia, del texto del artículo 1171 del Código de Comercio no podrán dictarse otras providencias precautorias más que el embargo y/o secuestro de bienes, o en su caso del arraigo de la persona del deudor, por lo que conviene recordar y mantener dichos conceptos:

Embargo.- *“En términos generales, el embargo puede ser definido como la afectación decretada por una autoridad competente sobre un bien o conjunto de bienes de propiedad privada, la cual tiene por objeto asegurar cautelarmente la eventual ejecución de una pretensión de condena que se plante o se planteará en juicio (embargo preventivo, provisional o cautelar), o bien satisfacer directamente una pretensión ejecutiva (embargo definitivo, ejecutivo o apremiativo)”*.²⁷

En el caso de las providencias precautorias, el ordenamiento mercantil prevé el embargo como un procedimiento cautelar tendiente *“a conservar el*

²⁶ ARELLANO GARCÍA, *Derecho Procesal...*, Op. Cit. p. 113-114.

²⁷ OVALLE FAVELA, JOSÉ Op. Cit., p. 291. Cfr. ARELLANO GARCÍA, CARLOS *Derecho Procesal...* Op. Cit. p. 118-119. Cfr. ARELLANO GARCÍA, CARLOS *Práctica Forense...*, Op. Cit. pp. 322-323. Cfr. BECERRA BAUTISTA, JOSÉ. Op. Cit. pp.433-435

*estado de hecho que guardan los bienes del deudor, para evitar que éste los dilapide, oculte o enajene y haga imposible al acreedor la satisfacción del derecho real o personal que tenga que hacer valer mediante el ejercicio de la acción respectiva en el juicio definitivo*²⁸, tal y como lo establece el artículo 1168 transcrito anteriormente. Es de hacer notar que el embargo precautorio es equiparado por el Código de Comercio al secuestro de bienes, cuestión a la que me refiero más adelante.

Arraigo.- *“El arraigo es la providencia precautoria en cuya virtud se limita el desplazamiento de la persona física ya que no debe ausentarse del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, suficientemente instruido y expensado para responder de las resultas del juicio”.*²⁹

Como dispone el citado artículo 1168, el arraigo podrá solicitarse cuando el peticionario de las providencias tenga temor de que la persona en contra de la que se entable o vaya a entablarse el juicio en lo principal se oculte o se ausente. El arraigo producirá el efecto de impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio, a menos que deje un representante legítimo suficientemente instruido y expensado para que conteste la demanda, siga el proceso y responda de la sentencia que se dicte.³⁰

Secuestro.- Menciono el secuestro de manera separada del embargo únicamente como referencia y debido a que en el articulado del Código de Comercio que regula las providencias precautorias es mencionado en sus

²⁸ Cfr. BECERRA BAUTISTA, JOSÉ. *Op. Cit.* p. 433.

²⁹ ARELLANO GARCÍA, CARLOS. *Práctica Forense...*, *Op. Cit.* p. 321.

³⁰ Cfr. BECERRA BAUTISTA, JOSÉ. *Op. Cit.* p. 435.

artículos 1171, 1178 y 1179³¹ de los que se nota que se le trata como sinónimo del embargo precautorio, pero haciendo notar las siguientes consideraciones.

El secuestro no es definido por el Código de Comercio, por lo que, de acuerdo al texto de su artículo 1054 debe aplicarse de manera supletoria el Código Federal de Procedimientos Civiles, dicho precepto se transcribe a continuación:

(Código de Comercio)

“Artículo 1054. *En caso de no existir convenio de las partes sobre el procedimiento ante tribunales en los términos de los anteriores artículos, salvo que las leyes mercantiles establezcan un procedimiento especial o una supletoriedad expresa, los juicios mercantiles se regirán por las disposiciones de este Libro y en su defecto se aplicará el Código Federal de Procedimientos Civiles.”*

Sin embargo, el Código Federal adjetivo, no contiene definición alguna de lo que debe entenderse por secuestro, lo que hace necesario remitirnos a las disposiciones del derecho común contenidas en el Código Civil Federal, el cual en sus artículos 2539 y 2540 establece que por secuestro debe entenderse lo siguiente:

(Código Civil Federal)

³¹ *Código de Comercio.* “**Artículo 1171.** No pueden dictarse otras providencias precautorias que las establecidas en este Código, y que exclusivamente consistirán en el arraigo de la persona, en el caso de la fracción I del artículo 1168 y en el **secuestro** de bienes en los casos de las fracciones II y III del mismo artículo.”

“**Artículo 1178.** Cuando se solicite el **secuestro** provisional, se expresará el valor de la demanda o de la cosa que se reclama, designando ésta con toda precisión, y el juez, al decretarlo, fijará la cantidad por la cual haya de practicarse la diligencia.”

“**Artículo 1179.** Cuando se pida un **secuestro** provisional sin fundarlo en título ejecutivo, el actor dará fianza de responder por los daños y perjuicios que se sigan, ya porque se revoque la providencia, ya porque, entablada la demanda, sea absuelto el reo.”

“Artículo 2539. *El secuestro es el depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero, hasta que se decida a quién debe entregarse.”*

“Artículo 2540. *El secuestro es convencional o judicial.”*

En opinión personal del autor del presente, considero erróneo por parte del legislador el haber empleado la expresión “secuestro”, ya que la naturaleza jurídica primigenia de esta figura es ser una modalidad del depósito³², como lo confirma la definición señalada por el texto del artículo 2539 del Código Civil Federal ya transcrito, por lo que en un principio debe considerársele así, es decir, como un contrato si es que se trata de un *secuestro convencional*.

Para el caso de tratarse de un *secuestro judicial*, que parece ser el significado que el legislador quiso darle, tampoco puede concedérsele que esté bien empleado el término, ya que la definición misma de secuestro que da el artículo 2539 del Código Civil Federal introduce el elemento del tercero que guardará bajo su más estricta responsabilidad la “cosa litigiosa”, de la cual deberá evitar que no se deteriore o destruya en tanto el juzgador decide a quien corresponde su titularidad.

Como se ve, el concepto del secuestro que deriva del artículo 2539 del Código Civil Federal trata de un objeto cuya titularidad o derecho para reclamarlo como suyo se encuentra en duda por las partes interesadas, situación que en el **embargo** no ocurre, ya que los bienes sobre los que se gira mandamiento o que se pide se trabe embargo sobre ellos son para asegurar que en un futuro, con el producto de la venta de lo embargado, se paguen o liquiden las obligaciones contraídas o bien se haga efectivo el cumplimiento de alguna sentencia.

³² Vid. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO, *Derecho Civil, Contratos*, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 518. *La naturaleza jurídica del depósito como figura contractual no está sujeta a duda. El artículo 2516 del Código Civil Federal dispone lo siguiente: “El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante”.*

Es con base en lo anterior que en la opinión del autor, el término éste de **secuestro** empelado como es en el Código de Comercio, escapa al uso que como sinónimo de **embargo precautorio** quiso dársele, ya que de una interpretación armónica del texto de los artículos que regulan el secuestro en el Código Civil Federal se infiere que el *secuestro judicial* es ordenado con la intención de **proteger o salvaguardar la “cosa litigiosa”** de que ésta sea destruida, ocultada o dilapidada por el demandado hasta en tanto no se decida por el juzgador a quien le corresponde el derecho de poseerla o de reclamarla como suya. Esto no es mera apreciación subjetiva, como digo, se infiere del texto mismo de los artículos que regulan el tratamiento del secuestro.

No es óbice para contradecir lo aseverado anteriormente, el texto del artículo 2545 del mismo ordenamiento, ya que si bien establece que el secuestro judicial se rige por las disposiciones procesales, esto es simple y llanamente para mantener en todo tiempo la observancia del principio de legalidad que impera en el Derecho Mexicano, lo que equivale a decir que el secuestro sólo podrá practicarse cuando sea ordenado por una autoridad judicial que cuente con los atributos de competencia y jurisdicción.

En efecto, podría aducirse en contra de lo que sostengo, que el texto del artículo 2545 del Código Civil Federal remite a las disposiciones procesales para su seguimiento, por lo que entonces estaría bien considerar al secuestro como un símil del embargo. Empero, nada está más lejos de la verdad. Transcribo a continuación el texto de dicho artículo para mejor entendimiento:

(Código Federal de Procedimientos Civiles)

“Artículo 2545. *El secuestro judicial se rige por las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles y, en su defecto, por las mismas del secuestro convencional.”*

A favor de lo que se asegura en este apartado, aún empleando el texto del artículo 2545 citado, éste precepto queda ambiguo para su aplicación, ya que no aclara a qué Código de Procedimientos Civiles debe sujetarse, y aunque éste lo dijera o especificara, estaría en oposición al Código de Comercio ya que éste contiene una regulación procesal específica, por lo que no podría alegarse supletoriedad de ningún tipo, ya que la norma específica se aplica preferentemente a la norma general.

Expuesto lo anterior, queda clara la opinión del autor en el sentido de que el Código de Comercio en su redacción debió haber empleado la expresión “**embargo**” o bien la expresión “**embargo precautorio**” lisa y llanamente, ya que eso es precisamente lo que se realiza y no otra cosa. Lo que se entiende del texto del artículo 1184 del citado ordenamiento mercantil. Dicho artículo, en su parte conducente establece:

(Código de Comercio)

*“**Artículo 1184.** El aseguramiento de bienes decretado por providencia precautoria, se regirán (sic) por lo dispuesto para los juicios ejecutivos mercantiles, (...)”*

Como se ve, por disposición expresa del precepto transcrito, el “aseguramiento” (embargo) de los bienes que se decreta, se realizará de conformidad con lo dispuesto por el apartado correspondiente a los juicios ejecutivos, lo que es equivalente a decir embargo o embargo precautorio lisa y llanamente, y no andar en confusiones de que si es secuestro o embargo lo que se ordena y lleva a cabo.

No obstante lo anterior, los autores cuyas obras fueron consultadas para la elaboración del presente, pasan por alto el detalle del mal empleo del término

“secuestro” sin darle mayor importancia³³ y si otorgándole una errónea sinonimia a los términos “secuestro” y “embargo precautorio” los cuales, en opinión del autor del presente no tienen. Considero que debe tomarse en cuenta ésta imprecisión ya que cada término jurídico debe tener un significado preciso para evitar caer en confusiones.

3.5. POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

El artículo 1181 del Código de Comercio indica a la letra lo siguiente:

(Código de Comercio)

“Artículo 1181. *Ni para recibir información ni para dictar una providencia precautoria se citará a la persona contra quien ésta se pida.”*

Debido al texto del precepto citado anteriormente, las providencias precautorias como medida cautelar, han sido cuestionadas en cuanto a la constitucionalidad de su aplicación, dado que pareciera que vulnera la garantía de audiencia establecida en el párrafo segundo del artículo 14 constitucional.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido, mediante jurisprudencia en el sentido de que las medidas cautelares, al no implicar una privación definitiva de derechos, no causan afectación alguna al que las soporta, ya que no violentan la garantía de audiencia. A continuación se transcriben dos criterios jurisprudenciales que así lo exponen

³³ Con excepción del maestro DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO. *Ob. Cit*, p. 518, quien aunque brevemente, si hace notar el hecho de que el secuestro es una modalidad del depósito como contrato, y no como quiso dar a entender el redactor del Código Mercantil con la expresión empleada.

No. Registro: 196,727

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional, Común

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

VII, Marzo de 1998

Tesis: P./J. 21/98

Página: 18

MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA.

Conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la garantía de previa audiencia, establecida en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, únicamente rige respecto de los actos privativos, entendiéndose por éstos los que en sí mismos persiguen la privación, con existencia independiente, cuyos efectos son definitivos y no provisionales o accesorios. Ahora bien, las medidas cautelares constituyen resoluciones provisionales que se caracterizan, generalmente, por ser accesorias y sumarias; accesorias, en tanto la privación no constituye un fin en sí mismo; y sumarias, debido a que se tramitan en plazos breves; y cuyo objeto es, previendo el peligro en la dilación, suplir interinamente la falta de una resolución asegurando su eficacia, por lo que tales medidas, al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo, constituyen un instrumento no sólo de otra resolución, sino también del interés público, pues buscan restablecer el ordenamiento jurídico conculcado desapareciendo, provisionalmente, una situación que se reputa antijurídica; por lo que debe considerarse que la emisión de

tales providencias no constituye un acto privativo, pues sus efectos provisionales quedan sujetos, indefectiblemente, a las resultas del procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten, donde el sujeto afectado es parte y podrá aportar los elementos probatorios que considere convenientes; consecuentemente, para la imposición de las medidas en comento no rige la garantía de previa audiencia.

Amparo en revisión 284/94. Cuauhtémoc Alvarado Sánchez. 27 de febrero de 1995. Once votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretaria: Laura G. de Velasco de J. O'Farril.

Amparo en revisión 322/94. Elia Contreras Alvarado. 9 de julio de 1996. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Juan Carlos Cruz Razo.

Amparo en revisión 710/95. Jorge Arturo Elizondo González. 16 de mayo de 1996. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro y Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Óscar Germán Cendejas Gleason.

Amparo en revisión 1749/94. Adalberto Hernández Pineda y otro. 29 de enero de 1996. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Jacinto Figueroa Salmorán.

Amparo directo en revisión 262/97. Gabriel Neira Rodríguez y coag. 29 de septiembre de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Alejandro Villagómez Gordillo.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de febrero en curso, aprobó, con el número 21/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VI, Septiembre de 1997

Página: 67

Tesis: P./J. 66/97

Jurisprudencia

Materia(s): Común, Civil

EMBARGO JUDICIAL. ES UNA MEDIDA CAUTELAR QUE NO IMPLICA UNA PRIVACIÓN DEFINITIVA DE DERECHOS POR LO QUE, PARA LA EMISIÓN DEL AUTO RELATIVO, NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA.

Conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la garantía de previa audiencia prevista en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, únicamente rige respecto de los actos privativos, entendiéndose por éstos, aquellos que en sí mismos constituyen un fin, con existencia independiente, cuyos efectos de privación son definitivos y no provisionales o accesorios. Ahora bien, dado que el embargo judicial constituye una medida provisional encaminada al aseguramiento de bienes del deudor para garantizar, en tanto se resuelve en definitiva sobre la pretensión hecha valer, el pago de un crédito reclamado con base en un documento que lleva aparejada ejecución, debe considerarse que para la emisión del auto relativo -exequendo- no rige la garantía de previa audiencia. Lo

anterior se corrobora por el hecho de que los efectos provisionales del citado auto quedan sujetos, en todo caso, a la tramitación normal del juicio de que se trate, en el que el deudor es parte y donde podrá excepcionarse, dictándose en el momento procesal oportuno la resolución correspondiente, la que sí podrá constituir un acto privativo.

Amparo en revisión 9757/84. Martha Badager de Vallejo. 10 de septiembre de 1985. Unanimidad de veintiún votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. Secretario: Arturo Iturbe Rivas.

Amparo en revisión 1650/94. Pisos y Azulejos Baja California, S.A. de C.V. 25 de enero de 1996. Unanimidad de diez votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Roberto Hernández Pérez.

Amparo en revisión 1749/94. Adalberto Hernández Pineda y otro. 29 de enero de 1996. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Jacinto Figueroa Salmorán.

Amparo en revisión 497/96. Promojol, S.A. de C.V. 25 de noviembre de 1996. Unanimidad de diez votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Adela Domínguez Salazar.

Amparo en revisión 595/96. G.G. Consultores, S.A. de C.V. y otra. 11 de febrero de 1997. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Adriana Escorza Carranza.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el ocho de septiembre en curso, aprobó, con el número 66/1997, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a ocho de septiembre de mil novecientos noventa y siete.

Conforme a lo anterior, se concluye que ni el dictado ni la ejecución de medidas cautelares pueden considerarse inconstitucionales o violatorias de la garantía de audiencia, ello en virtud de que el demandado queda en posibilidad de acreditar sus excepciones y defensas en el procedimiento que al efecto se seguirá, o dentro del transcurso del mismo, en el caso de que las providencias se hayan promovido como acto incidental.

3.6. PRUEBAS EN LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

“En su sentido estrictamente gramatical, la palabra prueba expresa la acción y efecto de probar, y también la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o la falsedad de una cosa.”³⁴

Como se aprecia del texto del artículo 1173 del Código de Comercio, éste limita discretamente el tipo y número de pruebas que podrán ofrecerse únicamente a dos, la documental y la testimonial³⁵. Lo cual se justifica si se tiene en cuenta que este procedimiento cautelar es un proceso breve en el que rige, ante todo, la celeridad a fin de que el demandado se sustraiga a la acción judicial, o bien el evitar que éste pueda evadir el cumplimiento de sus obligaciones dilapidando u ocultando sus bienes.

³⁴ DE PINA VARA RAFAEL, Y CASTILLO LARRAÑAGA, JOSÉ. *Op. Cit.*, p. 263.

³⁵ Cfr. ARELLANO GARCÍA, CARLOS. *Práctica Forense...*, *Op. Cit.* pp. 321,323 a 326.

Las pruebas, serán ofrecidas y desahogadas ante el juzgador³⁶, ya que de éstas dependerá que se acrediten en primer lugar, *el derecho* que tiene el promovente para solicitar el otorgamiento de las providencias, y en segundo lugar *la necesidad* de la medida cautelar tal y como lo estipulan los artículos 1172 y 1173 transcritos.

Estas pruebas se consideraron idóneas para demostrar la procedencia de las providencias precautorias ya que generalmente, los derechos reales y/o los personales derivan de un contrato o bien del hecho ilícito de violar alguna obligación contraída, y es bien sabido que la mayoría de los actos jurídicos de donde surge alguna obligación, se encuentran documentados, es decir, plasmados en algún tipo de documento. Pensemos, para el caso de solicitar el arraigo de la persona, en un boleto de avión del cual pueda presumirse la salida del deudor del lugar del juicio, o bien algún contrato, precontrato o inclusive un asiento en algún folio del Registro Público de la Propiedad u otro documento análogo en que se refleje la posibilidad de ocultamiento o dilapidación de bienes propiedad del deudor.

De igual manera, el dicho de los testigos será tomado en cuenta tanto para acreditar el derecho que el promovente tiene, así como la necesidad de la medida cautelar, con la única salvedad de que el Código expresamente señala que los testigos serán no menos de tres, pero sin especificar cuales son los testigos idóneos.

3.7. EJECUCIÓN

³⁶ “La prueba se dirige al Juez, no al adversario, por la necesidad de colocarlo en situación de poder formular un fallo sobre la verdad o falsedad de los hechos alegados, puesto que debe juzgar *justa allegata et probata*.”. DE PINA VARA, RAFAEL, Y CASTILLO LARRAÑAGA JOSÉ... *Op. Cit.*, p. 264.

La ejecución de las providencias precautorias se lleva a cabo de la manera siguiente:

I.- Para el caso de que se haya solicitado el secuestro (embargo precautorio) de bienes propiedad del deudor:

- a)** La primera parte del artículo 1184³⁷ dispone que el embargo precautorio se llevará a cabo de la manera en que se dispone por el mismo Código de Comercio para los juicios ejecutivos mercantiles, lo que presume que ésta providencia se solicita cuando el promovente carece de un título ejecutivo, de lo contrario se promovería un juicio ejecutivo mercantil y habría lugar a obtener un embargo precautorio sin tener que solicitarlo en providencias precautorias.
- b)** El embargo es precautorio en virtud de que puede decretarse su levantamiento en el momento en que el demandado otorgue fianza que permita levantarlo, mientras no se dicte resolución que declare el embargo como definitivo, o bien, mientras no se dicte sentencia absolutoria.
- c)** El Código de Comercio además de acreditar el derecho del peticionario y la necesidad de la medida, no impone mayores requisitos que los señalados para el juicio ejecutivo mercantil, lo que equivale a que el promovente deberá señalar el valor de la demanda (acción personal) o de la cosa que se reclama, (acción real) designando ésta con toda precisión, y otorgar la fianza que corresponda.

II.- Para el caso de que se haya solicitado el arraigo de la persona del deudor:

³⁷ Código de Comercio. “**Artículo 1184.** *El aseguramiento de bienes decretado por providencia precautoria, se regirá por lo dispuesto para los juicios ejecutivos mercantiles...*”

- a) Caso en que se solicite el arraigo AL MOMENTO DE ENTABLAR LA DEMANDA: En este caso deberá haberlo solicitado el actor en el escrito mismo de demanda, otorgando fianza que, determinada discrecionalmente por el juzgador, responda de los daños y perjuicios que pudieren causarse al demandado. (Artículo 1174³⁸).
- b) Caso en que el arraigo se solicite ANTES DE ENTABLAR LA DEMANDA: En este caso, además de la petición del actor, se deberá acreditar el derecho de donde deriva la petición, además de la necesidad de la medida, (artículo 1172), arraigo que se otorgará, una vez comprobados estos requisitos y fijada la fianza por parte del juez. (artículo 1176)
- c) Caso en que el arraigo se solicite POSTERIORMENTE A LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA: Este caso, no se encuentra previsto por el Código de Comercio expresamente como si lo están las situaciones anteriores, sin embargo, se afirma que para este caso, el arraigo deberá solicitarse en la vía incidental, requiriendo al juzgador que fije un monto, para que mediante la fianza correspondiente se asegure el pago de los posibles daños y/o perjuicios que pudieren causarse al demandado. Lo anterior de acuerdo a lo establecido por los artículos 1170 y 1182 en armonía con lo dispuesto en los artículos mencionados para los incisos anteriores.

Cabe hacer mención, que el arraigo que se decrete no es sólo para una persona determinada, ya que el arraigo podrá solicitarse o en su caso ampliarse a los socios y/o administradores, así como también a otros responsables de administrar bienes ajenos según lo determina el artículo 1169. De igual manera, no hay impedimento alguno para el caso de que al momento de contestar la

³⁸ Código de Comercio. **“Artículo 1174.** Si el arraigo de una persona para que conteste en juicio se pide al tiempo de entablar la demanda, bastará la petición del actor y el otorgamiento de una fianza que responda de los daños y perjuicios que se causen al demandado, cuyo monto discrecionalmente fijará el juez, para que se haga al demandado la correspondiente notificación.”

demanda y existiendo reconvencción, el demandado solicite en ésta a su vez, que se dicten providencias precautorias en contra del reconvenido o contrademandado.

3.8. GARANTÍA EN LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

El Código de Comercio establece en su artículo 1182 lo siguiente:

(Código de Comercio)

“Artículo 1182. *De toda providencia precautoria queda responsable el que la pide; por consiguiente, son de su cargo los daños y perjuicios que se causen.”*

Derivado de la responsabilidad que el Código finca al peticionario de las providencias precautorias para llevar a cabo la ejecución de las mismas, es necesario que a fin de garantizar los daños y los perjuicios que llegasen a causarse al demandado, deberá otorgarse fianza³⁹ por el peticionario de las providencias como garantía de pago de estos daños y perjuicios que con motivo de la ejecución de la medida precautoria llegaren a causarse por el monto que a criterio del juzgador resulte suficiente. A esto se refieren los artículos 1174, 1176, 1179, 1180, 1191 y 1193 del Código de Comercio.⁴⁰

³⁹ Es pertinente recordar aquí que según el Código Civil Federal, se entiende por fianza: **“Artículo 2794.** *La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hiciere.”*

⁴⁰ Código de Comercio. **“Artículo 1174.-** *Si el arraigo de una persona para que conteste en juicio se pide al tiempo de entablar la demanda, bastará la petición del actor y el otorgamiento de una fianza que responda de los daños y perjuicios que se causen al demandado, cuyo monto discrecionalmente fijará el Juez, para que se haga al demandado la correspondiente notificación.*

Artículo 1176.- *Si la petición de arraigo se presenta antes de entablar la demanda, además de la prueba que exige el art. 1172, el actor deberá dar una fianza a satisfacción del juez de responder de los daños y perjuicios que se sigan si no se entabla la demanda.*

Artículo 1179.- *Cuando se pida un secuestro provisional sin fundarlo en título ejecutivo, el actor dará fianza de responder por los daños y perjuicios que se sigan, ya porque se revoque la providencia, ya porque, entablada la demanda, sea absuelto el reo.*

Carlos Arellano García al respecto manifiesta que “*el solicitante de la providencia precautoria, consistente en el arraigo o en el secuestro provisional, carece de título ejecutivo y ocasionará molestias graves por tanto, ha de compensar de tales molestias a través de una fianza(...)*”⁴¹, y añade, “*no se establece cualquier garantía. La única garantía que se fija es la de fianza. Sobreentendemos que se debe otorgar fianza de compañía autorizada para la expedición de fianzas. Es pertinente que el juzgador así lo establezca para elucidar cualquier duda.*”⁴²

Como se aprecia del texto legal, y de acuerdo a lo que dice el maestro **Carlos Arellano García**, el Código de Comercio parece limitar el ofrecimiento y aceptación de garantía únicamente a la fianza, pues sólo éste medio de garantía se menciona en el articulado dedicado al tratamiento de las providencias precautorias.

No obstante lo establecido en el texto legal, en la opinión del autor del presente, resulta igualmente válido y admisible que si el promovente de las providencias elige utilizar otro medio de garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios que llegasen a causarse, está en posibilidad de hacerlo, siempre que a satisfacción del juzgador, ésta resulte suficiente. Tales medios podrían ser el

Artículo 1180.- *Si el demandado consigna el valor ú objeto reclamado, da fianza bastante a juicio del juez o prueba tener bienes raíces suficientes para responder del éxito de la demanda, no se llevará á cabo la providencia precautoria, o se levantará la que se hubiere dictado.*

Artículo 1191.- *Si atendido el interés del negocio hubiere lugar a la apelación, ésta se admitirá solo en el efecto devolutivo. Si la sentencia levanta la providencia precautoria, no se ejecutará sino previa fianza que dé la parte que obtuvo. La sentencia de segunda instancia causará ejecutoria. Cuando la providencia precautoria hubiere sido dictada en segunda instancia, la sentencia no admitirá recurso alguno.*

Artículo 1193.- *Las fianzas de que se trata en este capítulo, se otorgarán ante el tribunal que haya decretado la providencia precautoria respectiva.*

El fiador, o la compañía de fianzas que otorgue la garantía por cualquiera de las partes se entiende que renuncia a todos los beneficios legales, observándose en este caso, lo dispuesto en los artículos 2850 a 2855 del Código Civil para el Distrito Federal.”

⁴¹ ARELLANO GARCÍA, CARLOS. *Práctica Forense...*, Op. Cit. p. 326.

⁴² ARELLANO GARCÍA, CARLOS. *Práctica Forense...*, Op. Cit. p. 326.

depósito o la prenda por mencionar algunos. Incluso medios más complicados como la constitución de un fideicomiso de garantía.

El otorgamiento de la fianza es de suma importancia debido a que sin ésta, el juzgador no podrá ordenar la ejecución de las providencias precautorias, ello previniendo cualquier daño o perjuicio que pueda causarse al demandado, como se aprecia en el texto de los artículos transcritos.

Sin embargo, el otorgamiento de la fianza para ejecutar las providencias precautorias cuenta con una excepción, la cual es que la demanda de providencias se encuentre basada en un título ejecutivo. Cuando éste es el caso, entonces no se hará necesaria la exigencia de fianza alguna. Esta situación tendrá lugar cuando las providencias precautorias sean promovidas dentro de juicio de manera incidental, pero no dentro de cualquier juicio, éste deberá ser necesariamente un juicio ejecutivo mercantil, ya que es el único que puede promoverse mediante un título ejecutivo o que trae aparejada ejecución, según lo comentamos en líneas precedentes.

En el caso de que la solicitud de providencias no se base en título ejecutivo, la fianza deberá exigirse por el juzgador ya sea que se solicite embargo precautorio o arraigo invariablemente, ello con miras a compensar las molestias que se causen al demandado en caso de que las providencias sean revocadas, o bien, éste sea absuelto.

CAPÍTULO 4

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN CONTRA DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

Los actos de la autoridad jurisdiccional (así como los emanados de cualquier otra autoridad), pueden y deben ser combatidos por aquellos que los resienten¹, a efecto de que se mantenga y se respete el estado de derecho mediante el respeto a la garantía constitucional del debido proceso legal.² En efecto *“la impugnación, constituye, en general, una instancia reclamadora de la legalidad o procedencia de un acto de autoridad u otra jerárquicamente superior o*

¹ *“La fundamentación de los medios de impugnación, su razón de ser, radica en la imperfección y en la falibilidad humana. El hombre es imperfecto, por lo tanto, es falible y puede equivocarse. De ahí que todo sistema jurídico tenga que abrir sus puertas a los medios de impugnación porque al fin y al cabo los gobernantes, aunque a veces se crean ellos mismos superhombres, no son sino hombres a secas y hombres falibles; esta falibilidad humana, esta posibilidad de error hace que deban estar abiertos los medios de impugnación.”* GÓMEZ LARA, CIPRIANO. *Op. Cit.* p. 161.

² **“Artículo 14.** *A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.*

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.” Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, México, 2007.

*ante algún órgano revisor específico, para que califique la procedencia o la legalidad, o ambas cosas, respecto del acto que se reclama.*³

Para dar una idea de lo que se debe entender por medios de impugnación, se recurrirá a lo que expone el maestro **Cipriano Gómez Lara**, cuando afirma: *“en todo proceso existe un principio general de impugnación, mediante el cual las partes, y también alguna vez los terceros afectados, pueden combatir las resoluciones judiciales cuando consideren que son ilegales, incorrectas, equivocadas, no apegadas a derecho o, inclusive injustas.”*⁴

En consonancia con lo señalado por el maestro **Gómez Lara**, se deben considerar a los medios de impugnación como los instrumentos jurídicos consagrados por las leyes procesales para corregir, modificar, revocar o anular los actos y las resoluciones judiciales cuando adolecen de deficiencias, errores, ilegalidad o injusticia.

De acuerdo a lo expresado anteriormente, la manera en que los actos de autoridad pueden ser impugnados, se establece en la ley que rige el procedimiento de que se trate *-ley procesal o adjetiva-*, la que, en el caso que nos ocupa, será el Código de Comercio, el cual regula la manera en que el medio de impugnación deberá ser tramitado y los efectos que éste causará en el acto impugnado, situación que crea realmente un procedimiento nuevo dentro del procedimiento.

En este sentido se expresa el maestro **José Becerra Bautista**, quien citando a Chiovenda afirma: *“la posibilidad de las impugnaciones presenta el fenómeno de una pluralidad de procedimientos dentro de una misma relación procesal porque siendo una la demanda, una sigue siendo, en conjunto, la relación y en ella las impugnaciones abren sólo fases o períodos diversos, ya que la*

³ GÓMEZ LARA, CIPRIANO. *Op. Cit.* p. 159.

⁴ GÓMEZ LARA, CIPRIANO. *Op. Cit.* p. 160.

litispendencia se abre con la demanda judicial y dura hasta que la relación se cierra con la sentencia definitiva”, y citando a Guasp, prosigue diciendo que “la impugnación del proceso no es la continuación del proceso principal, por otros medios, puesto que el proceso de impugnación tiene carácter autónomo, es un proceso independiente con su régimen jurídico peculiar, es decir, con sus requisitos, procedimiento y efectos distintos de las correspondientes categorías del proceso a que se refiere, lo cual no quiere decir que, aunque sea un proceso autónomo, no guarda conexión con el principal, antes al contrario.” Concluyendo así que “La impugnación procesal se convierte, en virtud de esa autonomía, en un verdadero proceso. Mediante la impugnación procesal el proceso principal no es simplemente continuado sino que desaparece para dejar su puesto a otro proceso distinto, aunque ligado al anterior.”⁵

Ahora bien, es necesario hacer la distinción entre lo que debe entenderse por recurso y diferenciarlo del medio de impugnación, a saber, los medios de impugnación **abarcán** a los recursos. Y merced a que la terminología de nuestro ordenamiento mercantil emplea la palabra “recurso” es importante tener en consideración su significado amén de la diferencia mencionada.

Así, “la palabra recurso responde a la idea elemental de impugnación, en cuanto se vuelve a trabajar sobre la materia procesal ya decidida, para que su nuevo curso o recurso permita depurar la exactitud e inexactitud de las conclusiones procesales primariamente obtenidas y que, debido a su autonomía, la impugnación se convierte en un verdadero proceso pues mediante la impugnación el proceso principal no es simplemente continuado sino que desaparece para dejar su puesto a otro proceso distinto, aunque ligado al anterior.”⁶

⁵ BECERRA BAUTISTA, JOSÉ. *Op. Cit.* p. 563 y 564.

⁶ BECERRA BAUTISTA, JOSÉ. *Op. Cit.* p. 589

Para redondear las ideas anotadas se aporta la del maestro **Carlos Arellano García**, quien dice: *“el recurso, genéricamente considerado, es una institución jurídica procesal que permite a alguna de las partes acudir a un órgano jurisdiccional para que examine alguna resolución para el efecto de que la confirme, la revoque o la modifique.”*⁷

Con la idea de que el recurso implica un *re-andar*, un *recorrer nuevamente* la decisión judicial que trata de impugnarse, tenemos que los efectos del recurso como medio impugnativo son confirmar, modificar o revocar la resolución impugnada y confirmamos aún más lo dicho con la opinión del maestro **Cipriano Gómez Lara** quien expresa: *“Todo medio de impugnación, como procedimiento, como medida que se tenga para que se revisen o se reexaminen las resoluciones, necesariamente tiene que llegar a uno de estos resultados: la resolución se confirma, se modifica o se revoca. Estos son los tres fines, los tres resultados posibles de todo medio de impugnación.”*⁸

El Código de Comercio, en los capítulos XXIV, XXV y XXVI, dentro del Título Primero de su Libro Quinto, prevé como medios de impugnación o defensa a la *aclaración de sentencia*, la *revocación* y la *apelación*, y no siendo materia del presente su tratamiento, basta con mencionarlos como parte del contexto de los medios de impugnación.

4.1. RECLAMACIÓN

El Código de Comercio, prevé un medio de defensa en contra del dictado o de la ejecución de las providencias precautorias para dos tipos de personas:

⁷ ARELLANO GARCÍA, CARLOS. *Práctica Forense...*, Op. Cit. p. 555.

⁸ GÓMEZ LARA, CIPRIANO. *Op. Cit.* p. 161.

1.- Para el demandado (artículo 1187⁹); y

2.- Para un tercero propietario de bienes sobre los cuales se ejecutaron las providencias precautorias (artículo 1188¹⁰).

Este medio de defensa, es denominado por la Ley como “**reclamación**”, estableciendo que tanto el demandado como el tercero cuyos bienes hayan sido objeto del secuestro, podrán “reclamar” las providencias precautorias en cualquier momento del procedimiento, hasta antes de que la sentencia que se dicte en el procedimiento principal haya causado ejecutoria.

El modo de substanciación para la “reclamación”, sigue un procedimiento distinto para el caso de que sea promovida por el tercero o por el deudor, pero en todo caso, el Código de Comercio busca que sea un procedimiento breve y sumario.

Para el caso de la reclamación promovida por el **tercero**, se formulará escrito de “demanda” por el cual se solicitará el levantamiento de las providencias precautorias, ofreciendo las pruebas que se estimen pertinentes. Del escrito de reclamación se correrá traslado tanto al promovente de la precautoria como al demandado.

La demanda deberá ser contestada en el término de cinco días, ofreciendo las pruebas que se consideren pertinentes, las cuales se desahogarán dentro de los quince días posteriores a su admisión, mandando preparar aquellas que así lo ameriten.

⁹ Código de Comercio. “**Artículo 1187.** La persona contra quien se haya dictado una providencia precautoria, puede reclamarla en cualquier tiempo, pero antes de la sentencia ejecutoria, para cuyo efecto se le notificará dicha providencia, caso de no haberse ejecutado con su persona o con su representante legítimo.”

¹⁰ Código de Comercio. “**Artículo 1188.** Igualmente puede reclamar la providencia precautoria un tercero, cuando sus bienes hayan sido objeto del secuestro. Esta reclamación se sustanciará por cuaderno separado y conforme a los artículos siguientes.”

Es de hacer notar una omisión grave en esta parte del texto del Código de Comercio, ya que no se establece el procedimiento que ha de seguirse para el caso de que la reclamación sea promovida por aquél en contra de quien se decretaron las providencias, es decir, del demandado. Al respecto, el maestro **Carlos Arellano García** se expresa en los siguientes términos “...*Hay una omisión grave en el Código de Comercio, no se señala el procedimiento que ha de seguirse para tramitar la reclamación de la persona contra quién se dictó la providencia precautoria, pues el procedimiento que marcan los artículos del 1189 al 1192 del Código de Comercio es el aplicable para la reclamación interpuesta por un tercero cuyos bienes han sido objeto de secuestro provisional. Consideramos que, ante la omisión fijada, debe aplicarse el procedimiento propio de los incidentes mercantiles y que preveen (sic) los artículos del 1349 al 1358 del Código de Comercio*”¹¹.

Es un procedimiento distinto el que se sigue para que el **demandado** reclame las providencias decretadas porque no obstante que el artículo 1187 del ordenamiento mercantil prevé que la reclamación podrá ser promovida o por el demandado o por un tercero, el artículo 1189 y siguientes de la misma Ley, tratan únicamente de la reclamación promovida por el tercero, sin incluir de ninguna manera al demandado si no es para mencionar, únicamente, que de la demanda de reclamación, se le correrá traslado para que la conteste en el término fijado.

De acuerdo al criterio del maestro **Carlos Arellano García**, se afirma que para que el demandado pueda reclamar las providencias precautorias, será menester que éstas sean promovidas como incidente, ello con fundamento en lo dispuesto por los artículos 1349 y 1357 del Código de Comercio, los cuales se transcriben para mejor entendimiento:

(Código de Comercio)

¹¹ Vid. ARELLANO GARCÍA, CARLOS. *Práctica Forense...*, Op. Cit. p. 329.

“Artículo 1349. *Son incidentes las cuestiones que se promueven en un juicio y tienen relación inmediata con el negocio principal, por lo que aquellos que no guarden esa relación serán desechados de plano.*

Artículo 1357. *Las disposiciones de este capítulo serán aplicables a los incidentes que surjan en los juicios ejecutivos y demás procedimientos especiales mercantiles que no tengan trámite específicamente señalado para los juicios de su clase.”*

En cumplimiento a los preceptos transcritos, debe ser incidental la reclamación que promueva el demandado por las siguientes consideraciones:

- La reclamación que promueva el demandado es una cuestión que tiene relación inmediata con el negocio principal, dado que la providencia dictada es precisamente para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de éste.
- Debido a que en el articulado de las providencias precautorias el Código de Comercio no admite expresamente el promover una “demanda” de reclamación en contra de las providencias precautorias por parte del demandado, es que se hacen aplicables los preceptos que regulan los incidentes, en virtud de que si bien las providencias precautorias son un procedimiento cautelar, al fin y al cabo, resultan un procedimiento especial, ya que como he dicho anteriormente, los juicios mercantiles son de tres tipos, ordinarios, ejecutivos y especiales, por lo que la aplicabilidad de las disposiciones de los incidentes no admite duda.

Lo hasta aquí mencionado es la hipótesis que los redactores del Código de Comercio previnieron como el caso normal, “genérico”. Es decir, el Código mercantil establece como hipótesis normativa lo siguiente:

1. Sean solicitadas las providencias precautorias;
2. Se acredite el derecho y la necesidad de la medida;
3. Que el juzgador, previa valoración de las pruebas aportadas, emita resolución en el sentido de concederlas o negarlas;
4. Concediendo las providencias solicitadas, se debe girar mandamiento ya sea para embargar precautoriamente bienes del demandado, o bien para ordenar su arraigo;
5. Ejecutadas las providencias precautorias, el promovente deberá entablar la demanda principal en el término de tres días bajo pena de ser revocada la medida cautelar; y
6. Para solicitar su levantamiento, se prevé la “reclamación”, que será promovida ya por el demandado, ya por un tercero a quien le pare perjuicio.

De lo hasta aquí dicho, lo normal es que la medida cautelar que se ordene sea ejecutada. Sin embargo, el ordenamiento mercantil no prevé de manera expresa en que forma debe actuar el juzgador en el caso de que dichas providencias una vez ordenadas no sean ejecutadas por el promovente, y la demanda principal sea incoada ante otro juez que no sea el que conoce de las providencias.

De conformidad con el texto de los artículos 1185 y 1186 del Código de Comercio, lo lógico sería que las providencias cesen sus efectos y se revoquen de oficio. Pero puede existir el caso en que el juzgador ya sea por una omisión o de manera deliberada, no las revoque, aún cuando no se hayan ejecutado ni se haya presentado la demanda principal en el término de tres días. Esto traería consigo que la orden de ejecutar las providencias precautorias se mantuviera “viva” indefinidamente, aún cuando se haya presentado la demanda principal ante otro juzgado, y que mientras que el juicio en lo principal siga su curso, la ejecución de la medida cautelar quede como una especie de “arma” en favor del actor para usarla en contra del demandado en cualquier momento debido al sigilo en que se llevan a cabo.

En efecto, una de las características principales de las providencias precautorias es el secreto en el que se desarrollan, ello de conformidad con el artículo 1181 del Código de Comercio, el cual establece a la letra lo siguiente:

(Código de Comercio)

“Artículo 1181. *Ni para recibir la información, ni para dictar una providencia precautoria se citará a la persona contra quien ésta se pida.”*

De lo anterior es claro que resulta ilegal, pero no imposible que debido al sigilo y secrecía característica de este tipo de procedimiento cautelar, es que el promovente puede en un momento dado solicitar el otorgamiento de medidas cautelares ante un juez de lo civil local y entablar el juicio en lo principal ante un juez de lo civil federal, o viceversa, o incluso ante otro juzgador del mismo nivel jerárquico, sin que necesariamente uno sepa de la existencia del procedimiento que el otro está llevando a cabo. Lo anterior en virtud de la llamada *competencia concurrente* que existe en la materia mercantil por disposición constitucional.¹²

¹² **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. “Artículo 104.** *Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer: I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales*

En la realidad, el deudor no tiene conocimiento de las providencias precautorias hasta un momento antes de que éstas se ejecuten, es decir, éste no podrá saber de la existencia de providencias precautorias decretadas en su contra sino hasta el momento en que el actuario judicial se presente en su domicilio a llevar a cabo su ejecución, caso en el que de acuerdo a lo dicho para el procedimiento de reclamación de las providencias precautorias deberá esperar hasta que la demanda en lo principal se le notifique para así reclamar la medida cautelar en vía incidental, o bien, promover otros medios de defensa que considere pertinentes.

Lo anterior nos lleva a preguntarnos válidamente, ¿existirá otro medio de defensa para contrarrestar las providencias precautorias? Y en caso de haberlo ¿cuál será este medio de defensa? De este tema, me ocuparé más adelante.

4.2. LEVANTAMIENTO DE LAS PROVIDENCIAS CONFORME A LOS ARTÍCULOS 1185 Y 1186 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Como ha quedado expuesto, la Ley establece por medio de la reclamación, un medio para solicitar que las providencias precautorias sean levantadas al juez que conozca del asunto. Pero esa no es la única hipótesis legal para decretar el levantamiento de la medida cautelar decretada.

Ha quedado asentado en el capítulo que antecede, una hipótesis para que las providencias precautorias decretadas sean revocadas o “levantadas” por el mismo Juzgador que las dictó, con o sin la intervención de las partes lo cual se

celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado.(...)”

encuentra establecido en sus artículos 1185 y 1186, los que establecen lo siguiente:

(Código de Comercio)

*“**Artículo 1185.** Ejecutada la providencia precautoria antes de ser entablada la demanda, el que la pidió deberá entablarla dentro del término de tres días, si el juicio hubiere de seguirse en el lugar en que aquella se dictó. Si debiere seguirse en otro lugar, el juez aumentará los tres días señalados, los que resulten de acuerdo al último párrafo del artículo 1075.*

***Artículo 1186.** Si el actor no cumple con lo dispuesto en el artículo que precede, la providencia precautoria se revocará de oficio, aunque no lo pida el demandado.”*

Como puede apreciarse, el ordenamiento mercantil dispone que una vez que la providencia precautoria **ha sido ejecutada** antes de que se entable la demanda principal, ésta demanda deberá ser incoada por el promovente de la medida cautelar dentro del término de tres días, bajo la pena que de no hacerlo, dicha providencia será revocada de oficio por el órgano que la dictó, aún cuando el demandado no lo solicitase.

Ello implica un acto obligatorio, *-nunca potestativo-* para el juzgador, de ordenar el levantamiento o la revocación de aquellas providencias precautorias que:

1.- Una vez ejecutadas, no se haya presentado la demanda principal en el término indicado, y

2.- Aquellas providencias que no hubieren sido ejecutadas.

No obstante lo anterior, pudiera surgir el caso, como se ha venido comentando, que el juez que decretó la medida cautelar, ya fuere de manera involuntaria, ya deliberadamente, no ordenara el levantamiento o la revocación de la providencia ordenada como los artículos citados lo disponen, por no haber cumplido la providencia con la condición que impone el artículo 1185 ya transcrito.

Recordemos que en todo caso, el demandado no tiene manera de saber que un procedimiento de providencias precautorias se encuentra a la espera de ser ejecutado en su contra, y se repite, puede ser inclusive, que el promovente decidiera no interponer la demanda principal ante el mismo juez que decretó las providencias, sino ante un juez de otro fuero o inclusive de otra jurisdicción territorial, lo que equivaldría a crear un clima de inseguridad jurídica para cualquier gobernado, en virtud de existir dos procedimientos radicados ante órganos jurisdiccionales distintos en los que se exigieran prestaciones similares o idénticas.

4.3. POSIBILIDAD DE ACUDIR AL JUICIO DE AMPARO

El articulado que regula las providencias precautorias en el Código de Comercio, establece como medio de impugnación ordinario la reclamación para solicitar su levantamiento, tanto para un tercero cuyos bienes hayan sido objeto del embargo precautorio como para el demandado.

Aunado a esta reclamación, dentro del procedimiento de providencias precautorias como en cualquier otro procedimiento mercantil, podrán promoverse como medios de defensa tanto el recurso de revocación como el recurso de apelación según el momento y tipo de acto judicial que se esté combatiendo, ello de acuerdo a lo establecido en el propio Código de Comercio en sus artículos 1334 a 1345.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que tanto los autos, proveídos o sentencias que se dicten dentro del procedimiento de providencias precautorias admitan, además de los medios de defensa apuntados, la presentación del juicio de amparo como medio de control constitucional, ya sea directo (uni instancial) o indirecto (bi instancial) como a continuación se expone.

4.3.1. AMPARO DIRECTO

El amparo “es un juicio o proceso que se inicia por la acción que ejercita cualquier gobernado ante los órganos jurisdiccionales federales contra todo acto de autoridad (lato sensu) que le causa un agravio en su esfera jurídica y que considere contrario a la Constitución, teniendo por objeto invalidar dicho acto o despojarlo de su eficacia por su inconstitucionalidad o ilegalidad en el caso concreto que lo origine.”¹³

No siendo materia del presente trabajo la explicación exhaustiva de la materia de amparo, me referiré a sus generalidades y a los datos que revisten utilidad e importancia en el procedimiento de providencias precautorias.

En primer lugar, tratándose de un tema que inmiscuye actos emanados de tribunales judiciales en materia mercantil (*civil*) la procedencia del juicio de amparo directo se encuentra prevista en los siguientes preceptos legales:

1.- Artículo 107, fracción III, inciso a), y fracción V, inciso c) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2.- Artículos 158 y 161 de la Ley de Amparo; y

¹³ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. *El Juicio de Amparo*. Editorial Porrúa. 41ª Edición, 1ª reimpresión. México, 2006. p. 173. Véase también CHÁVEZ CASTILLO, RAÚL. *Juicio de Amparo*. Editorial Porrúa, 5ª Edición, México, 2005. p. 21.

3.- Artículo 37, fracción I, inciso c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Preceptos legales que se transcriben a continuación:

(Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

“Artículo 107. *Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes: (...)*

III. *Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:*

a) *Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo; siempre que en materia civil haya sido impugnada la violación en el curso del procedimiento mediante el recurso ordinario establecido por la ley e invocada como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera. Estos requisitos no serán exigibles en el amparo contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y a la estabilidad de la familia;(...)*

V. *El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, se promoverá ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda, conforme a la distribución de competencias que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en los casos siguientes: (...)*

c) En materia civil, cuando se reclamen sentencias definitivas dictadas en juicios del orden federal o en juicios mercantiles, sea federal o local la autoridad que dicte el fallo, o en juicios del orden común.

En los juicios civiles del orden federal las sentencias podrán ser reclamadas en amparo por cualquiera de las partes, incluso por la Federación, en defensa de sus intereses patrimoniales, y (...)”

(Ley de Amparo).

“Artículo 158.- El juicio de amparo directo es competencia del Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, en los términos establecidos por las fracciones V y VI del artículo 107 constitucional, y procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o revocados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo, y por violaciones de garantías cometidas en las propias sentencias, laudos o resoluciones indicados.

Para los efectos de este artículo, sólo será procedente el juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales civiles, administrativos o del trabajo, cuando sean contrarios a la letra de la ley aplicable al caso, a su interpretación jurídica o a sus principios generales de Derecho a falta de ley aplicable, cuando comprendan acciones, excepciones o cosas que no hayan sido objeto del juicio, o cuando no las comprendan todas, por omisión o negación expresa.

Cuando dentro del juicio surjan cuestiones, que no sean de imposible reparación, sobre constitucionalidad de leyes, tratados

internacionales o reglamentos, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda en contra de la sentencia definitiva, laudo o solución que pongan fin al juicio.

Artículo 161.- *Las violaciones a las leyes del procedimiento a que se refieren los dos artículos anteriores sólo podrán reclamarse en la vía de amparo al promoverse la demanda contra la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio.*

En los juicios civiles, el agraviado se sujetará a las siguientes reglas:

I.- *Deberá impugnar la violación en el curso mismo del procedimiento mediante el recurso ordinario y dentro del término que la ley respectiva señale.*

II.- *Si la ley no concede el recurso ordinario a que se refiere la fracción anterior o sí, concediéndolo, el recurso fuere desechado o declarado improcedente, deberá invocar la violación como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera.*

Estos requisitos no serán exigibles en amparos contra actos que afecten derechos de menores o incapaces, ni en los promovidos contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten el orden y a la estabilidad de la familia.”

(Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

“Artículo 37. *Con las salvedades a que se refieren los artículos 10 y 21 de esta ley, son competentes los tribunales colegiados de circuito para conocer:*

I. *De los juicios de amparo directo contra sentencias definitivas, laudos o contra resoluciones que pongan fin al juicio por violaciones cometidas en ellas o durante la secuela del procedimiento, cuando se trate: (...)*

c) En materia civil o mercantil, de sentencias o resoluciones respecto de las que no proceda el recurso de apelación, de acuerdo a las leyes que las rigen, o de sentencias o resoluciones dictadas en apelación en juicios del orden común o federal, y (...)”

Es menester decir que para estar en posibilidades de promover un juicio de amparo directo en contra de algún acto emanado de un procedimiento de providencias precautorias, éste sólo tendrá lugar en contra de un acto de autoridad considerado como definitivo, es decir, en contra del cual no proceda recurso ordinario alguno que modifique revoque o nulifique el acto en cuestión. Es decir, respetando el *principio de definitividad* que debe imperar como uno de los principios fundamentales en la materia de amparo, el cual se define como “*la obligación del agraviado consistente en agotar, previamente a la interposición de la acción constitucional, los recursos ordinarios (lato sensu) tendientes a revocar o modificar los actos lesivos*” (...), los cuales “*deben tener una existencia legal, es decir, deben estar previstos en la ley normativa del acto o de los actos que se impugnen.*”¹⁴

En materia civil y mercantil se consideran actos definitivos:

- a) Las sentencias definitivas que resuelvan o pongan fin al juicio dictadas por tribunales judiciales respecto de las que no proceda el recurso de apelación, de acuerdo a las leyes que las rigen;
- b) Las sentencias definitivas o resoluciones que pongan fin al juicio dictadas en apelación en juicios del orden común o federal;

¹⁴ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. *Op. Cit.* p. 284.

- c) Las sentencias definitivas dictadas en los juicios civiles del orden federal que se reclamen por cualquiera de las partes, incluso por la Federación, en defensa de sus intereses patrimoniales.

Ahora bien, y como es de sobra conocido, para que el juicio de amparo proceda es requisito *sine qua non* que éste se promueva en contra de actos de autoridad¹⁵. Como ha quedado dicho, la autoridad que en el caso que nos ocupa son los juzgados y tribunales judiciales que dictan sentencias definitivas en materia mercantil (civil) y resoluciones que pongan fin en definitiva al juicio, a continuación enumero las que pueden tener ese carácter según el caso:

1.- Tribunal Unitario de Circuito.

2.- Sala de un Tribunal Superior de Justicia (o Supremo Tribunal de Justicia), ya sea del Distrito Federal, ya de una entidad federativa.

3.- Juez de primera instancia en que el Código de Procedimientos respectivo no admita expresamente el recurso de apelación que tenga por efecto, revocarla, nulificarla o modificarla.

4.- Juez mixto de primera instancia de una entidad federativa que el Código de Procedimientos respectivo no admita expresamente el recurso de apelación que tenga por efecto, revocarla, nulificarla o modificarla.

5.- Juez menor, municipal o de paz de las entidades federativas o del Distrito Federal en que el Código de Procedimientos respectivo no admita expresamente recurso de apelación que tenga por efecto, revocarla, nulificarla o modificarla.

¹⁵ "Acto de autoridad es un hecho intencional, voluntario, positivo o negativo, emitido por un órgano del Estado, de hecho (facto) y de derecho (iure), con facultades de decisión o de ejecución, o de ambas, que produce afectación en situaciones generales y abstractas (se denomina ley) o en situaciones particulares y concretas (se llama acto de autoridad en sentido estricto), teniendo como característica el ser imperativo, unilatéral y coercitivo." CHÁVEZ CASTILLO, RAÚL. *Op. Cit.* p.2.

De acuerdo con lo anterior, en el procedimiento de providencias precautorias sólo puede considerarse acto definitivo la **sentencia definitiva** que ponga fin al procedimiento que en lo principal sea dictada por el Juez que conoce en primera instancia o por los Magistrados de la Sala Superior que resuelvan en definitiva el recurso de apelación en contra de ésta última sentencia.

El amparo directo entonces será improcedente en contra de la resolución del juez que decreta u ordene las providencias precautorias ya que no se considera un acto que deja en estado de indefensión al quejoso, ni tampoco un acto que resulte de imposible reparación ya que dichas providencias pueden reclamarse vía incidental por el demandado o por el tercero según se ha comentado, o bien, vía de juicio de amparo indirecto como más adelante se demuestra.

4.3.2. AMPARO INDIRECTO

La interposición del juicio de amparo indirecto en el procedimiento de providencias precautorias se interpondrá observándose lo siguiente:

- a) En primer lugar en contra de aquellos actos de autoridad (proveídos o sentencias interlocutorias) que no decidan el juicio en lo principal, o bien
- b) En los casos en que fuera de juicio se trate de ejecutar la providencia decretada, o en el caso de que se lleven a cabo sobre la persona del quejoso o de sus bienes actos de imposible reparación.

La procedencia del amparo indirecto en materia civil y mercantil se encuentra regulada en los siguientes preceptos legales:

1.- Artículo 107, fracción III, inciso b) y c) y fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2.- Artículo 114 de la Ley de Amparo en sus fracciones III a V.

3.- Artículo 29, fracción I y 54 fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Los preceptos mencionados se transcriben a continuación:

(Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

“Artículo 107. *Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes: (...)*

III. *Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes: (...)*

b) *Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan, y*

c) *Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio; (...)*

VII. *El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecte a personas extrañas al juicio, contra leyes o contra actos de autoridad administrativa, se interpondrá ante el juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las*

pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia; (...)

(Ley de Amparo)

“Artículo 114.- *El amparo se pedirá ante el juez de Distrito: (...)*

III.- *Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido.*

Si se trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso.

Tratándose de remates, sólo podrá promoverse el juicio contra la resolución definitiva en que se aprueben o desapruben.

IV.- *Contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación;*

V.- *Contra actos ejecutados dentro o fuera de juicio, que afecten a personas extrañas a él, cuando la ley no establezca a favor del afectado algún recurso ordinario o medio de defensa que pueda tener por efecto modificarlos o revocarlos, siempre que no se trate del juicio de tercería; (...)*

(Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación)

“Artículo 29. *Los tribunales unitarios de circuito conocerán:*

I. *De los juicios de amparo promovidos contra actos de otros tribunales unitarios de circuito, que no constituyan sentencias definitivas, en términos de lo previsto por la Ley de Amparo respecto de los juicios de amparo indirecto promovidos ante juez de distrito.*

En estos casos, el tribunal unitario competente será el más próximo a la residencia de aquél que haya emitido el acto impugnado;

Artículo 54. *Los jueces de distrito de amparo en materia civil conocerán:*

I. De los amparos que se promuevan contra resoluciones del orden civil, en los casos a que se refiere la fracción VII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;”

En este trabajo, aunado al tratamiento de las providencias precautorias y su manera de combatirse, el caso que nos ocupa como tema central, es la posibilidad de impugnar y/o combatir un procedimiento de providencias precautorias por medio del amparo indirecto o bi instancial dada la confusa redacción del artículo 1185 del Código de Comercio.

4.3.2.1. APARENTE IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO EN CONTRA DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS.

Si bien es cierto que el juicio de amparo es improcedente en contra de aquellas resoluciones susceptibles de ser impugnadas por medio de recursos ordinarios cuyo objeto sea modificarlas, revocarlas o nulificarlas y que el estudio de dicha improcedencia es de estudio preferente por el juzgador de amparo de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 73 de la Ley de Amparo, pudiera parecer a simple vista, que la promoción de un amparo indirecto en contra del dictado o la ejecución de providencias precautorias sería improcedente debido a que la reclamación prevista por el ordenamiento mercantil es un recurso o medio de defensa ordinario mediante el cual pudiera combatirse el procedimiento cautelar de providencias precautorias. Este aspecto no escapa del estudio del presente trabajo, y a continuación demuestro que la improcedencia aparente no es tal.

La Ley de Amparo, en la fracción XIII del artículo 73 contiene el principio de definitividad del juicio de amparo, cuyo texto es del tenor literal siguiente:

(Ley de Amparo)

“Artículo 73. *El juicio de amparo es improcedente: (...)*

XIII. *Contra las resoluciones judiciales o de tribunales administrativos o del trabajo respecto de las cuales conceda la Ley algún recurso o medio de defensa, dentro del procedimiento, por virtud del cual puedan ser modificadas, revocadas o nulificadas, aún cuando la parte agraviada no lo hubiese hecho valer oportunamente, salvo lo que la fracción VII del artículo 107 constitucional dispone para los terceros extraños.*

Se exceptúan de la disposición anterior los casos en que el acto reclamado importe peligro de privación de la vida, deportación o destierro, o cualquiera de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución. (...)”

Como se aprecia del texto transcrito, puede parecer que promover un amparo indirecto en contra de la resolución que decreta las providencias precautorias y su ejecución resulta por disposición del artículo mencionado de la Ley de Amparo en una notoria improcedencia y por ende en el sobreseimiento del mismo, ello en virtud de que existe un recurso o medio ordinario de defensa en contra del dictado y ejecución de las providencias precautorias. Sin embargo, esta improcedencia en realidad es sólo aparente, un espejismo, pues existe un caso en el que su procedencia es patente.

En efecto, si bien es cierto que por medio de la demanda de reclamación que se presente, ya por el ejecutado ya por un tercero, las providencias precautorias pueden ser levantadas en el momento en que ésta se resuelva, éste

medio de defensa es siempre en contra y precisamente **de providencias precautorias que han sido efectivamente ejecutadas**.

Resulta así que en contra del dictado y **la ejecución** de las providencias precautorias sería improcedente la promoción de un juicio de amparo indirecto, ya que en virtud del principio de definitividad que impera en el juicio de amparo, la reclamación que prevé el Código de Comercio sería equiparado al medio de defensa ordinario por el cual las providencias y su ejecución pueden ser modificadas, revocadas o nulificadas aunado a que dichos actos no se consideran irreparables ni fuera de juicio, y en ese tenor se ha pronunciado el Poder Judicial de la Federación en diversos criterios jurisprudenciales, de lo cual hemos hablado anteriormente.

Pero esta improcedencia opera única y precisamente para providencias precautorias cuya ejecución fue realizada efectivamente por el promovente de las mismas, por lo que en la hipótesis que se plantea es una improcedencia aparente, ya que en la situación que se plantea supone que las providencias **NUNCA FUERON EJECUTADAS** y el procedimiento permanece estático, sin ejecutarse, ni previo al juicio principal ni incidentalmente. Ello aún cuando los días a que hace referencia el artículo 1186 del Código de Comercio transcurrieron y/o el promovente interpone la demanda en lo principal pero de ésta última conoce otro juzgador distinto al que conoce o conoció del procedimiento cautelar.

Por lo anterior, la presentación del juicio de amparo indirecto sería en contra de la omisión del juzgador de revocar de oficio las providencias precautorias que no hubieren sido ejecutadas por lo que dicho amparo indirecto **no es ni sería improcedente**, y dicha demanda deberá ser admitida y tramitada conforme a la Ley. Excepción hecha de que el amparo sea promovido de manera extemporánea, caso en el cual, la improcedencia sería manifiesta.

Así las cosas, y siendo que las autoridades únicamente pueden hacer lo que las leyes les marcan, es claro y no queda lugar a duda lo siguiente:

Si las providencias precautorias, previo trámite, fueron dictadas y puestas a disposición del promovente para su ejecución y éstas no fueron ejecutadas significa que:

1.- Se fijó garantía para despachar la ejecución de las providencias y dicha garantía no fue cubierta por el promovente, requisito sin el cual no podrán ejecutarse;

2.- Si éstas no son ejecutadas por el promovente, y éste no presenta la demanda principal dentro del término de tres días a que hace referencia el artículo 1186 citado, dichas providencias **DEBERÁN SER IRREMEDIABLEMENTE REVOCADAS POR EL JUZGADOR AUNQUE NO LO PIDA EL DEMANDADO**, de conformidad con el multicitado artículo 1186.

3.- Si lo ordenando por dicho artículo no es realizado por el juzgador por el, motivo que sea, es claro que estaría violando lo dispuesto por el artículo 1186.

4.- A lo anterior podemos añadirle que si el juzgador que conoció de las providencias no tiene conocimiento de que el promovente ha iniciado otro procedimiento ante diverso órgano judicial, el procedimiento estaría latente para ser ejecutado en cualquier momento, creando inseguridad jurídica y dejando en estado de indefensión al demandado.

5.- Por ello, en contra de la vigencia indefinida de una resolución que ordena la ejecución de providencias precautorias es y sería procedente la promoción de un juicio de amparo indirecto en contra de dicha omisión por las razones expuestas, lo cual, es objeto del siguiente apartado.

4.3.2.2. OPINIÓN PERSONAL RESPECTO A LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO

Personalmente, opino que resulta procedente el juicio de amparo indirecto y en su momento que el juzgador federal decrete la protección de la justicia federal en un procedimiento de providencias precautorias donde no se haya observado estrictamente el procedimiento establecido por el artículo 1186 del Código de Comercio por las siguientes consideraciones:

En principio, todas las autoridades, de cualquier nivel (federales, estatales o municipales), tienen el deber de observar y garantizar que todos y cada uno de los actos que emitan en ejercicio de sus atribuciones, respete y se encuentre dentro del marco establecido dentro de los 29 primeros artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además de cumplir con los requisitos que les exija la ley secundaria en la cual se funden estos actos. Este principio llamado de supremacía constitucional, como bien se sabe, se encuentra plasmado en el artículo 133 de nuestra Carta Magna.

Este marco normativo de protección de los derechos de los gobernados, está comprendido dentro de las llamadas **garantías individuales**, y este término, **garantía**, tiene un sentido muy amplio, equivalente a decir “aseguramiento” o “afianzamiento”, así como también da a entender “protección”, “respaldo”, “defensa”, “salvaguarda” o incluso “apoyo”. Cabe mencionar que el término “*garantía*”, en su sentido jurídico, tuvo su origen dentro del derecho civil para denotar la idea que ha sido apuntada anteriormente en este trabajo como “aseguramiento”.¹⁶

¹⁶ Véase BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. *Las Garantías Individuales*. Editorial Porrúa, 33ª edición, México, 2001. p. 161.

Así las cosas, las garantías individuales, en un sentido amplio, pueden definirse como la serie de requisitos y exigencias establecidas en la Ley Suprema con que debe contar todo acto de autoridad para ser constitucionalmente válido frente al sujeto que se identifica como gobernado.

Como anteriormente se expresó, el Estado Mexicano, autorregulando su actuar, y con miras a garantizar la estricta observancia y respeto a las garantías constitucionales de que goza todo gobernado, ha establecido dentro de los artículos 14, 16 y 17 constitucionales, un conjunto de modalidades jurídicas a las cuales debe sujetarse todo acto de molestia dictado por la autoridad. Entre ellos, el que nos interesa está encuadrado dentro de la llamada *garantía de seguridad jurídica*, misma que a su vez, engloba a las garantías de legalidad, y a la garantía de audiencia.

Por garantía de seguridad jurídica se entiende *“el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el summun de sus derechos subjetivos”* lo cual implica una serie de *“derechos subjetivos públicos individuales del gobernado oponibles y exigibles al Estado y a sus autoridades, quienes tienen la obligación de acatarlos u observarlos. Esta obligación estatal y autoritaria es de índole activa en la generalidad de los casos tratándose de las diferentes garantías de seguridad jurídica, o sea, que el Estado y sus autoridades deben desempeñar, para cumplir dicha obligación, actos positivos, consistentes en realizar todos aquellos hechos que impliquen el cumplimiento de todos los requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas para que la afectación que generen sea jurídicamente válida.”*¹⁷

La garantía de seguridad jurídica implica entonces, que el acto de autoridad cuente con los requisitos mínimos para proteger al gobernado frente a

¹⁷ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. *Op. Cit.* pp. 504-505.

posibles arbitrariedades de la autoridad y así hacer valer el derecho del gobernado y para que, sobre este aspecto, la autoridad no incurra en arbitrariedades. Estableciendo a su vez dentro de ésta, a las garantías de audiencia y de legalidad.

Y es precisamente por la violación a las garantías de audiencia y de legalidad que resulta procedente la tramitación del juicio de amparo y la obtención de una sentencia decretando la protección de la justicia de la unión contra la vigencia indefinida de un procedimiento de providencias precautorias.

En efecto, para que la autoridad se encuentre en posibilidad de realizar un acto de molestia o de privación sobre los bienes (cualesquiera) de los gobernados, se deben:

- 1) Observar las formalidades esenciales del procedimiento y además,
- 2) Que éste se lleve a cabo siguiendo estrictamente el dictado de la ley que le da origen.

Observemos que las autoridades únicamente pueden hacer aquello para lo que las leyes las facultan expresamente, lo contrario implicaría una arbitrariedad y un abuso del poder que se les confiere. Y es precisamente este punto en el que se configura el agravio personal y directo que haría procedente el amparo, por la violación de las garantías de seguridad jurídica, de audiencia y de legalidad por parte del juzgador que autorizó las providencias precautorias.

Ahora bien, por **agravio personal y directo** se entiende un *“daño o perjuicio -en los derechos del gobernado- ocasionados por una autoridad al violar una garantía individual”, que recae “precisamente en una persona determinada, bien sea física o moral”, el cual debe ser “de realización presente, pasada o inminentemente futura”*.¹⁸

¹⁸ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. *El Juicio de Amparo. Op. Cit.* pp. 271-272.

Ya que efectivamente existe un agravio, es por ello, que procedería y procede el amparo en el caso que se plantea, en virtud de que en el caso de que las providencias no sean ejecutadas y éstas no sean revocadas tal y como lo dispone el multicitado artículo 1186 del Código de Comercio se configuraría una violación a la garantía de seguridad jurídica por parte de la autoridad judicial por no observar estrictamente las formalidades y el procedimiento establecido por la ley, provocando un temor fundado por la inminente ejecución de un acto de molestia (*las providencias precautorias*) en cuyo procedimiento no fue acatado estrictamente el dictado de los artículos 14 y 16 constitucionales.

4.3.2.3. PROPUESTA

En virtud de que el problema deviene del texto del Código de Comercio, en principio, la propuesta sería una reforma o una adición al texto del articulado que regula las providencias precautorias en la cual se establezca una multa significativa, la imposición de una corrección disciplinaria o incluso la imputación de responsabilidad civil al juzgador que habiendo dictado las providencias precautorias no certifique o se cerciore bajo su más estricta responsabilidad, que dichas medidas fueron efectivamente ejecutadas, y que en caso contrario, certifique de igual manera que éstas fueron revocadas por no haberse cumplido con el dictado del artículo 1186 del Código de Comercio.

Aunado a lo anterior, no resultaría ocioso establecer en el texto del Código de Comercio, que el procedimiento de providencias precautorias que no se ejecute en un *tiempo prudente*, el procedimiento caducará de conformidad con las reglas que establece el artículo 1076 del Código de Comercio.

El lapso de *tiempo prudente* podría ser, por ejemplo, de cinco a diez días hábiles a partir de que el juzgador fije el monto de la garantía, atento a que no

puede retrasarse mucho la orden judicial debido a que la dilación puede traer consigo que el demandado huya del lugar del juicio u oculte o dilapide los bienes que serán sujetos del embargo, además de que el Código exige al promovente de las providencias garantía (*fianza*) para la ejecución de éstas, misma que puede tomarse de algún tiempo para ser preparada y presentada ante el juez.

CONCLUSIONES

I.- Las providencias precautorias son procedimientos cautelares cuyo objeto es asegurar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas de una persona hacia otra.

II.- Las providencias precautorias como medida de garantía del derecho sustantivo de quien las promueve, pueden solicitarse como actos previos a la presentación del juicio en lo principal o bien ya iniciado éste, como actos incidentales.

III.- La promoción y dictado de las providencias precautorias se realizan en un estado de secrecía, lo que implica que no se da intervención alguna al presunto deudor y próximo demandado.

IV.- Sólo pueden dictarse providencias precautorias vinculadas al arraigo de personas y el embargo precautorio.

V.- Para que se dicte cualquiera de las medidas cautelares señaladas, debe probarse la necesidad de la medida y el derecho para que se conceda.

VI.- El arraigo de personas procede cuando se presume y se acredita con los medios probatorios pertinentes, que el demandado va a ausentarse o ocultar del

lugar del juicio sin dejar apoderado debidamente instruido y expensado para responder de las resultas de juicio.

VII.- El embargo precautorio (secuestro de bienes) procede cuando se presume y se acredita con los medios probatorios pertinentes, que el demandado va a ocultar o dilapidar los bienes sobre los cuales recae la demanda, si se trata de un acción real, o que va a ocultar o dilapidar otros bienes con los cuales pueda responder de las resultas del juicio si se trata de acciones personales.

VIII.- Las providencias precautorias son medidas accesorias y sumarias, accesorias en tanto la restricción a la libertad de tránsito de las personas así como a la afectación de la posesión y propiedad de los bienes no son definitivos, y sumarias en tanto se prevé un procedimiento especial muy breve atento a que la dilación del juez en su orden y ejecución puede redundar en ausencia del demandado del lugar del juicio o en la dilapidación u ocultamiento de los bienes.

IX.- Para que pueda ordenarse la ejecución de las providencias precautorias, el promovente debe otorgar garantía suficiente, a juicio del juzgador, a fin de que en caso de ser revocadas o de ser absuelto el demandado cubran los daños y los perjuicios que pudieren haberse causado.

X.- El Artículo 1185 del Código de Comercio establece como regla general que las providencias precautorias solicitadas como actos prejudiciales deben ser ejecutadas antes de entablar la demanda respectiva, por lo que si ésta ejecución no se lleva a cabo, dicha medida cautelar deberá ser revocada de oficio, ello sin descartar la posibilidad de que el actor pueda promover nuevamente las providencias precautorias dentro del juicio principal en la vía incidental.

XI.- El Artículo 1185 del Código de Comercio establece taxativamente que todas las providencias precautorias que se soliciten como actos prejudiciales **deben ser ejecutadas** por el promovente antes de entablar la demanda en lo principal.

XII.- Posterior a la ejecución de las providencias precautorias decretadas, el que las pidió deberá entablar la demanda principal dentro del término de tres días, ya que el articulado que las regula no prevé su eficacia indefinida.

XIII.- Si el promovente de las providencias precautorias no realiza la ejecución de la medida cautelar antes de entablar la demanda, el Juez que conozca de las providencias deberá revocarlas, ello con fundamento en el artículo 1186 del Código de Comercio.

XIV.- En el caso de que dicha medida cautelar no fuera ejecutada por el promovente, y el órgano judicial no la revocare conforme lo disponen los artículos 1185 y 1186 del Código de Comercio, procederá como un medio de defensa para el demandado el juicio de amparo indirecto por tratarse de un acto dictado fuera de juicio que violenta sus garantías individuales de seguridad jurídica, de audiencia y de legalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ARELLANO GARCÍA CARLOS; “Derecho Procesal Civil”, Editorial Porrúa, Novena Edición, México, 2003.
- 2.- ARELLANO GARCÍA, CARLOS; “Práctica Forense Mercantil”, Editorial Porrúa, Décimo Sexta Edición, México, 2004.
- 3.- BARRERA GRAF, JORGE; “Instituciones de Derecho Mercantil”, Editorial Porrúa, Cuarta Reimpresión, México, 2000.
- 4.- BECERRA BAUTISTA, JOSÉ; “El Proceso Civil en México”, Editorial Porrúa, Decimo Novena Edición, México, 2006.
- 5.- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, “El Juicio de Amparo”, Editorial Porrúa, Cuadragésima Primera Edición, Primera Reimpresión, México, 2006.
- 6.- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, “Las Garantías Individuales”, Editorial Porrúa, Trigésimo Tercera Edición, México, 2001.
- 7.- CASTRILLÓN Y LUNA, VÍCTOR, “Derecho Procesal Mercantil”, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, 2004.
- 8.- CERVANTES AHUMADA, RAÚL; “Derecho Mercantil”, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 2002.

9.- CHAVEZ CASTILLO, RAÚL, “El ABC del Juicio de Amparo”, Editorial Porrúa, México, 2005.

10.- CHÁVEZ CASTILLO, RAÚL; “Juicio de Amparo”, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, 2005.

11.- COVIELLO, NICOLÁS; “Doctrina General del Derecho Civil”, Traducción de Felipe de J. Tena, Edición Facsimilar, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.

12.- DE PINA, RAFAEL Y CASTILLO LARRAÑAGA, JOSÉ; “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, Editorial Porrúa, Vigésima Séptima Edición, México, 2003.

13.- DE PINA VARA, RAFAEL; “Derecho Mercantil Mexicano”, Editorial Porrúa, Vigésimo Octava Edición, México, 2002.

14.- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO, “Derecho Civil, Contratos”, Editorial Porrúa, México, 2000.

15.- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, VICENTE; “Derecho Procesal Mercantil”, Editorial Porrúa, México, 2005.

16.- GÓMEZ LARA, CIPRIANO; “Derecho Procesal Civil”, Editorial Oxford, Sexta Edición, México, 1998.

17.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO; “Derecho de las Obligaciones”, Editorial Porrúa, Décimo Cuarta Edición, México, 2001.

18.- HERNÁNDEZ LÓPEZ, AARÓN; “El Procedimiento Mercantil”, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, 2002.

19.- MANTILLA MOLINA, ROBERTO; “Derecho Mercantil”, Editorial Porrúa, Décimo Segunda Reimpresión, México, 2005.

20.- OVALLE FAVELA, JOSÉ; “Derecho Procesal Civil”, Editorial Oxford, Octava Edición, México, 2001.

21.- TENA, FELIPE DE J.; “Derecho Mercantil Mexicano”, Editorial Porrúa, Vigésima Edición, México, 2003.

22.- VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR; “Contratos Mercantiles”, Editorial Porrúa, Décima Primera Edición, México, 2001.

23.- VIVANTE, CÉSAR, “Derecho mercantil”, Traducción de Francisco Blanco Constans, Edición Facsimilar, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.

24.- DICCIONARIO DE DERECHO MERCANTIL, Coordinadora Elvia Arcelia Quintana Adriano Editorial, Editorial Porrúa, México, 2001.

25.- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Vigésimo Tercera Edición, consultado de Internet de la página <http://buscón.rae.es/diccionario/drae.htm>.

26.- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Editorial Porrúa, Décimo Tercera Edición, México, 2003.