

522
28



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

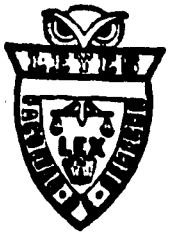
FACULTAD DE DERECHO

**Análisis Jurídico del Procedimiento de Constitución de
Providencias Precautorias en los Juicios Mercantiles**

T E S I S

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a

Froylan Marcel Romero



Cd. Universitaria, D. F.

Septiembre 1995

FALLA DE ORIGEN

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

AL LIC. ENRIQUE BAUTISTA OLALDE.

Con gratitud y agradecimiento, por su gran calidad humana, su valioso apoyo y el haber compartido conmigo parte de sus amplios conocimientos jurídicos, que fueron parte fundamental para la realización del presente trabajo.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
Y EN ESPECIAL A LA FACULTAD DE DERECHO.**

Con amor, por ser las instituciones, que me brindaron la oportunidad de alimentar mi espíritu mediante el conocimiento, lo cual para mí, es algo invaluable, que me obliga a ser cada día mejor, para honrarlas a ellas y a México.

A MIS DISTINGUIDOS PROFESORES.

Con gratitud por haberme dado el gran honor de ser su alumno y por los conocimientos que en mí vertieron a través de su enseñanza, lo cual me da la posibilidad de ser profesionalista.

A DIOS.

Te doy gracias infinitas por haberme guiado por un camino pleno de ventura y pleno de conocimiento.

A MIS PADRES.

Con amor, respeto y agradecimiento eterno, por lo mucho que me han dado y porque a través de sus múltiples sacrificios, obtuve lo mejor de las herencias, que es una buena educación.

A mi esposa Teresa.

Con todo el amor, por el cariño, apoyo y comprensión que me has dado, por ser lo más querido de mi ser y por todos los momentos gratos que hemos pasado juntos, lo cual me ha motivado a alcanzar las metas más importantes, de mi vida.

A MIS HIJOS: JAVIER, ARIEL Y GIOVANNI.
Quiénes viven dentro de mi corazón,
motivándome a ser mejor cada día,
aprovecho para pedir a Javier y Ariel,
a que continúen mi camino de amor al
Derecho, y a Giovanni, que me acompañe
por un mundo pleno de ventura y de
conocimiento.

A MIS HERMANOS.
Con todo mi aprecio, por los
momentos que hemos compartido
juntos, deseándoles que logren
obtener lo mejor de la vida.

A MIS FAMILIARES Y AMIGOS.
Con afecto por la convivencia que
he mantenido con ellos, en verdad
afortunada y por haberme dado la
posibilidad de conformar mi vida
dentro del ámbito social.

**ANALISIS JURIDICO DEL PROCEDIMIENTO DE
CONSTITUCION DE PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS
EN LOS JUICIOS MERCANTILES.**

.....

I N D I C E

	Página
INTRODUCCION.....	1

C A P I T U L O I

ASPECTOS GENERALES DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

	Página
I.1 Concepto	6
I.2 Naturaleza jurídica de las providencias precautorias .	12
I.3 Objeto de su existencia jurídica	18
I.4 Clasificación	19
I.5 Las providencias autorizadas en el derecho mercantil..	20
I.6 Características de las providencias precautorias	31

C A P I T U L O I I

PRESUPUESTOS PROCESALES DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

	Página
II.1 Concepto	36
II.2 Presupuestos intrínsecos	36
II.3 Marco jurídico de las providencias precautorias	39
II.4 Competencia	44
II.5 Medios de prueba	48
II.6 Forma de la solicitud	52
II.7 Otorgamiento de fianza	53

C A P I T U L O I I I

EL PROCEDIMIENTO DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

	Página
III.1 Ejecución de las providencias precautorias	56
III.2 Los derechos del demandado	75

III.3 Recursos del tercero ajeno a juicio	81
III.4 Conclusión del embargo precautorio	85
III.5 El procedimiento del arraigo de personas	89
III.6 Reclamación de daños y perjuicios	96
CONCLUSIONES	98
BIBLIOGRAFIA	102

I N T R O D U C C I O N

Aristóteles decía que el hombre es un ser político y en relación permanente con sus semejantes. Ante esta evidente realidad, aunada a la ambición de poder y conquista que llevaba a unos pueblos a luchar con otros, surge el " Estado " como una institución capaz de asegurar el orden, la paz y la justicia en la vida social humana.

Con la creación del Estado, el hombre cede parte de su libertad en favor de éste, el cual para cumplir con la función de procurar la paz y la justicia social, asume entre otras, la función legislativa mediante la cual crea normas que regulan la conducta de los hombres.

Esta manera de organizarse en relación al Estado, ha dado oportunidad para que la sociedad logre una evolución más dinámica y más justa, lo cual ha creado la necesidad de que el " Derecho ", como parte fundamental de la función jurisdiccional, evolucione al mismo ritmo, para poder mantener esa armonía social, debiendo crear los procedimientos jurídicos que resuelvan de manera efectiva, las controversias de los gobernados.

Así, de manera específica, el Estado Mexicano cuenta con un sistema jurídico que prohíbe a los gobernados la autodefensa de sus derechos, ante ésta circunstancia, no debe dejarlos indefensos, sino proveerlos de los medios necesarios para la protección de sus derechos y la solución de sus controversias. Por esto el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que " Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. "

Ahora bien, dentro de las distintas ramas del derecho, la solución de las controversias requiere de la instauración de un proceso jurídico, el que a su vez consta de una sucesión de actos que se realizan en distintas unidades de tiempo, lo cual en el Derecho Mercantil y concretamente, en el supuesto que un acreedor no cuente con un documento que traiga aparejada ejecución, (el cual pudiera hacer valer en un juicio ejecutivo), constituye una imperfección jurídica que propicia la desigualdad de las partes en un juicio, en razón de que permite al deudor la posibilidad de prolongar innecesaria y hasta maliciosamente la duración del juicio como un intento por burlar al titular de un derecho, o mediante la intencionada insolvencia que pudiera propiciarse, en el transcurso del juicio o mediante el abandono del lugar del juicio para incumplir con la obligación contraída.

Nuestro sistema jurídico, procurando evitar que por el simple transcurso del tiempo, un acreedor pierda sus bienes económicamente valiosos, ha previsto el establecimiento de las llamadas providencias precautorias, las cuales consisten en un procedimiento por el cual se aseguran bienes, mediante el embargo precautorio, o se mantienen situaciones de hecho mediante el arraigo de personas, con la finalidad de proteger el derecho controvertido ante la expectativa de que se decrete una sentencia favorable al acreedor.

Es así como las providencias precautorias, tienden a asegurar el derecho y ante la imperiosa necesidad de justicia contribuyen con la autoridad jurisdiccional a procurar la preservación y mantenimiento del orden jurídico y la convivencia armónica dejando que la justicia intrínseca del derecho invocado se resuelva mediante el proceso.

El procedimiento de las providencias precautorias constituye un tema apasionante en virtud de que en cuanto uno se introduce en su estudio, encuentra que sus características especiales la convierten en una institución sui generis, al grado tal que doctrinalmente no existe una clara conceptualización de las mismas, incluso son designadas con distintas denominaciones, pero son de gran utilidad.

Al adentrarse en el estudio de los distintos capítulos del presente trabajo, se comprenderá el significado jurídico de las providencias precautorias; cuál es su verdadera naturaleza; cuáles son los presupuestos que se deben cumplir para obtener una resolución preventiva; cómo se convierte en concreta la garantía que hace posible la ejecución de una sentencia favorable y finalmente las diferentes formas de extinción de las mismas.

C A P I T U L O I

ASPECTOS GENERALES DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

- I.1 Concepto.
- I.2 Naturaleza jurídica de las providencias precautorias.
- I.3 Objeto de su existencia jurídica.
- I.4 Clasificación.
- I.5 Las providencias autorizadas en el Derecho mercantil.
- I.6 Características de las providencias precautorias.

C A P I T U L O I

ASPECTOS GENERALES DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

I.1 Concepto y definiciones de las providencias precautorias.

a) Concepto.

Como bien sabemos el documento ejecutivo que consigne una obligación, es condición suficiente para proceder en contra del deudor, porque se parte del supuesto de que el derecho literal que se consigna en el documento, es cierto líquido y exigible.

Para conseguir el cumplimiento de la obligación consignada en un título ejecutivo, la ley permite que la responsabilidad de todo deudor, se garantice mediante sus bienes a través del embargo.

En contraste, se ha comprobado que cuando un derecho de crédito no consta en un documento que traiga aparejada ejecución y además, no está debidamente garantizado, el acreedor corre el riesgo de que su derecho sea burlado a consecuencia de la negligencia, la simulación o el fraude por parte del deudor, en razón de que entre el momento del nacimiento del crédito y su vencimiento, ha transcurrido un tiempo en el cual pueden ocurrir innumerables situaciones que pueden provocar que el crédito no

C A P I T U L O I

ASPECTOS GENERALES DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

I.1 Concepto y definiciones de las providencias precautorias.

a) Concepto.

Como bien sabemos el documento ejecutivo que consigne una obligación, es condición suficiente para proceder en contra del deudor, porque se parte del supuesto de que el derecho literal que se consigna en el documento, es cierto líquido y exigible.

Para conseguir el cumplimiento de la obligación consignada en un título ejecutivo, la ley permite que la responsabilidad de todo deudor, se garantice mediante sus bienes a través del embargo.

En contraste, se ha comprobado que cuando un derecho de crédito no consta en un documento que traiga aparejada ejecución y además, no está debidamente garantizado, el acreedor corre el riesgo de que su derecho sea burlado a consecuencia de la negligencia, la simulación o el fraude por parte del deudor, en razón de que entre el momento del nacimiento del crédito y su vencimiento, ha transcurrido un tiempo en el cual pueden ocurrir innumerables situaciones que pueden provocar que el crédito no

se pague, o que entre el momento de la presentación de la demanda y el momento en que se dicte una sentencia e intentar su ejecución, el deudor ha podido planear su insolvencia, o en el peor de los casos se ha podido ocultar o cambiar de residencia para evadir la obligación contraída, haciendo ilusoria la ejecución de la sentencia.

Por esta razón es que nuestro sistema jurídico, ha previsto dentro del Derecho Mercantil, la existencia de instituciones como las providencias precautorias, que contribuyen a asegurar el cumplimiento de la obligación contraída por un deudor.

b) Denominaciones jurídicas utilizadas.

La doctrina no tiene un criterio unánime para denominar al conjunto de actos y medidas jurídicas destinadas a garantizar la realización material de la sentencia de un juicio, llegando a utilizar entre otras, las denominadas providencias precautorias, medidas precautorias, providencias cautelares y medidas cautelares.

La denominación que rige a la materia mercantil, es la de providencias precautorias, la cual es utilizada por el Código de Comercio en su capítulo XI, " De las providencias precautorias", que en opinión del maestro Rafael de Pina, son " Las resoluciones judiciales, destinadas a garantizar la

eficacia de la sentencia que se dicte en el proceso, tales como el arraigo y el secuestro de bienes."(1)

El procesalista italiano Piero Calamandrei, define a las medidas cautelares, como " La anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva encaminada a prevenir el daño que podría derivar el retraso de la misma."(2)

Por otra parte, al decir del procesalista Eduardo J. Couture, las medidas cautelares son " Aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo."(3)

El maestro Alfredo Domínguez del Río, dice que la cautela es: " Toda previsión o conjuración anticipada de algo respecto de lo cual se tema que ocurra o no ocurra por depender de la voluntad de otro, o bien que, tan sólo el titular de un derecho

- 1.- De Pina Vara, Rafael, "Diccionario de Derecho", Ed. Porrúa, México 1985, p. 98.
- 2.- Calamandrei, Piero, "Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares", Ed. Bibliográfica, B. Aires 1985, p. 45.
- 3.- Couture, Eduardo J. "Vocabulario Jurídico", Ed. DEPALMA, Buenos Aires 1976, p. 405.

tiene la facultad de preservar e influir en ello la garantía o la plena realización de ese derecho."(4)

Por su parte el maestro Eduardo Pallares, señala qué se entienden por medidas cautelares: " 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."(5)

c) Definición etimológica.

Como podemos observar, las anteriores definiciones se utilizan de manera indistinta, sin embargo, considero que es menester definir etimológicamente cada una de las palabras que las componen, para poder comprender el objeto de nuestra materia de estudio y proponer de una manera informada, la denominación más apropiada a su designación.

La palabra medida, proviene de la palabra latina (mesure) que significa: " Precaución o medio empleado para impedir el deterioro o pérdida de bienes, medida conservatoria para proteger los derechos de un acreedor."(6)

- 4.- Domínguez del Río, Alfredo, "Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil", Ed. Porrúa, México 1977. p. 13.
- 5 Pallares Portillo, Eduardo, "Historia del Derecho Civil Mexicano", Ed. Manuales Universitarios, México 1962 p. 554.
- 6.- Capitant, Henri, "Vocabulario Jurídico", Ed. DEPALMA, Buenos Aires 1976, p. 369.

La palabra cautela, deriva de la palabra (cautus) que significa: " Precaución y reserva con que se procede. Cautelar, dicese de las medidas o reglas para prevenir la consecuencia de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo."(7)

A su vez, la palabra providencia, deriva de (providentia) y significa: " La disposición anticipada o prevención que conduce al logro de un fin."(8)

Finalmente, la palabra precautoria, deriva de la palabra (precare) que significa: " Prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo."(9)

En todas y cada una de estas definiciones, encontramos un elemento común, que es "la prevención". Por lo que, unidas dichas palabras en providencias precautorias; providencias cautelares; medidas cautelares y medidas precautorias, constituyen un conjunto de pleonasmos, por esto es conveniente sugerir una denominación que encuentre armonía entre lo gramatical y lo procesal.

d) Denominación propuesta.

Procedimiento de constitución de garantías precautorias es

- 7.- Real Academia de la Lengua Española. "Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa Calpe S.A. Madrid 1984, p. 295.
- 8.- Idem, p. 1115.
- 9.- Ibídem.

la denominación que se podría utilizar para designar al conjunto de actos y medidas jurídicas, que de manera concatenada tienden a asegurar anticipadamente el cumplimiento de una obligación, ante la posibilidad de que se dicte una sentencia favorable evitando así, la probable frustración del derecho del actor.

Ante el deber de explicar la razón por la cual sugerimos la denominación " procedimiento de constitución de garantías precautorias, " definiremos las palabras que la componen.

Procedimiento: " Es la acción o modo de obrar; gramaticalmente alude a una sucesión de actos concatenados entre sí respecto de un objeto común."(10)

La palabra constitución significa: " Acción y efecto de constituir " y ésta a su vez significa: " Establecer, ordenar, declararse instalado un cuerpo, institución etc."(11)

La palabra garantías, significa: " Acción y efecto de afianzar lo estipulado. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad."(12)

Finalmente la palabra precautoria, como quedo anotado

10.- Raluy Poudevida, Antonio. "Diccionario Porrúa de la Lengua Española", Ed. Porrúa, México 1976 p. 605.

11.- *Idem.* p. 192.

12.- *Ibidem.* p. 348.

anteriormente, significa: " Prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo."

Por esto, podemos decir, que el procedimiento de constitución de las garantías precautorias, es una institución compuesta por el conjunto de actos, medidas o normas jurídicas, ordenadas preventivamente para satisfacer una necesidad de aseguramiento provisional, ante el inminente riesgo o peligro de daño que pudiera sufrir el derecho tutelado por la norma específica, que se haga valer en un juicio, debido a la demora normal que existe en la impartición de justicia.

Se trata de un procedimiento mediante el cual se crea una situación procesal que sirve para resguardar la solvencia de un deudor, evitando que salgan de su patrimonio los bienes con los que podría garantizar la posible ejecución de una sentencia.

I.2 Naturaleza jurídica de las providencias precautorias.

Nuestro sistema jurídico, ha adoptado la denominación de providencias precautorias, misma que se encuentra regulada por el Código de Comercio, el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y los diferentes Códigos de Procedimientos Civiles de los Estados, sin embargo, esto no significa que sea la única denominación aceptada, en razón de que en la práctica se utilizan otras denominaciones.

En cuanto a la naturaleza de las providencias precautorias. La doctrina tampoco se ha puesto de acuerdo, pues algunos procesalistas las consideran una acción y otros las consideran un proceso, motivo por el que es preciso, entrar al estudio de estas teorías y determinar cual es su verdadera naturaleza.

a) Consideradas como " acciones precautorias ".

Para poder determinar la validez de la teoría que considera que las providencias son acciones precautorias, atenderemos primeramente al concepto de acción.

Para el maestro Luis Dorantes Tamayo, la acción es: " Un derecho abstracto y autónomo, que tiene una persona legitimada ante el órgano jurisdiccional para que éste, resuelva un litigio con espíritu de justicia."(13)

El maestro José Becerra Bautista, establece que " Mediante el derecho de acción, los sujetos provocan el ejercicio de la función jurisdiccional, para conseguir la satisfacción del interés jurídico protegido por el legislador en su favor, en la norma abstracta."(14)

El derecho de acción faculta al gobernado para poner en

13.- Dorantes Tamayo, Luis. "Elementos de Teoría General del Proceso", Ed. Porrúa México 1986. p. 87.

14.- Cfr. Becerra Bautista, José "El Proceso Civil en México", Ed. Porrúa, México 1992. p. 1.

funcionamiento al órgano jurisdiccional, para que éste, determine si el interés protegido fue violado y en caso de ser así, aplicar a su favor una sentencia.

De estas definiciones podemos deducir que el derecho de acción es único e indivisible y se ejercita con la finalidad de que el órgano jurisdiccional determine si se ha violado un derecho y las providencias precautorias son actos o medidas que no juzgan sobre el derecho del que las solicita, sino que únicamente se decretan con la finalidad de asegurar los efectos de una sentencia, por esto es que no compartimos la opinión de que sean consideradas como " acciones cautelares".

b) Consideradas como " proceso jurídico".

Algunos procesalistas, entre ellos Carnelutti, consideran que las providencias precautorias constituyen un verdadero proceso jurídico, que se desarrolla en forma paralela al proceso principal, es decir, conciben la existencia de dos procesos respecto a la misma controversia: El cautelar que no existe por si mismo, sino como un medio para asegurar la efectividad de una sentencia y el proceso principal, que es el medio por el cual se aplican las normas jurídicas al caso concreto para la solución de la controversia planteada.(15)

15.- Cfr. Carnelutti, Francisco, "Instituciones del Nuevo Derecho Italiano", Ed. Bosch, Buenos Aires 1942, p. 62.

Las providencias precautorias no pueden ser consideradas como verdaderos procesos jurídicos. Para poder comprender esto, atenderemos la definición de proceso jurídico que nos da el maestro Rafael de Pina. " Es el conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión de juez competente."(16)

El procesalista argentino, Ramiro Podetti, dice que el proceso: " Es un fenómeno específico jurídicamente regulado, que nace con la petición de protección jurídica del actor ante el poder jurisdiccional, se desarrolla gracias al ejercicio por el órgano y los sujetos de las diversas facultades que integran la acción, mediante las formas procesales, y que tienen por fin la actuación del derecho objetivo, en procura de la satisfacción del interés individual de los sujetos y del mantenimiento inalterado del orden jurídico estadual."(17)

Cabe destacar que estas definiciones se refieren a un conjunto de actos jurídicos los cuales constituyen el proceso y su finalidad consiste en decidir una controversia jurídica.

16.- De Pina Vara, Rafael. Op.Cit., p. 237.

17.- Sic. Podetti, Ramiro, "Teoría y Técnica del Proceso Civil", Ed. Ediar, B. Aires 1963. p. 415.

En cambio, las providencias precautorias están destinadas a hacer posible el cumplimiento de la sentencia que se dicte en un proceso, por lo que su existencia estará determinada por el tiempo que duren las causas que le dieron origen, lo cual confirma su carácter subsidiario y por esta razón, no pueden existir por si mismas, sino, necesariamente deben relacionarse a un proceso actual o inminente.

En consecuencia, podemos negar que existan dos procesos, que tienen un tronco común y se separan en diferentes direcciones, porque las providencias precautorias son actuaciones procesales vinculadas a un proceso al que deben su existencia, aun en el caso de que la actividad precautoria se realice con anterioridad, al proceso mismo.

Además, el aceptar que las providencias precautorias, sean verdaderos procesos, sería aceptar que los incidentes, los medios preparatorios a juicio, las diligencias de notificación, las diligencias de embargo etc., también lo sean, lo cual no puede ser posible, porque la parte no puede constituir el todo, además de que en caso de aceptarse llegaría a existir una multiplicidad de procesos dentro del mismo proceso.

En cambio, el procedimiento precautorio, que se decreta antes de iniciado el juicio, si puede realizarse de manera separada al proceso, en virtud de que así lo establece el artículo 1170 del Código de Comercio: " Las providencias precautorias, establecidas por este código podrán decretarse, tanto como actos prejudiciales, como después de iniciado el juicio respectivo; en este segundo caso, la providencia se sustanciara en incidente por cuerda separada y conocerá de ella el juez o tribunal que al ser presentada la solicitud esté conociendo del negocio."

c) Consideradas como " procedimiento de constitución de garantías ".

En nuestra opinión, si bien es cierto que las providencias precautorias son de naturaleza procesal, también es cierto, que están compuestas por un conjunto de actos o medidas que se realizan de acuerdo a un procedimiento, el cual puede efectuarse antes o después de instaurada una demanda, para asegurar bienes mediante el embargo precautorio o mantener situaciones de hecho existentes al tiempo de aquella, mediante el arraigo de personas, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia que llegue a dictarse en el proceso, por está razón concluimos que puede decirse que las providencias precautorias,

en realidad consisten en un procedimiento de constitución de garantías precautorias.

I.3 Objeto de su existencia jurídica.

Las providencias precautorias tienen como objeto, prevenir el riesgo que corre el derecho de un acreedor, cuando no cuenta con un título ejecutivo o un documento que traiga aparejada ejecución que pudiera hacer valer en juicio, por lo que podemos decir, que el objeto de su existencia es garantizar un interés y coadyuvar en la impartición de justicia, evitando que el derecho sea burlado.

a) Evitar el ocultamiento o la dilapidación.

La finalidad de las medidas cautelares, encuentra su justificación, en la necesidad de evitar que la demora que existe entre el momento de la presentación de la demanda y el momento en que se dicta sentencia, provoque que ésta última, no pueda llevar a la práctica su ejecución, precisamente por haber dado tiempo al deudor, de ocultarse o ausentarse del lugar del juicio, o por haberle dado la posibilidad de realizar la enajenación u ocultamiento de los bienes con los que podría responder de la obligación demandada, burlando de esta forma el derecho reclamado en juicio y haciendo vana la impartición de justicia por la actitud del demandado.

b) Coadyuvar en la impartición de justicia.

Las providencias precautorias constituyen una institución puesta a disposición del solicitante, mediante las cuales el órgano jurisdiccional puede decretar actos o medidas, que aseguren la ejecución práctica de una posible sentencia condenatoria.

1.4 Clasificación.

En razón de que las providencias precautorias, que se aplican en las diferentes ramas del derecho (aparte del embargo precautorio) son distintas, no pueden corresponder las mismas clasificaciones a instituciones jurídicas diferentes, motivo por el cual, en este trabajo clasificaremos, únicamente las providencias precautorias aplicables al derecho mercantil.

El Código de Comercio, señala en el artículo 1171 que las únicas providencias aplicables, son el arraigo de personas y el secuestro de bienes, en tal virtud, la clasificación aplicable a las providencias precautorias del derecho mercantil, en cuanto a su finalidad es la siguiente:

- a) Providencias que aseguran la ejecución material de la sentencia (embargo), mediante la cual se pretende mantener el estado de hecho de los bienes del deudor, con los que pudiera responder del resultado del juicio.

- b) Providencias que aseguran la permanencia del demandado en el lugar del juicio (arraigo domiciliario), mediante el cual se pretende que el demandado comparezca a juicio.

I.5 Las providencias autorizadas en el Derecho Mercantil.

Anteriormente, vimos que las únicas providencias que autoriza el Código de Comercio, son el embargo precautorio y el arraigo de personas, sobre las cuales es preciso entrar en su estudio para poder comprender que existe una gran diferencia entre lo que comunmente se denomina providencias precautorias y entre lo que en realidad es el procedimiento de constitución de providencias precautorias.

a) El embargo precautorio.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, dice que la palabra embargo, significa: " Retener una cosa en virtud de mandamiento de juez competente, sujetándola a las resultas de un juicio."(18)

El maestro José Becerra Bautista se refiere a la definición de embargo: " Es la inmovilización del bien para que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito una vez que le sea reconocido por una sentencia."(19)

18.- Real Academia de la Lengua Española, Op. Cit. p. 65.

19.- Becerra Bautista, Op. Cit., p. 439.

El embargo precautorio es una medida establecida para asegurar la eficacia de la demanda del actor, contra actos del deudor, que al enajenar o gravar sus bienes pudiera mermar y hasta hacer desaparecer el respaldo de sus obligaciones.

Algunos sistemas jurídicos, como el nuestro, conciben el embargo como sinónimo de secuestro de bienes, y el artículo 2539 del Código Civil para el Distrito Federal establece que " El secuestro es el depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero, hasta que se decida a quién podrá entregarse."

El mismo Código en su artículo 2541 establece dos tipos de secuestro: El secuestro convencional y el secuestro judicial.

Es convencional, dice el artículo 2542 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, " Cuando los litigantes depositan la cosa litigiosa en poder de un tercero que se obliga a entregarla concluido el pleito, al que conforme a la sentencia tenga derecho a ella."

Es judicial, según el artículo 2544 del mismo ordenamiento: " Cuando se constituye por decreto de un juez."

Aun cuando algunos tratadistas consideran que el embargo y el secuestro no son dos conceptos sinónimos, éstas diferencias no son trascendentes, en virtud, de que no varía su finalidad,

la cual consiste en limitar el derecho de propiedad, afectando el derecho de disposición del deudor al pago de la deuda, motivo por el cual en éste trabajo los consideraremos al igual que el Código Civil, como sinónimos.

Así las cosas, el embargo precautorio es la garantía precautoria por excelencia, por virtud de las cual, un juez competente, decreta el secuestro de bienes de un deudor, para la conservación del estado que guardan estos, impidiendo, que haga ilusoria la ejecución de una sentencia.

b) Diferencias sustanciales entre el embargo común y el embargo precautorio.

Entre el embargo común y el embargo precautorio existen múltiples diferencias, entre las que destacan las siguientes:

1.- Autorización. El embargo simple requiere la presentación de una demanda, fundada en un título ejecutivo o documento que traiga aparejada ejecución, para que proceda su autorización.

En cambio el embargo precautorio no requiere para su autorización la presentación de una demanda, ya que puede solicitarse antes o después de entablar la demanda aun cuando no se cuente con un título ejecutivo o documento que traiga aparejada ejecución, basta con cumplir los requisitos establecidos en el Código de Comercio en relación a las

providencias precautorias.

2.- Garantía. El embargo común, es autorizado sin necesidad de otorgar garantía alguna.

En cambio, en el embargo precautorio, el artículo 1179 del Código de Comercio, exige que " 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."

3.- Carácter. El embargo simple, tiene por lo regular carácter definitivo, en cuanto el deudor no cumpla con la obligación demandada.

El embargo precautorio, sólo tendrá el carácter provisional, conservativo, siempre y cuando el que lo solicita entable la demanda dentro de tres días de haberse realizado, así lo previene el artículo 1185 del Código de Comercio, y si el actor incumple esta obligación, el juez revocará la providencia luego que lo pida el demandado, esto de acuerdo con el artículo 1186 del mismo ordenamiento legal; además el artículo 1180 le da la posibilidad al demandado de solicitar que se levanten las providencias dictadas, si consigna el valor u objeto reclamado.

da fianza bastante a juicio del juez o prueba tener bienes suficientes para responder del éxito de la demanda.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido la siguiente ejecutoria:

" PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS.

Las providencias precautorias son concedidas con el propósito de permitir al actor, el aseguramiento de sus intereses, cuando éste no tiene a la mano un medio rápido de que disponer con idéntico efecto; pero su duración siempre está limitada a un período de tiempo estrictamente necesario para que, reconociendo el crédito por sentencia ejecutiva, que tenga fuerza ejecutiva, se cambie por el embargo formal, ya que también sería injusto que un privilegio se convirtiera en una restricción indefinida de los derechos de propiedad y posesión, para aquel contra quien se pida providencia. Por esto la ley exige al actor que presente su demanda formal dentro de tres días, así el afectado podrá exigir la continuación del juicio, y con la sentencia vendrá, en su caso, el embargo formal o el levantamiento de la misma precautoria. De lo anteriormente expuesto, se ve lo injusto que sería admitir las providencias en el periodo de ejecución."

Tercera sala, Quinta época, Tomo LXXI p. 27.

c) Efectos jurídicos del embargo precautorio.

En virtud de la poca claridad que existe sobre los efectos que produce el embargo precautorio, atenderemos al significado de los derechos reales y los derechos personales.

Derecho real es el que concede a su titular un poder o señorío directo e inmediato sobre una cosa determinada, y que, así mismo imponen a todo el mundo un deber de respeto y exclusión.(20)

Derecho personal o de crédito, a decir del jurista Julián Bonecase " Es la relación jurídica que se establece entre una persona llamada acreedor, que puede exigir a otra llamada deudor, que debe cumplir con una prestación de tipo patrimonial."(21)

La diferencia principal entre los derechos reales y los derechos personales, consiste en que los primeros, otorgan al titular, el derecho de preferencia temporal, en cambio los segundos no.

-
- 20.- Mascareñas, Carlos E., "Nueva Enciclopedia Jurídica", T. VII, Ed. Francisco Seix Editores, Barcelona 1974.
21.- Bonecase, Julián, "Elementos de Derecho Civil", Tomo I, Ed. Cajica, México 1974. p. 34.

c) Efectos jurídicos del embargo precautorio.

En virtud de la poca claridad que existe sobre los efectos que produce el embargo precautorio, atenderemos al significado de los derechos reales y los derechos personales.

Derecho real es el que concede a su titular un poder o señorío directo e inmediato sobre una cosa determinada, y que, así mismo imponen a todo el mundo un deber de respeto y exclusión.(20)

Derecho personal o de crédito, a decir del jurista Julián Boncase " Es la relación jurídica que se establece entre una persona llamada acreedor, que puede exigir a otra llamada deudor, que debe cumplir con una prestación de tipo patrimonial."(21)

La diferencia principal entre los derechos reales y los derechos personales, consiste en que los primeros, otorgan al titular, el derecho de preferencia temporal, en cambio los segundos no.

20.- Mascareñas, Carlos E., "Nueva Enciclopedia Jurídica", T. VII, Ed. Francisco Seix Editores. Barcelona 1974.

21.- Boncase, Julián, "Elementos de Derecho Civil", Tomo I, Ed. Cajica, México 1974. p. 34.

El embargo no confiere prioridad al primer embargante, es decir, no le otorga un mejor derecho sobre los demás acreedores, sino que, es el derecho crediticio el que concede dicha prioridad pero sometido a un concurso de acreedores en donde el embargo es la garantía de ese crédito.

En una controversia de derechos reales y derechos personales, los derechos reales, tendrán preferencia sin que importe el principio de preferencia.

La Suprema Corte ha emitido la siguiente ejecutoria, sobre la naturaleza del embargo:

" EMBARGO, PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS.

Las características más importantes del derecho real, son los siguientes: El poder directo e inmediato que confiere a su titular, sobre la cosa, el derecho de persecución y el derecho de preferencia, cuando se trata naturalmente, de los derechos reales que constituyan una garantía. Ahora bien, es indudable que el embargo no concede al embargante disposición directa sobre los bienes, sino, que los coloca bajo la guarda de un tercero y a disposición de un juez que conoce del juicio en que se ordeno la providencia; lo que significa que la cosa embargada no se encuentra bajo el poder del embargante; de ahí que el

embargo debe considerarse como una institución de carácter procesal y de naturaleza sui generis, cuyas características se relacionan con el depósito según lo dispuesto por los artículos 2546 del Código Civil de 1884, debiendo buscarse el origen de esta institución en lo que los romanos denominaron secuestro, y no al pignus praetorium o en el pignus ex iudicati causa captum, que constituían, en el Derecho Romano, cosa de seguridad, o de garantía real.

Tampoco implica el embargo el derecho de persecución porque éste, consiste en la facultad de obtener todas o parte de las ventajas de que es susceptible una cosa, reclamándola de cualquier poseedor, siguiendo un juicio en contra de un tercero o sea, deduciendo una acción que es correlativa del derecho de persecución; por tanto, aun aceptando que el embargo puede privar en ciertos casos a un adquirente, de la cosa embargada, haciendo que ésta se remate, y se le adjudique, el derecho de persecución lo adquiere desde el momento en que se convierte en adjudicadorio, es decir, en propietario teniendo éste sólo el derecho de hacer rematar la cosa por el juez a cuya disposición se encuentre el bien embargado, derecho que emana estrictamente de la sentencia pronunciada en el juicio en que se ordenó el embargo y al cual corresponde la actio iudicati de que habla Chiovenda.

Finalmente el embargo, no otorga al embargante el derecho de preferencia, ni tampoco se adquiere tal prerrogativa que es característica de los derechos reales de garantía, en virtud de su registro, pues el acreedor hipotecario no aumenta su preferencia ni puede decir que tiene una nueva causa de ello, cuando embarga la cosa hipotecada mediante la fijación de la cédula respectiva; en cambio, si el titular de una segunda hipoteca se subroga en los derechos del primer acreedor hipotecario con relación a los demás acreedores, también hipotecarios puede invocar, en lo sucesivo, dos causas de preferencia y en caso de que no existan otros acreedores, puede decirse no sólo que tiene dos causas, sino que su preferencia aumento, lo que significa que el embargo en si no constituye una causa de preferencia a menos que se considere como tal, la prelación que se establece por el Código de Procedimientos Civiles, en el caso del reembargante, pero entonces, tendría una tercera causa de preferencia al lado de las garantías y los privilegios, con características especiales, y que no podrían aplicarse sino al caso expresamente previsto por la ley, ya que las disposiciones que establecen la preferencia, implican una excepción a la regla general, según la cual todos los acreedores deben sufrir proporcionalmente la disminuciones que resienta el patrimonio de su deudor; así como en el caso de concurrencia de

créditos por causas de garantías reales o créditos privilegiados, el problema se resuelve dando la preferencia a estos últimos, tendrá que concluirse en caso de concurrencia de créditos hipotecarios con créditos garantizados con embargo o reembargo, que la preferencia a los primeros, de todo lo que se deduce que el embargo no constituye un derecho real, dado que no reúne ninguna de las características más importantes que este derecho confiere a su titular."

Tercera sala, Quinta época, Tomo XLIX, p. 508.

De esta ejecutoria, se desprende que el embargo no otorga al ejecutante un derecho real sobre lo embargado por lo siguiente:

Si bien es cierto que el embargo crea una relación entre el embargante y los bienes del demandado, porque limita su derecho de disposición sobre ellos, no origina la creación de un derecho real en virtud de que la cosa embargada no se pone a disposición del embargante, sino bajo la guarda de un tercero, a disposición del juez, por lo tanto, no otorga el derecho de persecución, que es la facultad que otorgan los derechos reales, de perseguir la cosa y recuperarla en caso de que una persona sin derecho ni autorización se apodere de ella.

No obstante el embargo tiene una característica propia de los derechos reales, que consiste en la preferencia que tiene el primer embargante con base en el principio de que el primero en tiempo es mejor en derecho, principio que cede ante el concurso de acreedores.

d) El arraigo domiciliario.

" La palabra arraigo proviene del latín (radicare) que significa echar raíces." (22)

Jurídicamente arraigar significa: " La providencia que se decreta cuando haya temor de que se ausente u oculte la persona que vaya a ser demandada o haya sido ya, la cuál en virtud del arraigo, no podrá ausentarse del lugar del juicio." (23)

El artículo 1169 del Código de Comercio dispone que el arraigo se puede solicitar en contra del deudor, del apoderado, tutor, albaceas, gerente y del administrador de bienes ajenos.

Por su parte el artículo 1175 del mismo ordenamiento legal, dispone que " La providencia se reducirá a prevenir al demandado que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo suficientemente instruido y expensado para responder a las resultas del juicio.

22.- Real Academia de la Lengua española, Op. cit. p. 65.

23.- De Pina Vara, Rafael, Op. Cit., p. 96.

Para que proceda el arraigo se requiere demostrar la existencia de un temor fundado en la configuración de un daño a un derecho, al cuál se pretende proteger, y que de no hacerlo de forma inmediata, una vez de haberse realizado la comprobación correspondiente y de manera sumaria, se corre el riesgo de que en el supuesto de que recaiga una sentencia favorable, ésta no pueda ser cumplida.

I.6 Características de las providencias precautorias.

Las providencias precautorias tienen las siguientes características:

- a) Accesoriedad, por cuanto no tienen un fin en si mismas, sino que deben su existencia a un proceso y coadyuvan al cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse en él.(24)
- b) Preventividad, las providencias precautorias por lo regular se presentan como un antecedente, mediante el cual se garantiza el derecho que en juicio se pretende hacer valer, con el fin de que se dicte una sentencia que condene al deudor a cumplir con la obligación demandada.

24.- Cfr. Quiroga Cubillos, Héctor Enrique, "Procesos y Medidas Cautelares", Ed. Okey impresores. 1991 Bogotá, p. 23.

c) Sumariedad, consiste en que, para que se dicte una constitución de garantías precautorias, solo es necesario que concurren los requisitos que establece la ley de la materia, para evitar la frustración del derecho reclamado por el actor, pero el hecho de autorizarla, no significa dar por verídico el derecho reclamado.(25)

d) Provisionalidad, esta característica significa que las providencias precautorias, son temporales y que sólo subsistirán hasta el momento en que se dicte el fallo definitivo, sin importar el sentido en que se produzca.

Al respecto Piero Calamandrei decía que " Las medidas cautelares son provisionales y tienen una vida limitada, que se ubica entre dos momentos: desde el momento en que se decretó su establecimiento hasta el momento en que se dicte el fallo definitivo."(26)

Atendiendo a esta característica, las providencias precautorias se pueden revocar por:

1.- Caducidad, prevista por el artículo 1185 del Código de Comercio, el cual establece que " Ejecutada la providencia precautoria antes de entablar la demanda, el que la pidió deberá

25.- Idem.

26.- Calamandrei, Piero, Op, Cit., p. 36.

entablarla dentro de los tres días, si el juicio hubiere de seguirse en el lugar en el que aquella se dicto. Si debiere seguirse en otro lugar, el juez aumentará a los tres días señalados uno por cada veinte kilómetros y uno por la fracción que exceda de diez.

Por esto, la constitución de providencias precautorias caducará, de acuerdo con el artículo 1186 del Código de Comercio, si el actor incumple la obligación de entablar la demanda.

2.- Extinción del proceso antes de la sentencia definitiva, mediante el desistimiento por parte del actor.

3.- Sentencia absolutoria del demandado. Una vez decretada la sentencia absolutoria y a petición de parte el juez deberá levantar las providencias precautorias

4.- Sentencia condenatoria del demandado, en virtud de que las providencias precautorias, deben dejar su carácter preventivo y tomar el carácter ejecutivo.

e) Sigilosidad, característica que deriva del artículo 1181 del Código de Comercio que señala que " Ni para recibir la información, ni para dictar una providencia precautoria se

citará a la persona contra quien esta se pide". Se trata de evitar que el deudor, ante el conocimiento previo de la constitución de garantías precautorias, pueda burlarlas, ausentándose u ocultándose o enajenando los bienes con los que se garantizaría el objeto reclamado en el proceso.

C A P I T U L O I I

PRESUPUESTOS PROCESALES DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

II.1 Concepto.

II.2 Presupuestos intrínsecos.

II.3 Marco jurídico de las providencias precautorias.

II.4 Competencia.

II.5 Medios de prueba.

II.6 Forma de la solicitud.

II.7 Otorgamiento de fianza.

C A P I T U L O I I .

PRESUPUESTOS PROCESALES DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS.

II.1 Concepto.

La palabra presupuesto significa: " El motivo causa o pretexto por el que se ejecuta una cosa."(27)

La palabra procesales, alude al proceso, lo cual a su vez consiste en una serie de actos progresivos y ordenados, realizados por las partes y el órgano jurisdiccional, de acuerdo con la ley instrumental, dirigidos a obtener la aplicación del derecho positivo al caso singular de que se trate.(28)

Para el Procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, los presupuestos procesales son: " Aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia y validez formal."(29)

II.2 Presupuestos intrínsecos.

Los presupuestos intrínsecos o esenciales de las providencias precautorias, son: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

27.- Real Academia de la Lengua Española Op. Cit., p. 295.

28.- Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XXIII. Ed. Driskill S.A. B. Aires 1986. p. 58.

29.- Couture, Eduardo J., "Fundamentos de Derecho Procesal Civil" Ed. Depalma B. Aires. 1975 p. 49.

a) El Fumus Boni Iuris o " Verosimilitud del Derecho ".

Uno de los requisitos indispensables para obtener la autorización de las providencias precautorias, es la demostración superficial, de la existencia del derecho, que doctrinalmente se le denomina " Fumus Boni Iuris " o " Verosimilitud del Derecho."(30)

El juez, ante la urgente necesidad de proteger un derecho y evitar que se le cause un daño irreparable al acreedor, debe exigir que éste, demuestre la verosimilitud del derecho, que en términos sencillos, es la existencia aparente el derecho, esto en virtud de que su demostración plena es materia del proceso en el que se dirima el derecho invocado.

Debido a la naturaleza misma de las providencias precautorias, la demostración de verosimilitud del derecho, que establece el artículo 1172 del Código de Comercio, no exige al solicitante, la obligación de una demostración plena del derecho, sino una demostración superficial de la probable existencia del derecho, por lo que, el juez deberá analizar las pruebas ofrecidas con un criterio amplio, y solo en caso de que se demuestre esa apariencia razonable de la existencia del

30.- Cfr. Martínez Botos, Raúl, " Medidas Gaudelares ", Ed. Universidad. B. Aires 1990. p. 45.

derecho, deberá proceder a protegerlo eficazmente, para evitar que se conviertan en ilusorias las pretensiones del solicitante.

b) El Periculum in Mora o " Peligro en la Demora."

Es el segundo presupuesto intrínseco de las providencias precautorias, y consiste en el temor fundado de que las prestaciones demandadas sufran un daño irreparable, por razón de la demora en el aseguramiento del resultado práctico de la resolución de fondo, del proceso en que se ventile el derecho reclamado.

El peligro en la demora es en realidad la verdadera razón de ser de las providencias precautorias, en virtud de que éstas tienen como finalidad, evitar que el transcurso del tiempo haga ilusoria la ejecución de una sentencia, de tal modo que si no existiera el peligro en la demora, no tendrían razón de existir las providencias precautorias.(31)

El requisito de peligro en la demora se encuentra previsto en el artículo 1172 del Código de Comercio, y al igual que la verosimilitud del derecho, tiene la exigencia de demostrarse de manera sumaria, para evitar la posible frustración del derecho del solicitante.

31.- Cfr. Martínez Botos, Op. Cit. p. 45.

II.3 Marco jurídico de las providencias precautorias.

El marco jurídico de los presupuestos para la constitución, desarrollo y conclusión normal de las providencias precautorias, se encuentra en el capítulo XI del Código de Comercio, lo cual queda confirmado con la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

" PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS.

En los juicios mercantiles, las providencias precautorias deben regirse por las disposiciones especiales del Código de Comercio, que manda que los bienes embargados se pongan, bajo la responsabilidad del acreedor, en depósito de persona nombrada por éste, salvo lo dispuesto en las concesiones vigentes en favor de los bancos, de modo que en dichas providencias no es aplicable como supletoria, la ley de enjuiciamiento local. Además, no es necesario que el depositario otorgue fianza, si el acreedor la otorga por los daños y perjuicios que se pudieran causar con motivo del embargo precautorio."

Tercera sala, Quinta época, Tomo XXVII p. 1006.

No obstante esto, considero que la ley local, si es aplicable de manera supletoria, en aquellos aspectos en los que el Código de Comercio es omiso.

El artículo 1168 del Código de Comercio, determina que "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 deba 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 teme que los oculte o enajene".

Por su parte el artículo 1171 del mismo ordenamiento, especifica que, " No pueden dictarse otras providencias precautorias que las establecidas en éste código, y que 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 los anteriores artículos se deduce:

- a) Que las únicas providencias precautorias del derecho mercantil son: el arraigo de personas y el secuestro de bienes.
- b) Que la procedencia de ambas providencias deriva de, dos tipos de acciones: Acciones reales y acciones personales.

c) Que los presupuestos de las medidas precautorias son:

- 1.- El temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda.
- 2.- El temor de que se oculten los bienes en los que debe ejercitarse una acción personal.
- 3.- El temor de que se enajenen los bienes, en los que ha de ejercitarse una acción real.

Acerca del temor de ocultamiento y dilapidación, considero que no son acontecimientos actuales, sino meras apreciaciones subjetivas del solicitante, es decir, no es necesario partir de hechos reales, de los que derive el temor lógico de que se producirá en un futuro inmediato, el ocultamiento o la enajenación.

a) Requisitos del solicitante.

El solicitante de las medidas precautorias deberá cumplir con los requisitos previstos por el artículo 1172, que establece dos imprescindibles:

- 1.- El derecho que tiene para gestionar, el cual deriva de la prestación que tenga a su favor, derivada de una acción real o personal.
- 2.- La necesidad de la medida que solicita, la que debe derivar ya sea del temor de que el deudor dilapide sus bienes o del

temor de que éste se ausente u oculte del lugar del juicio.

Lo anterior de acuerdo con el artículo 1173, puede demostrarse, mediante documentos o testigos idóneos, que serán por lo menos tres, siempre y cuando las providencias precautorias se soliciten antes de entablar la demanda, porque si se solicitan simultáneamente con la presentación de la demanda, el solicitante se libera de la carga procesal, de demostrar la necesidad de las providencias solicitadas, en virtud de que a la demanda se debe acompañar el documento base de la acción.

b) Tiempo en que se pueden solicitar.

Las providencias precautorias pueden decretarse, tanto como actos prejudiciales, como después de iniciado el juicio respectivo de acuerdo con el artículo 1170 del Código de Comercio.

c) Partes en el procedimiento de las providencias precautorias.

El Código de Comercio establece en su artículo 1169 que las providencias precautorias, comprenden no solo al deudor, sino también a los tutores, socios y administradores de bienes ajenos.

1.- El solicitante.

Necesariamente el solicitante deberá contar con un derecho

de crédito a su favor, el cual puede ser demostrado de manera sumaria.

2.- El deudor.

Por lo regular, el deudor es la persona en contra de quien se solicitan las providencias precautorias.

3.- Los tutores.

El artículo 23 del Código Civil establece que " La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica; lo cuál se puede resolver mediante la representación, así los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio del mandato, esta es la razón por la cual los tutores pueden ser partes en el procedimiento de providencias precautorias, es decir son partes en representación de su tutelado, por lo cuál también se podrán solicitar en su contra las providencias, cuando se tema que se oculte o dilapide los bienes con los que pudiera responder de la obligación contraída en representación de su tutelado.

4.- Los administradores.

El artículo 25 del Código Civil, determina quienes son personas jurídicas, y considera entre otras a la nación, el Estado, los municipios, las sociedades civiles y mercantiles, los sindicatos y las asociaciones; el artículo 27 del mismo

ordenamiento jurídico por su parte establece que " Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan ". Por lo cual, cuando la deudora sea una persona moral o sociedad mercantil se pueden pedir las providencias, en contra de los socios o en contra de los administradores de los bienes de las personas morales.

5.- El órgano jurisdiccional.

El maestro Carlos Arellano García, establece que el órgano jurisdiccional, " Es el encargado de aplicar la norma jurídica abstracta e impersonal a situaciones concretas en controversia, para determinar quien tiene la razón total o parcial, entre las partes que han deducido sus pretensiones ante él, para resolver el litigio."(32)

No obstante, como anteriormente mencionamos, en el procedimiento de providencias precautorias, el juez no juzgará sobre el fondo del asunto sino, sobre la procedencia o improcedencia de las mismas.

II.4 Competencia.

La competencia, es la facultad otorgada a un órgano

32.- Arellano García, Carlos "Derecho Procesal Civil", Ed. Porrúa México 1987. p. 87.

jurisdiccional, para conocer de un determinado asunto.

En lo que corresponde al presupuesto de la competencia, debemos citar el artículo 1090 del Código de Comercio, que determina " Toda demanda debe formularse ante juez competente."

Por otra parte el artículo 144 del Código de Procedimientos Civiles Para el Distrito Federal, establece que " La competencia de los tribunales se determinara por la materia, el grado y el territorio." Para dilucidar la forma en la que se determinará al juez o tribunal competente para conocer de las providencias precautorias es necesario hacer una breve explicación de cada una de estas competencias.

a) Competencia en razón de la materia.

El artículo 104 de nuestra Carta Magna determina que " Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer:

Fracción I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales..."

Ahora bien, en razón de que la materia mercantil se rige por una ley de carácter federal y que en nuestro sistema jurídico no existen tribunales de comercio, queda esclarecido que los jueces civiles son competentes para conocer de las providencias precautorias en materia mercantil.

b) Competencia en razón de la cuantía.

Atendiendo a la cuantía de lo reclamado se establece otra de las competencias de los jueces, para conocer de las providencias precautorias.

El artículo 2o. del título especial del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de aplicación supletoria al Código de Comercio, menciona que "Conocerán los jueces de mínima cuantía, en materia civil, de los juicios cuya cuantía no exceda de 182, veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal.." Por lo que a contrario sensu, los jueces civiles conocerán, de los juicios cuya cuantía exceda de 182, veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal, y en forma similar esto se regula en cada una de las entidades federativas, por lo que, podemos decir, que los jueces de cuantía menor o civiles, serán competentes para conocer de aquellas providencias derivadas de los asuntos en los que sean competentes en razón de la cuantía.

c) Competencia en razón del grado.

La competencia por el grado, se refiere a las instancias establecidas en nuestro sistema jurídico, es decir, la primera instancia es aquella en la que se cimenta el juicio y la segunda instancia es aquella en la cual se interpone la

apelación y corresponde al tribunal de alzada. En virtud de esto queda claramente determinado que el que el juez de primera instancia conocerá de la cimentación de las providencias precautorias y el juez de alzada conocerá de la apelación de éstas.

4) Competencia en razón del territorio.

La competencia en razón del territorio, significa que en atención a la naturaleza de las providencias precautorias, el juez competente para conocer del arraigo será el que deba conocer del juicio, admitiendo la prorroga de que en caso de urgencia puede dictarlo el juez del lugar en donde se encuentren los bienes que deben ser embargados o la persona que debe ser arraigada.

En el supuesto caso de que las providencias se soliciten con anticipación a la presentación de la demanda, en un lugar en el que exista más de un juez con la misma competencia dentro de la circunscripción, deberá conocer el juez en turno.

El artículo 1104 del Código de Comercio establece " Sea cual fuere la naturaleza del juicio, serán preferidos a cualquier otro juez:

1. El del lugar que el deudor haya designado para ser requerido judicialmente de pago;

II. El del lugar designado en el contrato para el cumplimiento de la obligación."

Por su parte el Artículo 1105 señala que " Si no se ha hecho la designación que autoriza el artículo anterior, será competente el juez del domicilio del deudor, sea cual fuere la acción que se ejercite."

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de aplicación supletoria al Código de Comercio establece en su artículo 254 que " Cuando la providencia precautoria se dicte por un juez que no es el que deba conocer del negocio principal una vez presentada y resuelta la reclamación si se hubiere formulado, se remitirán al juez competente las actuaciones, que en todo caso se unirán al expediente, para que en el obren los efectos que correspondan conforme a derecho."

La actividad precautoria deberá realizarse en el lugar de la autoridad jurisdiccional que debe conocer del proceso, aun cuando algunos actos, por su propia naturaleza material deberán realizarse en el lugar donde se encuentre el demandado o los bienes de su propiedad.

II.5 Medios de prueba.

El derecho debe fundarse en un medio de prueba, al igual

que la necesidad de la medida, por lo que estos hechos se deben probar en la forma que previene el artículo. 1173 del Código de Comercio " La prueba puede consistir en documentos o en testigos idóneos que serán por lo menos tres.

a) Prueba testimonial.

El procesalista Devis Echandia, define al testimonio como " Un medio de prueba, consistente en la declaración representativa que una persona, la cual no es parte del proceso que se aduce, hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a un hecho de cualquier naturaleza." (33)

Por su parte el maestro José Ovalle Favela, dice que testimonio es " La declaración procesal de un tercero ajeno a la controversia acerca de hechos que a ésta conciernen." (34)

El derecho que se tiene para gestionar, se puede probar mediante la testimonial a cargo de personas que saben y les consta la obligación contraída por la persona contra la cual se pretende se que se dicten las providencias precautorias además, deberán cubrir algunos requisitos y en relación a éstos, el maestro Carlos Arellano García, dice que: " Los testigos

33.- Devis Echandia, Hernando, "Compendio de Derecho Procesal", Ed. ABC. Bogotá 1972. p. 33.

34.- Ovalle Favela, José. "Derecho Procesal Civil", Ed. Haria. México 1981. p. 163.

I.- Deberán ser mayores de edad, aun cuando la ley no impone limitación a los testigos en razón de la edad, es conveniente que los testigos sean mayores de edad.

II.- Deberán ser testigos directos, es decir, deben constarles los hechos, por haberlos presenciado o por haber escuchado las palabras.

III.- Sus declaraciones no deben ser contradictorias, es decir, no se deben contradecir en la esencia de los hechos, objeto de la prueba.

IV.- Las declaraciones no deben ser totalmente coincidentes, porque provocarían sospechas de que están aleccionados.

V.- El valor de la prueba testimonial queda a la apreciación libre y razonada del juzgador."(35)

Para mayor abundamiento sobre este tipo de prueba, citaremos la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la cual se fijan los aspectos fundamentales para su valoración:

" PRUEBA TESTIMONIAL, SU APRECIACION.

Una de las medidas que deben tomarse para apreciar el valor

35.- Arellano García, Carlos, "Práctica Forense Mercantil", Ed. Porrús, México 1989, p. 329."

probatorio de la prueba testimonial, a efecto de establecer cual testimonio de los ofrecidos por el actor y el demandado es de mayor peso y credibilidad, consiste en considerar las siguientes circunstancias: que el testigo no sea inhábil en los términos legales; que por su edad, capacidad e instrucción tenga el criterio necesario para juzgar el acto; que por su probidad y la independencia de su posición o por sus antecedentes personales, tenga completa imparcialidad; que el hecho de que se trate sea susceptible de ser conocido por los sentidos y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por referencias o inducciones de otra persona; que el testimonio sea claro preciso y sin reticencias, que la sustancia del hecho declarado establezca la firme convicción de ser verdad que efectivamente ocurrió, así como la cualidad en cuanto a las circunstancias que enmarcaron el hecho materia del testimonio, aun cuando no es indispensable la absoluta precisión de los detalles accesorios, por la imposibilidad física de las personas de percibir y recordar impulsos del interés, engaño, error o soborno, así como la fuerza o temor infundidos por un tercero, y finalmente el estado psicológico del declarante al momento de presenciar los hechos y todos los detalles de un suceso. También deben considerarse los impulsos del interés, engaño, error o soborno, así como la fuerza o el temor infundidos por un tercero, y finalmente el

estado psicológico del declarante al momento de presenciar los hechos y al momento de rendir su atestado."

Semanario Judicial de la Federación Apéndice 1917- 1985 p. 671

b) Prueba documental.

El maestro Hugo Alsina, dice que por documento se entiende " Toda representación objetiva de un pensamiento, la cual puede ser material o literal." (36)

El Código de Comercio en su artículo 1237, establece que " Son instrumentos públicos los que están reputados como tales en las leyes comunes, y además las pólizas de contratos mercantiles celebrados con intervención de corredor y autorizados por éste."

II.6 Forma de la solicitud.

Aun cuando el Código de Comercio no exige una forma determinada para la solicitud de las providencias precautorias, deberá presentarse por escrito, como lo exige el artículo 1063, además expresará el derecho que pretende asegurar; la medida que se solicita; el fundamento jurídico en que se apoye y el cumplimiento de los requisitos necesarios a la medida

36.- Alsina, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial", Ed. Ediar Editores, B. Aires 1984, p. 377.

solicitada. Además es conveniente cumplir con los requisitos que fija el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de aplicación supletoria al Código de Comercio, el cual establece lo siguiente:

" Toda contienda judicial principiará por demanda, en la cual se expresarán, :

- I. El tribunal ante el que se promueve;
- II. El nombre del actor y la casa que señale para oír notificaciones;
- III. El nombre del demandado y su domicilio;
- IV. El objeto u objetos que se reclaman con sus accesorios;
- V. Los hechos en los que el actor funde su petición, numerándolos y narrándolos suscintamente con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación o defensa;
- VI. Los fundamentos de derecho y la clase de acción, procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables;

Además, deberá fundamentar y determinar su contenido y alcance, por lo que su autorización, será conveniente realizarla de la manera más completa y clara posible."

II.7 Otorgamiento de fianza.

El otorgamiento de una fianza por parte del solicitante de

las providencias precautorias, constituye otro de los requisitos indispensables para que se decrete la constitución del procedimiento de providencias precautorias; el artículo 1176 del Código de Comercio señala que " En caso de solicitarse las providencias precautorias, antes de entablar la demanda, el promovente deberá otorgar fianza a satisfacción del juez, de responder de los daños y perjuicios que se sigan si no se entabla la demanda." En razón de que mediante ella se garantizan los probables daños y perjuicios que se deriven de éstas, en caso de que no presente su demanda dentro de los tres días de ejecutada o en caso de que el demandado resulte absuelto en la sentencia del juicio.

Por otra parte, el juez podrá determinar de acuerdo a su criterio y apoyado en los elementos específicos del caso concreto, el valor de la fianza para garantizarlos.

No obstante, la fianza presenta algunos inconvenientes, en virtud de que ésta no es sino una garantía personal que no le confiere al acreedor ni el derecho de persecución ni el derecho de preferencia sobre los bienes del fiador.

C A P I T U L O I I I

EL PROCEDIMIENTO DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

III.1 Ejecución de las providencias precautorias.

III.2 Los derechos del demandado.

III.3 Recursos del tercero ajeno a juicio.

III.4 Conclusión del embargo precautorio.

III.5 El procedimiento del arraigo de personas.

III.6 Reclamación de daños y perjuicios.

C A P I T U L O I I I .

EL PROCEDIMIENTO DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS.

III.1 Ejecución de las providencias precautorias.

Una vez que se ha cumplido con los requisitos del capítulo anterior, el juez podrá decretar la ejecución de las providencias precautorias, que en el Derecho Mercantil ya habíamos mencionado. Únicamente consistirán en el secuestro de bienes y en el arraigo de personas.

La ejecución de las providencias precautorias, consistirá esencialmente en el aseguramiento del derecho afirmado, mediante el secuestro de bienes y el arraigo de la persona del presunto demandado.

Nuestro sistema jurídico, reconoce al embargo como la providencia precautoria por excelencia, mediante la cual se tiende a conservar el estado de hecho que guardan los bienes del deudor, para evitar que éste los dilapide, oculte o enajene y haga ilusorio el derecho que el acreedor intente hacer valer en juicio.

La ejecución del embargo consiste en privar temporal o

definitivamente al deudor del derecho de disposición de los bienes de su propiedad, con los que se pretenda garantizar la posible ejecución, conservándolos a lo largo del proceso, para la ulterior entrega a la persona cuyo derecho sobre las mismas, se declare en la sentencia.

a) Marco jurídico aplicable.

El secuestro de bienes se encuentra previsto por el artículo 1184 del Código de Comercio y éste nos remite a las disposiciones relativas al embargo que se realiza dentro del juicio ejecutivo mercantil.

El artículo 1392 establece, que presentada por el actor su demanda acompañada del título ejecutivo (no necesario en el embargo precautorio) se proveerá auto con efectos de mandamiento en forma, para que el deudor sea requerido de pago y no haciéndolo se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda y costas, poniéndolos bajo la responsabilidad del acreedor, en depósito de persona nombrada por éste, salvo lo dispuesto en las concesiones vigentes en favor de los bancos.

Por otra parte el artículo 1394 previene que la diligencia de embargo no se suspenderá por ningún motivo, sino que se

llevará adelante hasta su conclusión dejando al deudor que la reclamare, sus derechos a salvo para que los haga valer durante el juicio o fuera de él.

Por lo que una vez que el ejecutor haya requerido al demandado el pago de las prestaciones demandadas, y no lo realice en el momento de la diligencia, se procederá al embargo.

b) Bienes embargables.

El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, de aplicación supletoria al Código de Comercio, establece en su artículo 536 que " El derecho de designar los bienes que han de embargarse corresponde al deudor; y sólo que éste rehúse a hacerlo o que éste ausente, podrá hacerlo el actor o su representante..."

Por su parte, el artículo 1395 del Código de Comercio, señala que en el embargo de bienes se debe seguir el siguiente orden:

- I.- Las mercancías.
- II.- Los créditos de fácil y pronto cobro, a satisfacción del acreedor;
- III.- Los demás muebles del deudor;
- IV.- Los inmuebles;
- V.- Las demás acciones y derechos que tenga el demandado;

Cualquier dificultad suscitada en el orden que deba seguirse, no impedirá el embargo. El ejecutor se allanará prefiriendo lo que prudentemente crea más realizable a reserva de lo que determine el juez.

c) Bienes no embargables.

El mismo código, en su artículo 544 establece: " Quedan exceptuados de embargo:

- I. Los bienes que constituyen el patrimonio de familia desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, en los términos establecidos por el Código Civil;
- II. El lecho cotidiano, los vestidos y los muebles de uso ordinario del deudor, de su cónyuge o de sus hijos, no siendo de lujo a juicio del juez;
- III. Los instrumentos, aparatos y útiles necesarios para el arte u oficio a que el deudor esté dedicado;
- IV. La maquinaria, instrumentos y animales propios para el cultivo agrícola, en cuanto fueren necesarios para el servicio de la finca a que estén destinados, a juicio del juez a cuyo efecto oirá el informe de un perito nombrado por él;
- V. Los libros, aparatos, instrumentos y útiles de las personas que ejerzan o se dediquen al estudio de profesiones liberales;
- VI. Las armas y caballos que los militares en servicio activo

usen, indispensables para éste conforme a las leyes relativas;

VII. Los efectos, maquinaria e instrumentos propios para el fomento y giro de las negociaciones mercantiles o industriales, en cuanto fueren necesarias para su servicio y movimiento, a juicio del juez, a cuyo efecto oirá el dictamen de un perito nombrado por él, pero podrán ser intervenidos juntamente con la negociación a que estén destinados;

VIII. Las mieses antes de ser cosechadas, pero no los derechos sobre las siembras;

IX. El derecho de usufructo, pero no los frutos de éste;

X. Los derechos de uso y habitación;

XI. Las servidumbres, a no ser que se embargue el fundo a cuyo favor están constituidas, excepto las de aguas, que es embargable independientemente;

XII. La renta vitalicia, en los términos establecidos en los artículos 2785 y 2787 del Código Civil;

XIII. Los sueldos y salarios de los trabajadores en los términos que establece la Ley Federal del Trabajo..;

XIV. Las asignaciones de los pensionistas del erario;

XV. Los ejidos de los pueblos y la parcela individual que en su fraccionamiento haya correspondido a cada ejidatario.

d) El depositario de los bienes embargados.

Una vez que se ha trabado el embargo, los bienes embargados

deben ponerse bajo la responsabilidad del acreedor, en depósito de persona nombrada por éste, salvo lo dispuesto en las concesiones vigentes en favor de los bancos, como lo proviene el artículo 1392 del Código de Comercio.

Poner los bienes en depósito de persona nombrada por el acreedor significa no sólo la manifestación formal que haga el actuario, sino además deberá ponerla en posesión material de los bienes.

En la diligencia de embargo, deberá esclarecerse si se le da o no posesión de los bienes, además, el actuario deberá anotar los deterioros que los bienes presenten para que después el depositario no corra el riesgo que se le atribuyan tales deterioros.

Si hay oposición para la extracción de los bienes embargados, el actuario dará cuenta al juez, para que éste decrete los medios de apremio necesarios para que se dé posesión material de los bienes al depositario.

En virtud de que el artículo 1392 del Código de Comercio, es el único que regula el depósito de bienes, y además lo hace de manera escueta, es aplicable de manera supletoria, la legislación procesal civil local. En consecuencia, aludiremos a

las disposiciones relativas del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

De acuerdo con el artículo 543 fracción I. (a contrario sensu) como el embargo que se llegue a trabar sobre dinero o créditos fácilmente realizables, no se efectúa en virtud de una sentencia, el depósito se deberá realizar en la Nacional Financiera; debiéndose guardar el billete de depósito en el seguro del juzgado.

Si se trata de embargo sobre bienes que han sido embargados con anterioridad, el depositario anterior en tiempo lo será respecto de todos los embargos subsecuentes mientras subsista el primero, a no ser que el reembargo sea por virtud de cédula hipotecaria, derecho de prenda u otro privilegio real; porque entonces éste prevalecerá si el crédito que procede es de fecha anterior al primer secuestro. (artículo 543 fracción II)

Quando se han secuestrado alhajas y demás muebles preciosos, el depósito se hará en institución autorizada por la ley o en el Monte de Piedad. (artículo 543 fracción III)

En el supuesto de que el embargo haya recaído sobre créditos, existen obligaciones para el depositario, como se desprende del texto del artículo 547: Quando se aseguren créditos se reducirá a notificar al deudor o a quien deba

pagarlos que no verifique el pago, sino que retenga la cantidad o cantidades correspondientes a disposición del juzgado, apercibido de doble pago, en caso de desobediencia; y al acreedor contra quien se haya dictado el secuestro, que no disponga de esos créditos, bajo las penas que señala el Código Penal. Si llegare a asegurarse el título mismo del crédito, se nombrará un depositario que lo conserve en guarda, quien tendrá obligación de hacer todo lo necesario para que no se altere ni menoscabe el derecho que el título represente, y de intentar todas las acciones y recursos que la ley conceda para hacer efectivo el crédito, quedando sujeto, además a las obligaciones que impone el libro IV, segunda parte, título octavo del Código Civil.

Así mismo, en caso de que se hayan embargado créditos litigiosos, la providencia de secuestro se notificará al juez de los autos respectivos, dándole a conocer el depositario nombrado a fin de que éste pueda sin obstáculo alguno desempeñar las obligaciones que le impone la parte final del artículo 547. (Artículo 548 del Código de Procedimientos Civiles del D.F.).

e) Obligaciones del depositario.

El depositario tiene el carácter de custodio de los bienes embargados, los cuales debe conservar a disposición del juez

respectivo, sobre este particular dispone el artículo 549: "Recayendo el secuestro sobre bienes muebles que no sean dinero, alhajas, ni créditos, el depositario que se nombre sólo tendrá el carácter de simple custodio de los objetos puestos a su cuidado, los que conservará a disposición del juez respectivo." Si los muebles fueren fructíferos rendirá cuentas en los términos del artículo 557.

Otros deberes del depositario se encuentran regulados en los siguientes artículos del mismo Código de Procedimientos Civiles para el distrito Federal:

El artículo 550 determina que: " El depositario, en el caso del artículo anterior, pondrá en conocimiento del juzgado el lugar en que quede constituido el depósito, y recabará la autorización para hacer, en caso necesario, los gastos de almacenaje. Si no pudiere el depositario hacer los gastos que demanda el depósito, pondrá esta circunstancia en conocimiento del juez para que éste, oyendo a las partes en una junta que se celebrará dentro de tres días, decrete el modo de hacer los gastos, según en la junta se acordare, o en caso de no haber acuerdo, imponiendo esa obligación al que obtuvo la providencia de secuestro.

Si los muebles depositados fueren cosas fungibles, el

depositario tendrá, además, la obligación de imponerse del precio que en la plaza tengan los efectos confiados a su guarda, a fin de que si encuentra ocasión favorable para la venta, lo ponga desde luego en conocimiento del juez, con objeto de que éste determine lo que fuere conveniente. (artículo 551 C.P.C.D.F)

Si los muebles depositados fueren cosas fáciles de deteriorarse o demeritarse, el depositario deberá examinar frecuentemente su estado y poner en conocimiento del juez el deterioro o demérito, que en ellos observe o tema fundadamente que sobrevenga, a fin de que éste dicte el remedio oportuno para evitar el mal, o acuerde su venta con las mejores condiciones, en vista de los precios de plaza y del demérito que hayan sufrido o estén expuestos a sufrir los objetos secuestrados. (artículo 552 C.P.C.D.F.).

Si el secuestro recayere en finca urbana y sus rentas o sobre éstas solamente, el depositario tendrá el carácter de administrador, con las facultades y obligaciones siguientes:

1. Podrá contratar los arrendamientos, bajo la base de que las rentas no sean menores de las que al tiempo de verificarse el secuestro rindiere la finca o departamento de ésta que estuviere arrendado; para el efecto, si ignorare cuál era en ese tiempo la renta, lo pondrá en conocimiento del juez, para que recabe la

noticia de la oficina de contribuciones directas. Exigirá para asegurar el arrendamiento las garantías de estilo, bajo su responsabilidad; si no quiere aceptar ésta, recabará la autorización judicial;

II. Recaudará las pensiones que por arrendamiento rinda la finca, en sus términos y plazos; procediendo en su caso contra los inquilinos morosos, con arreglo a la ley;

III. Hará sin previa autorización los gastos ordinarios de la finca, como el pago de contribuciones y los de mera conservación, servicio y aseo, no siendo excesivo su monto, cuyos gastos incluirá en la cuenta mensual de que después se hablará;

IV. Presentará a la oficina de contribuciones, en tiempo oportuno, las manifestaciones que la ley de la materia previene; y de no hacerlo así, serán de su responsabilidad los daños y perjuicios que su omisión origine;

V. Para hacer los gastos de reparación o de construcción, ocurrirá al juez solicitando la licencia para ello y acompañando al efecto los presupuestos respectivos;

VI. Pagará, previa autorización judicial, los réditos de los gravámenes reconocidos sobre la finca. (artículo 553 C.P.C.D.F.)

Pedida la autorización a que se refiere la fracción V del artículo anterior, el juez citará a una audiencia que se

verificará dentro de los tres días para que las partes, en vista de los documentos que se acompañan, resuelvan de común acuerdo si se autoriza o no el gasto. No lográndose el acuerdo, el juez dictará la resolución que corresponda. (artículo 554 C.P.C.D.F.)

Si el secuestro se efectúa en una finca rústica o en una negociación mercantil o industrial, el depositario será mero interventor con cargo a la caja, vigilando la contabilidad y tendrá las siguientes atribuciones:

- I. Inspeccionará el manejo de la negociación o finca rústica en su caso, y las operaciones que en ellas respectivamente se hagan, a fin de que produzcan el mejor rendimiento posible;
- II. Vigilará las fincas rústicas la recolección de los frutos y su venta, y recogerá el producto de ésta;
- III. Vigilará las compras y ventas de las negociaciones mercantiles, recogiendo bajo su responsabilidad el numerario;
- IV. Vigilará la compra de materia prima, su elaboración y la venta de los productos, en las negociaciones industriales, recogiendo el numerario y efectos de comercio para hacerlos efectivos en su vencimiento;
- V. Ministrará los fondos para los gastos de la negociación o finca rústica y cuidará de que la inversión de esos fondos se haga convenientemente;

VI. Depositará el dinero que resultare sobrante, después de cubiertos los gastos necesarios y ordinarios, como se previene en el artículo 545 C.P.C.D.F.;

VII. Tomará provisionalmente las medidas que la prudencia aconseje para evitar los abusos y malos manejos en los administradores, dando inmediatamente cuenta al juez para su ratificación y en su caso para que determine la conducente a remediar el mal. (artículo 555 C.P.C.D.F.).

Si en el cumplimiento de los deberes que el artículo anterior impone al interventor, éste encontrare que la administración no se hace convenientemente, o puede perjudicar los derechos del que pidió y obtuvo el secuestro, lo pondrá en conocimiento del juez, para que oyendo a las partes y al interventor, determine lo conveniente. (artículo 556 C.P.C.D.F.)

Los que tengan administración o intervención presentarán al juzgado, cada mes, una cuenta de los esquilmos y demás frutos de la finca, y de los gastos erogados, no obstante cualquier recurso interpuesto en el principal. (artículo 557 C.P.C.D.F.).

El juez, con audiencia de las partes, aprobará o reprobó la cuenta mensual y determinará los fondos que deban quedar para los gastos necesarios, mandando depositar el sobrante líquido.

Los incidentes relativos al depósito y a las cuentas se seguirán por cuerda separada. (artículo 558 C.P.C.D.F.).

Será removido de plano el depositario en los siguientes casos: 1º Si dejare de rendir cuenta mensual o la presentada no fuere aprobada; 2º Cuando no haya manifestado su domicilio o el cambio de éste; 3º Cuando tratándose de bienes muebles no pusiere en conocimiento del juzgado, dentro de las cuarenta y ocho horas que sigan a la entrega, el lugar donde quede constituido el depósito.

Si el removido fuere el deudor, el ejecutante nombrará nuevo depositario. Si lo fuere el acreedor o la persona por él nombrada, la nueva elección se hará por el juez. (artículo 559).

De esto último, se deduce que el acreedor puede nombrar como depositario al deudor e incluso él mismo puede fungir como depositario.

La responsabilidad en el depósito la comparten el depositario y el actor que lo nombro, así lo determina el artículo 560: El depositario y el actor, cuando éste lo hubiere nombrado, son responsables solidariamente de los bienes.

La remuneración del depositario, se encuentra en el artículo 561 el cual señala que: Los depositarios e

interventores percibirán por honorarios el que les señale el arancel.

En el caso de que el carácter de depositario recaiga sobre el propio deudor, se le debe prevenir de que no puede disponer de los bienes como propietario, sino como simple depositario de ellos, además, con los deberes y responsabilidades que ello conlleva, entre esas responsabilidades existe la responsabilidad penal, en caso de que su conducta encuadre en el tipo penal previsto en el artículo 363 del Código Penal: "Se considera como abuso de confianza los efectos de la pena:

I. El hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial;"

La fracción II del mismo artículo se refiere a la responsabilidad de otras personas que fungen como depositarios;

II. El hecho de disponer de la cosa depositada, o sustraerla el depositario judicial o el designado por o ante las autoridades, administrativas o del trabajo, y".

El incumplimiento de los deberes del depositario da lugar a su remoción justificada:

f) Inscripción de los bienes inmuebles embargados.

En caso de que el embargo recaiga en bienes inmuebles, es

conveniente que dicho embargo se inscriba en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

El Registro Público de la Propiedad y del Comercio, es una institución mediante la cual nuestro sistema jurídico pretende garantizar la seguridad y la certeza de los actos registrables.(37)

En el ámbito del Derecho Mercantil, el Registro Público de la Propiedad es una institución necesaria para registrar las situaciones imperantes en un tiempo determinado, regulando las obligaciones y los derechos de las personas en cuanto a sus bienes y sus relaciones jurídicas.

Los efectos de los actos del procedimiento registral se clasifican en:

1.- Declarativos, consisten en que registrado el acto jurídico, de inmediato surte efectos contra terceros.

2.- Constitutivos, que consisten en que el acto jurídico solo se perfecciona, en cuanto es inscrito en el Registro Público de la Propiedad.

El artículo 3043 del Código Civil para el Distrito Federal, de aplicación supletoria al Código de Comercio,

37.- Cfr. Colín Sánchez, Guillermo, "Procedimiento Registral de la Propiedad", Ed. Porrúa, México 1985, p. 83.

establece en su fracción II:

" Se anotarán previamente en el Registro Público:

II.- El mandamiento y el acta de embargo, que se haya hecho efectivo en bienes del deudor."

Efectos de la anotación en el Registro Público de la Propiedad.

La anotación preventiva, perjudicará a cualquier adquirente de la finca o derecho real a que se refiere la anotación, cuya adquisición sea posterior a la fecha de aquella, y en su caso, dará preferencia para el cobro del crédito sobre cualquier otro de fecha posterior a la anotación.

La Suprema Corte de Justicia, ha emitido la siguiente tesis en relación a este aspecto:

" EMBARGOS, EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN DEL.

Por virtud de la anotación de un embargo, el embargante adquiere derechos de los cuales no puede privársele por medio de una inscripción posterior a la propiedad del terreno en que fue construida la casa objeto del embargo, toda vez que al verificarse el secuestro en la casa que era su objeto, en el terreno en que ésta se construyó no constaban registrados derechos respecto de éste, a favor de persona alguna en el Registro Público de la Propiedad, y en esas condiciones no

existía ninguna circunstancia o causa legal que lo invalidara, aparte de que los efectos de la inscripción relativa a la propiedad del terreno, por más que deba amparar no sólo a la propiedad de éste sino también todo lo que a título de acción corresponde al propio inmueble no puede retrotraerse en perjuicios de aquellos derechos del embargante que han sido legalmente adquirido, pues lo contrario llegaría al absurdo de que bastara una enajenación cualquiera de determinado inmueble e inscribir está, en el Registro Público de la Propiedad, aun cuando fuera con posterioridad a la inscripción del embargo para eludir o nulificar el embargo llevando a cabo y anotando en forma legal, siendo que lo único que la ley quiere es permitir el procedimiento por el cual ha de levantarse el embargo, cuando el bien secuestrado se halle inscrito en el Registro Público de la Propiedad, a favor de tercera persona extraña a esa diligencia, con anterioridad a la fecha de la misma actuación; de tal manera que no puede por ello pretenderse que aun cuando el inmueble no esté inscrito a nombre de otra persona, el embargante está en la obligación de presentar constancia que acredite que no existe registro alguno respecto a la misma cosa secuestrada."

Tercera sala, Quinta época, Tomo LXI, p. 751.

No obstante, el registrador se limita a realizar la

correspondiente publicidad del acto registrado, en los términos de ley, para que produzca los efectos antes mencionados.

Por otra parte, para que el registro tenga eficacia, es necesario que el bien inmueble embargado pertenezca a la persona demandada, para abundar en cuanto a esto, cabe citar la siguiente ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

" EMBARGO, INSCRIPCION DEL.

El embargo no constituye un derecho real y no puede reconocérsele el efecto de vincular al pago de las obligaciones reclamadas, los bienes sobre los que recayo, sino en tanto que al realizarse los mismos bienes, pertenezcan a la misma persona contra quien esta dirigida la acción que le dio origen, por lo que hay que concluir que la falta de inscripción de un título de propiedad, no es motivo, fuera de determinado caso, para estimar legal la afectación de bienes, mediante el embargo, cuando se trata después de que aquellos salieron del patrimonio del embargado."

Tercera sala, Quinta época, Tomo CLXXVI p. 544.

Además, el tercer párrafo del artículo 3010 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que " En caso de embargo precautorio, juicio ejecutivo o procedimiento de apremio

contra bienes o derechos reales, se sobreseerá el procedimiento respectivo de los mismos o de sus frutos, inmediatamente que conste en los autos por manifestación auténtica del Registro Público ", que dichos bienes o derechos están inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se siguió el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción, como causahabiente del que aparece dueño en el Registro Público.

No obstante en nuestro país, aun falta el establecimiento de un confiable registro de bienes inmuebles en razón de que existen bienes inmuebles que no se encuentran registrados en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, como en el caso de aquellos que se encuentran en localidades no regularizadas, por lo cual, no es posible registrar el embargo trabado sobre dichos inmuebles, dando oportunidad al deudor de enajenarlo para evadir la obligación contraída.

III.2 Los derechos del demandado

Realizado el embargo precautorio, se notificará al deudor, o a la persona contra la que se haya practicado la diligencia para que en un término de cinco días comparezca a hacer paga llana de la cantidad demandada y las costas, o a oponer las excepciones que tuviera para ello, así lo previene el artículo

1396 del Código de Comercio.

Pero ciertamente aquí se presenta una característica especial de las providencias precautorias en razón de que, contra el embargo precautorio no se admite excepción alguna, así lo dispone el artículo 1183.

Además, contra la ejecución del embargo precautorio, realizado en bienes del demandado, no procede el juicio de garantías, al respecto citamos la siguiente ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia.

"PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS, CUANDO PROCEDE EL AMPARO CONTRA LAS.

La Suprema Corte de Justicia ha establecido jurisprudencia en el sentido de que el secuestro de bienes como providencia precautoria, no es acto de ejecución irreparable, porque en la sentencia que se pronuncie en el juicio, se resolverá si debe o no subsistir, y contra esa sentencia se puede interponer el amparo, por la misma consideración, no es acto que deje sin defensa al quejoso, ni por último, tampoco puede considerarse como un acto ejecutado fuera de juicio. La anterior jurisprudencia se contrae en que, quién promueve el amparo sea el mismo contra quien se decretó la providencia precautoria; pero no al caso de que quién promueve el juicio constitucional, es un tercero extraño a dicha providencia. Tratándose de

terceros extraños al juicio, la improcedencia del amparo solo es notoria en los casos de excepción a que se contrae el artículo 114, fracción IV, de la ley de amparo, o sea, cuando la ley establece a favor del afectado, algún recurso ordinario o medio de defensa que puede tener por efecto, modificar o revocar el acto reclamado, y si no existe recurso, obra legalmente el juez de distrito que admite en trámite la demanda."

Tercera sala, Quinta época, Tomo LXX, p. 3449.

De lo anterior se desprende, que aun cuando en las providencias precautorias no proceda excepción alguna, como lo establece el artículo 1183 del Código de Comercio y que no procede el juicio de amparo, las mismas, no constituyen violación a la garantía de legalidad, porque en la sentencia del juicio se determinara si debe o no subsistir el embargo, en cambio el tercero ajeno al juicio principal, si puede solicitar el juicio de amparo, en base a la siguiente ejecutoria.

" PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS, LOS TERCEROS EXTRANOS PUEDEN RECURRIRLAS EN AMPARO.

Aunque la quejosa pueda reclamar la providencia precautoria, por cuya ejecución se pretenden realizar los actos de desposeimiento que se reclaman, en la forma y términos establecidos en el Código Procesal de Puebla, debe considerarse

que la existencia de ese recurso, no hace improcedente el juicio de garantías, en virtud de que lo dispuesto en la fracción IX, del artículo 107 de la Constitución Federal, estos los terceros extraños, pueden si lo desean por medio de la defensa legal que el procedimiento común establezca o bien, directamente acudir a la justicia federal, mediante el juicio de garantías." Tercera sala, Quinta época, Tomo LXXVII, p. 4433.

No obstante lo anterior, el deudor tiene las siguientes opciones para solicitar su levantamiento:

I.- Levantamiento del embargo precautorio por caducidad.

En caso de que el solicitante de la medida precautoria, no entable la demanda en el término de tres días después de ejecutado el embargo, de acuerdo con el artículo 1176 del Código de Comercio, se revocara luego que lo pida el demandado, sin necesidad de acuse de rebeldía artículo 1078.

II.- El incidente de reclamación.

El incidente de reclamación se otorga a la persona física o moral contra la que se ha dictado la providencia precautoria, de esta forma queda garantizado el derecho de audiencia.

El Código de Comercio establece en su artículo 1187 que la persona contra quién se haya dictado una providencia precautoria

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

79

puede reclamarla en cualquier tiempo, pero antes de la sentencia ejecutoria, para cuyo efecto se le notificará dicha providencia, en caso de no haberse ejecutado con su persona o con su representante legítimo."

Aunque el Código de Comercio no establece una formalidad para la presentación de la reclamación, ésta se puede presentar en forma de incidente.

Reclamada la providencia, el juez citará a una junta dentro de tres días y si en ella se promoviera prueba, se recibirá ésta dentro de los diez días siguientes. artículo 1189.

Dentro de los tres días que sigan a la celebración de la junta o tres días de haber concluido el término de prueba, el juez o tribunal oírán los alegatos de los interesados y fallará en la misma audiencia artículo 1190 del Código de Comercio.

Este incidente de reclamación en favor del deudor, viene a desvirtuar el procedimiento de constitución de providencias precautorias, en razón de que como mencionamos anteriormente, su finalidad únicamente consiste en garantizar la efectividad práctica de la sentencia que se dicte en un juicio, porque para obtener su autorización, el solicitante debió garantizar los probables daños y perjuicios que se pudieran causar con su

ejecución, además, en caso de que la sentencia dicte el levantamiento del embargo, no se ejecutara, sino previa fianza que dé la parte que la obtuvo, así lo establece el artículo 1191, por lo cual considero que únicamente este recurso es recomendable en beneficio de terceros ajenos al juicio.

III.- El incidente de suspensión.

Del artículo 1180 del Código de Comercio se desprende que la diligencia de embargo, podrá suspenderse en los dos siguientes casos.

1.- Que el deudor entregue el valor u objeto reclamado, o dé fianza bastante a juicio del juez.

En relación a este aspecto cabe citar la siguiente opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

" PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS, FIANZA EN CASO DE.

Establecido en una sentencia que la fianza o contrafianza que da el demandado, para que la precautoria se levante, tiene por fin asegurar el resultado del juicio y que los derechos del actor, en caso de obtener, no queden burlados por lo que es indiscutible que la fianza que se otorgue para levantar la providencia precautoria, debe garantizar, en lo posible, los resultados finales del juicio para el caso de que el actor obtenga resolución favorable, es evidente que, si se otorga la

fianza, se constituye precisamente en acatamiento de dicha resolución y que el fiador conoce los alcances de la obligación contraída, pues la resolución mencionada es perfectamente explícita."

Tercera sala, Quinta época, Tomo CXIV p. 292.

II.- Que el deudor pruebe tener bienes raíces suficientes para responder del éxito de la demanda.

En relación a esto, citamos la siguiente ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

" PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS, LEVANTAMIENTO DE LAS.

Si bien es cierto que la misma ley civil manda que la providencia se levante, si el deudor prueba tener bienes raíces suficientes para responder del éxito de la demanda, es lógico interpretar que los bienes suficientes a que se refiere deben ser distintos de aquellos en que recae la providencia y que no están embargados, hipotecados o gravados de cualquier otra manera, a fin de que llenen los requisitos de suficiencia que la ley exige."

Tercera sala, Cuarta época, Tomo XXVII, p. 1069.

III.3 Recursos del tercero ajeno a juicio.

Los terceros ajenos a la relación procesal, que han

sufrido el embargo precautorio en sus bienes, también pueden solicitar su levantamiento, en caso de que el demandado no entable su demanda dentro de los tres días siguientes a su ejecución, además puede elegir entre las siguientes opciones:

a) Interposición de la tercería excluyente de dominio.

En el proceso principal podrá oponerse a la afectación de los bienes de su propiedad, mediante el procedimiento de tercería excluyente de dominio, el cual se encuentra regulado por los artículos 1362 al 1366 del Código de Comercio, y consiste en excluir de las pretensiones del actor, los bienes de su propiedad, por lo que, en caso de que la demanda de tercería se encuentre debidamente fundada, el juez deberá ordenar el levantamiento del embargo.

b) Interposición del incidente de reclamación.

Mediante el recurso de reclamación establecido en el Art. 1188 del Código de Comercio también es posible el levantamiento del embargo precautorio, pero antes de que se dicte sentencia ejecutoria. Al respecto cabe citar la siguiente ejecutoria:

" PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS, EMBARGO DE BIENES DE UN TERCERO EXTRAÑO A JUICIO.

Si el afectado por el embargo precautorio es un tercero que no tiene el carácter de deudor, pero cuyos bienes fueron

embargados por cualquier circunstancia podrá interponer tercera excluyente, conforme a las reglas que regulan las tercerías excluyentes de dominio pero, si lo desea, puede sujetarse al procedimiento que establece el Código de Comercio."

Tercera sala, Sexta época, Tomo LX p. 239.

c) Interposición del Juicio de Amparo.

El artículo 114 de la Ley de Amparo establece que " El amparo se pedirá ante el juez de distrito:

fracción IV. " 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 tercera.

Para mayor abundamiento, cabe citar las siguientes tesis de la Suprema Corte de Justicia:

" PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS, LOS TERCEROS EXTRANOS PUEDEN RECURRIRLAS EN AMPARO.

Aunque la quejosa pueda reclamar la providencia precautoria por cuya ejecución se pretende realizar los actos de desposeimiento que se reclaman, en la forma y términos establecidos por el Código Procesal de Puebla, debe considerarse

que la existencia de ese recurso, no hace improcedente el juicio de garantías, en virtud de lo dispuesto en la fracción XIII del artículo 73, de la ley de amparo respecto a los terceros extraños, es decir, que de acuerdo con la fracción IX, del artículo 107, de la Constitución Federal, estos terceros pueden, si lo desean, recurrir por medio de la defensa legal que el procedimiento común establezca, o bien, directamente acudir a la justicia federal, mediante el juicio de garantías."

Tercera sala, Quinta época, Tomo LXXVII, p. 4453.

" PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS, SUSPENSION TRATANDOSE DE UN TERCERO
EXTRANO.

Si se reclama en amparo la resolución judicial de primera instancia, que manda embargar bienes que dice el quejoso de su propiedad, y el mandamiento se dicta en el incidente de responsabilidad civil relativo a un proceso al que aquel es extraño, la suspensión debe concederse mediante fianza, aun cuando el Código de Procedimientos Civiles aplicable conceda recursos a la persona cuyos bienes hubieren sido, embargados por virtud de una providencia precautoria, ya sea consignando el objeto secuestrado u otorgado una fianza para ordenar el levantamiento del secuestro; pues la existencia de esos recursos, sería motivo de sobreseimiento o de improcedencia de la demanda de amparo, pero aceptada ésta, la suspensión debe

estudiarse, de acuerdo con las leyes que rigen la materia o sea el artículo 124 y demás relativos de la Ley de Amparo." Tercera sala, Quinta época, Tomo LXXI p. 2402.

Podemos concluir que en base al artículo 124 de la ley de amparo, la suspensión del embargo precautorio es procedente, aun cuando el afectado no agote los recursos que tiene a su favor.

III.4 Conclusión del embargo precautorio.

El embargo precautorio puede concluir de diferentes formas, por lo cuál las designaremos para un mejor entendimiento, de la siguiente forma:

a) Terminación normal del embargo precautorio.

La terminación normal del embargo precautorio, puede darse por las siguientes causas.

I.- Por pago. Si el demandado hace el pago de las prestaciones reclamadas.

II.- Por consignación. Si el demandado consigna el valor de las prestaciones reclamadas.

III.- Por sentencia condenatoria en contra del demandado. En caso de que el sujeto pasivo de la providencia precautoria, no se oponga al embargo precautorio mediante la interposición de alguno de los recursos antes citados, y se decrete sentencia condenatoria, en razón de su carácter accesorio deja de ser

precautorio y debe ser sustituido por el embargo definitivo para que pueda seguir el trámite de ejecución.

Es conveniente citar la ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia, en relación a este aspecto.

" PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS.

Las providencias precautorias son concedidas con el propósito de permitir al actor, el aseguramiento de sus intereses, cuando éste no tiene a la mano un medio rápido de que disponer con idéntico efecto, pero su duración siempre está limitada aun período de tiempo estrictamente necesario para que, reconociendo el crédito por sentencia ejecutoria que tenga fuerza ejecutiva, se cambie por el embargo formal, ya que también sería injusto que un privilegio se convirtiera en una restricción indefinida de los derechos de propiedad y posesión, para aquel contra quién se pida la providencia. Por esto la ley exige al actor que presente su demanda formal dentro de tres días, pues ya así el afectado podrá exigir la continuación del juicio, y con la sentencia vendrá, en su caso el embargo formal o el levantamiento de la misma precautoria. De lo anteriormente expuesto se ve lo injusto que sería admitir las providencias precautorias en el período de ejecución."

Tercera sala, Cuarta época, Tomo XXVIII, p. 2155.

b) Terminación anormal del embargo precautorio.

La terminación anormal del embargo precautorio, también depende de la conducta asumida por el sujeto pasivo y excepcionalmente por la decisión del sujeto activo, y consiste en su levantamiento a petición de parte, pero antes de que se dicte sentencia, en el juicio en que se ventile el derecho controvertido, y son las siguientes:

1.- Por inactividad del solicitante (caducidad), es decir, por no entablar la demanda dentro de los tres días siguientes al embargo precautorio. En razón de que la ley debe proteger los derechos subjetivos de las personas, y no la decidia, la negligencia, ni el abandono de los asuntos, en razón de que los derechos no pueden mantener su vigencia indefinidamente, aun ante el desinterés del titular, porque esto va en contra del orden y la seguridad del derecho de propiedad.

2.- Por absolución del demandado, en caso de que se dicte una sentencia absolutoria en el juicio en que se ventile el derecho tutelado, el embargo precautorio debe levantarse en atención a que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

3.- Por desistimiento de la acción intentada del actor, y en razón de que el embargo precautorio como providencia, es auxiliar del proceso, el embargo se debe levantar debido a que

no puede existir independientemente. Cabe mencionar que en caso de que el actor se desista, corre el riesgo de que el demandado lo contrademande por los daños y perjuicios que se le causaron.

4.- Por oposición de terceros, mediante el juicio de amparo, en el cual se dicte sentencia favorable al agraviado, debiéndose levantar el embargo ejecutado.

Para concluir sobre éste aspecto del levantamiento del embargo precautorio, es necesario aclarar, que solo puede ser levantado a petición de parte y nunca de manera oficiosa, por lo cual es útil, citar la siguiente ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia.

" EMBARGO PRECAUTORIO LEVANTAMIENTO DEL.

Si el tercero llamado al juicio ordinario mercantil, no solicita, en los términos de los artículos 1187 al 1191 del Código de Comercio, el levantamiento del embargo precautorio recaído sobre bienes que afirma ser de su propiedad, es obvio que el juez no puede conceder officiosamente lo que no se le ha solicitado, si a pesar de ello lo hiciera, su actuación sería incongruente con la materia del litigio. Pero es violatorio de las garantías individuales del tercero aludido, el hecho de que en la sentencia de fondo se declare que ese embargo se convierte

en definitivo, puesto que con ello se coarta su derecho a promover, cualquiera que sea el estado del negocio (artículo 1188), el repetido levantamiento."

Tercera sala, Séptima época, Tomo 115-120. p .27.

III.5 El procedimiento del arraigo de personas

El arraigo es la providencia precautoria mediante la cual, se prohíbe a una persona física, ausentarse del lugar del juicio sin dejar representante debidamente expensado para responder al resultado de la sentencia.

a) Causas por las que se puede solicitar.

El arraigo de personas, es conveniente solicitarlo como providencia precautoria, cuando:

- 1.- El actor, tenga temor de que se ausente del lugar del juicio, la persona física contra quien se entablara o se haya entablado ya una demanda.
- 2.- El actor tenga temor de que se oculte la persona que tendrá o que tiene el carácter de demandado.

b) Finalidad del arraigo.

El arraigo tiene como finalidad principal, impedir que el demandado se ausente del lugar del juicio, para que responda la demanda entablada en su contra.

c) Consecuencias que origina el incumplimiento del arraigo.

Una vez decretado el arraigo, en caso de que el obligado lo quebrante; queda sujeto a las medidas de apremio que el juez estime pertinentes, para obligarlo a regresar al lugar del juicio y se convierte en responsable del delito de "desobediencia a un mandamiento legitimo de autoridad", previsto en el artículo 178 del Código Penal del Distrito Federal, que fija la pena de quince días a un año de prisión y multa de 30 a 180 días, al que desobedeciere un mandato legitimo de la autoridad.

d) Representación en el arraigo.

Representación: " Es el medio que establece la ley o de que dispone una persona, para obtener, a través de la actuación de otra persona, los mismos efectos jurídicos."(38)

Del artículo 1175 del Código de Comercio se desprende la autorización que tiene la persona arraigada, de nombrar apoderado para que en su nombre y representación responda del resultado del juicio, de ésta forma podrá ausentarse del lugar del juicio.

A la persona que otorga el poder o mandato, se le llama

38.- Cabanellas, Guillermo, "Diccionario Enciclopedico de Derecho Usual", T. PZ. Ed. Heliastra, B. Aires 1989. p.450.

mandante o poderdante, y a quien va a ejercerlo, o se le llama mandatario o apoderado.

e) Tipos de representación.

1.- Representación legal: Es aquella que toma su origen en la ley, por ejemplo, la representación de menores de edad, mayores incapacitados o de personas morales.(39)

2.- Representación oficiosa. Es aquella que sin mandato expreso, sino solo presunto, desempeña una persona en favor de otra, que está ausente o impedida de atender a sus cosas propias.(40)

3.- Representación voluntaria. Que es la que nos interesa, el artículo 2546 del Código Civil la define como " Un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga."

f) Facultades del apoderado.

Aun cuando no existe disposición expresa en el Código de Comercio, podemos tomar como requisitos los contenidos en la siguiente ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

39.- Ortiz Urquidí, Raúl, "Derecho Civil", Ed. Porrúa, México 1986 p. 256.

40.- Idem.

"ARRAIGO, APODERADO EN EL.

El poder que debe otorgar el arraigado debe llenar los siguientes requisitos: "Justificación de estar suficientemente instruido y expensado por el mandante para responder de las resultas del juicio."

Tercera sala. Cuarta Epoca. Tomo XXV p. 874.

Sin embargo, esto no garantiza, que el apoderado efectivamente responda del resultado del juicio, en virtud de que pueden ocurrir múltiples situaciones, como las siguientes:

1.- Que el apoderado declare falsamente estar debidamente expensado, cuando en realidad no lo está.

2.- Que el apoderado esté debidamente expensado al resultado del juicio, no obstante, decida tomar parte de lo expensado para cobrar sus honorarios.

3.- Que el apoderado al igual que su poderdante se ausente del lugar del juicio.

El artículo 240 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en su tercer párrafo establece que:

"El apoderado que se presente instruido y expensado quedará obligado solidariamente con el deudor, respecto del contenido de la sentencia."

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia, ha emitido la siguiente tesis al respecto.

APODERADO DE ARRAIGO.

" El apoderado de un arraigo que manifiesta estar instruido y expensado, no está obligado a pagar con sus bienes propios la suma a que ha sido condenado su poderdante."

Tercera sala, Cuarta época, Tomo LI, p. 186.

El artículo 240 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su cuarto párrafo, establece que " En el caso de que no obstante su afirmación resultare que no está expensado, además incurrirá en la pena aplicable a los que se conducen con falsedad en declaraciones judiciales."

No obstante lo anterior, considero que en razón de que el Código Penal no preve dicha conducta, lo anterior no tiene aplicación práctica.

Por otra parte, algunos juristas entre los que destaca el jurista Eduardo Pallares, consideran que el arraigo de personas es innecesario y anticonstitucional, primero porque no es indispensable para continuar el juicio, la presencia del demandado, ya que todas las diligencias de prueba pueden efectuarse sin aquél, pudiéndose seguir el juicio en rebeldía, y

lo segundo, porque consideran que se limita la libertad personal, violando los artículos 11, 16 17 constitucionales.(41)

Lo anterior no es exacto, en razón de que como mencionamos anteriormente, mediante el arraigo, se intenta constreñir al demandado para que se presente en juicio, además, no se limita el derecho de transito del deudor, ya que puede viajar brevemente, siempre y cuando deje apoderado suficientemente expensado para responder del resultado del juicio.

Asimismo, el arraigado no incurre en desobediencia al arraigo si se ausenta con motivo del cumplimiento de un deber o con motivo de su empleo.

En atención a ésto citamos la siguiente ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia:

" PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS, EL ARRAIGO DE PERSONAS EN LAS.

No se quebranta el arraigo ni se incurre en el delito de desobediencia a un mandato de autoridad legitima, en caso de que el arraigado se ausente del juicio, no por hecho libre de su voluntad, sino para desempeñar los servicios que le estaban encomendados por razón de su empleo, ya que aquel delito supone

41.- Pallares Portillo, Eduardo, "Historia del Derecho Procesal Mexicano", Ed. Manuales Universitarios. México 1962. p. 47.

una franca actitud de rebeldía que no existe en el caso que se trata."

Tercera sala, Quinta época, Tomo CV, p. 501.

Por lo anterior, considero necesario actualizar nuestro Código de Comercio, en virtud de que existen lagunas jurídicas, mediante las cuales el deudor puede burlar el procedimiento de providencias precautorias.

Por ejemplo, en el caso de que el apoderado declare falsamente estar expensado para responder del resultado del juicio, no existe artículo expreso que prevenga esta conducta, y aun cuando el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal mencione en su artículo 240, tercer párrafo, que "incurrirá en la pena aplicable a los que se producen con falsedad en declaraciones judiciales", esto no es aplicable en la práctica debido a que en el Código Penal no se regula tal conducta, además debemos citar el tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que expresa "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", en cambio si se actualizara castigando tal conducta, el arraigo domiciliario alcanzaría una mayor efectividad y aplicación como providencia precautoria.

III.6 Reclamación de daños y perjuicios.

El mal uso de las providencias precautorias, posibilita la indemnización de los daños y perjuicios originados, por la ejecución de las mismas, en razón de que las providencias precautorias pueden causar perjuicios a la persona en contra de quién se decreten.

El artículo 1182 del Código de Comercio establece " De toda providencia precautoria queda responsable el que la pide". Por consiguiente, son de su cargo los daños y perjuicios que se causen.

La responsabilidad del solicitante de las providencias precautorias deriva de la circunstancia de que la providencia haya sido solicitada indebidamente, ya sea por la inexistencia del derecho reclamado o por razones relacionadas a la improcedencia de las providencias solicitadas.

El afectado por una providencia precautoria que obtenga el levantamiento de la misma, ya porque el actor no haya entablado la demanda o porque se haya decretado sentencia absolutoria, podrá obtener resolución en la que se haga efectiva la fianza otorgada por el actor, para que se cubran los daños y perjuicios que se le hubieren causado.

Para lo cual deberá demostrar que la providencia fue trabada indebidamente, además, que se le causaron daños y perjuicios y finalmente el monto de los mismos.

En relación a este aspecto, citamos la siguiente ejecutoria que ha emitido la Suprema Corte de Justicia.

" DANOS Y PERJUICIOS EN PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS.

(LEGISLACION DEL ESTADO DE DURANGO)

Es cierto que el artículo 316 del Código de Procedimientos del Estado de Durango, presupone la responsabilidad por daños y perjuicios, con motivo de una providencia precautoria en dos casos distintos; primero, cuando la providencia se levanta, y segundo, cuando el actor no presente durante los tres días siguientes, o cuando se embarguen bienes de tercero; pero si la precautoria se manda a levantar en la sentencia definitiva y precisamente por haber prosperado la acción, es inconcuso que no puede existir, por ningún concepto, acción de daños y perjuicios por parte del demandado, ya que trataba el secuestro para asegurar el bien objeto de una reivindicación, al proceder ésta queda plenamente justificado el secuestro."

Tercera sala, Epoca quinta, Tomo XLVII, p. 2440.

CONCLUSIONES

1.- Las providencias precautorias son un conjunto de actos y medidas procesales que se constituyen de manera preventiva, ante el temor fundado de que el derecho que se pretende hacer valer, sufra un daño irreparable; algunas veces, parten del supuesto de que quien las solicita, no cuenta con un documento que traiga aparejada ejecución y son concedidas con la finalidad de permitir al actor el aseguramiento de sus intereses, cuando no tiene un medio rápido de que disponer con igual efecto.

2.- Las providencias precautorias no constituyen un derecho de acción, en virtud de que se promueven con la finalidad de asegurar un derecho, el cual se hará valer en el juicio que al efecto llegue a entablarse.

3.- Las providencias precautorias, tampoco constituyen un proceso de fondo, porque no resuelven sobre el derecho de quien las solicita, además no surgen de manera independiente, más bien, surgen en forma accesoria a un proceso, del cual dependen y al cual sirven.

4.- En el Derecho Mercantil, las providencias precautorias, no se pueden decretar para asegurar obligaciones futuras, además, no otorgan al ejecutante un derecho real de disposición, en virtud de que los bienes embargados se ponen bajo la guarda de un tercero, a disposición del juez, pudiendo tener efectos provisionales o definitivos, según se determine en el proceso en que se ventile el juicio respectivo.

5.- Las providencias precautorias, no sólo se pueden dictar en contra del deudor, sino también en contra de aquellas personas que lo representen legalmente, como en el caso de personas morales, menores de edad o incapacitados.

6.- Los medios de prueba que sirven para demostrar el derecho y la necesidad de las providencias precautorias, son la prueba documental y la prueba testimonial, las cuales ante la urgente necesidad de proteger un derecho, deberán ser analizadas de manera sumaria por el juzgador y en caso de que se demuestre la apariencia razonable de ese derecho, deberá proceder a protegerlo eficazmente, siendo competente para decretarlas el juez que deba conocer del proceso, en que se haga valer el derecho controvertido.

7.- El arraigo de personas tiene como finalidad impedir que el demandado se ausente del lugar del juicio, para que responda de la demanda instaurada en su contra, no obstante es ineficaz, en virtud de que no se puede obligar al deudor a contestar la demanda, pudiendo seguirse el juicio en rebeldía; además el artículo 1175 del Código de Comercio, otorga al arraigado la posibilidad de abandonar el lugar del juicio siempre y cuando nombre representante que esté debidamente expensado para responder de las resultas del juicio y a éste último; no le impone ninguna sanción en caso de que declare falsamente estar expensado, cuando en realidad no lo está. Para perfeccionar lo anterior sería conveniente imponer como obligación del arraigado, el otorgamiento de una fianza, para poder ausentarse del lugar del juicio.

8.- El solicitante de las providencias precautorias deberá otorgar fianza para garantizar los probables daños y perjuicios que se pudieran ocasionar en caso de que no entable su demanda dentro de los tres días siguientes a la constitución de las providencias precautorias, o que el demandado resulte absuelto en la sentencia del proceso principal.

9.- Contra el embargo precautorio en bienes del deudor, no procede el juicio de garantías en virtud de que no constituye acto de ejecución irreparable, en cambio el tercero ajeno a juicio que sufra el embargo de sus bienes, puede solicitar el levantamiento de dicho embargo, ya sea mediante el procedimiento de tercería excluyente de dominio, el incidente de reclamación establecido en el Código de Comercio o mediante el juicio de amparo.

10.- El uso indebido de las providencias precautorias, tiene como consecuencia, el reclamo de una indemnización por los daños y perjuicios causados a la persona en contra de quien se decretaron, siempre y cuando demuestre, que dichas providencias fueron solicitadas indebidamente, además, que realmente se le causaron los daños y perjuicios, determinando el monto de los mismos.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Alsina, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial", Ed. Ediar Editores, B. Aires 1961.
- 2.- Arellano García, Carlos, "Derecho Procesal Civil", Ed. Porrúa, México 1992.
- 3.- Arellano García, Carlos, "Práctica Forense Mercantil", Ed. Porrúa, México 1992.
- 4.- Becerra Bautista, José, "El Proceso Civil en México", Ed. Porrúa, México 1992.
- 5.- Bonnacase, Julián, "Elementos de Derecho Civil", Tomo I, Ed. Cajica, México 1974.
- 6.- Cabanellas, Guillermo, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", T. PZ. Ed. Heliastra, B. Aires 1989.
- 7.- Calamandrei, Piero, "Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares", Ed. Bibliográfica, B. Aires 1985.
- 8.- Capitant, Henri, "Vocabulario Jurídico", Ed. DEPALMA, B. Aires 1976.
- 9.- Carnelutti, Francisco, "Instituciones del Nuevo Derecho Italiano", Ed. Bosch, B. Aires 1942.
- 10.- Colín Sánchez, Guillermo, "Procedimiento Registral de la Propiedad", Ed. Porrúa, México 1985.
- 11.- Couture, Eduardo J., "Vocabulario Jurídico", Ed. Depalma, B. Aires 1976.

- 12.- Couture, Eduardo J., "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", Ed. Depalma, B. Aires 1974.
- 13.- De Pina Vara, Rafael, "Diccionario de Derecho", Ed. Porrúa, México 1985.
- 14.- Devis Echandia, Hernando, "Compendio de Derecho Procesal", Ed. ABC, Bogotá 1972.
- 15.- "Enciclopedia Jurídica Omeba", Ed. Driskill S.A., B. Aires. 1986.
- 16.- Martínez Botos, Raúl, "Medidas Cautelares", Ed. Universidad. B. Aires 1990.
- 17.- Mascareñas Carlos E. , "Nueva Enciclopedia Jurídica", T.VII Ed. Seix Editores. Barcelona 1974.
- 18.- Ortiz Urquidi, Raúl, "Derecho Civil", Ed. Porrúa, México 1986.
- 19.- Ovalle Favela, José, "Derecho Procesal Civil", Ed. Harla, México 1981.
- 20.- Podetti Ramiro, "Teoría y Técnica del Proceso Civil", Ed. Ediar Editores. B. Aires 1963.
- 21.- Raluy Poudevida, Antonio, "Diccionario Porrúa de la Lengua Española", Ed. Porrúa, México 1976.
- 23.- Real Academia Española, "Diccionario de la Lengua Española", T.I y II Ed. Espasa Calpe S.A. Madrid 1984.
- 24.- Quiroga Cubillos, Héctor Enrique, "Procesos y Medidas Cautelares", Ed. Okey Impresores, Bogotá 1991.

LEGISLACION CONSULTADA

Código Civil para el Distrito Federal, 1986

Código de Comercio, 1994.

Código Penal para el Distrito Federal, 1986.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1992.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, 1994.