

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

TÍTULO DE TESIS: "EL SECUESTRO DE BIENES LITIGIOSOS COMO
PROVIDENCIA PRECAUTORIA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO"

ALUMNO: MARIO MOLINA IZÁBAL

NÚMERO DE CUENTA: 9856663-1

ASESOR DE TESIS: LIC. CÉSAR AUGUSTO PENICHE ESPEJEL



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.

*Dedico esta tesis a Dios
Por todas las bendiciones que me ha dado en la vida*

*A mi mamá
Por tu dedicación, entrega y amor incondicional
Por tu apoyo constante*

*A mi papá
Por tu dedicación, sacrificio, entrega, paciencia y amor incondicional
Por darme todas las oportunidades
Por tu ejemplo
Por impulsarme a ser siempre más
Es para mí un gran orgullo y una inmensa felicidad dedicarte esta tesis*

*A mi esposa
Por siempre creer en mí
Por tu paciencia y amor incondicional, sin tu apoyo este trabajo no hubiera
sido posible*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México y a mis maestros
Por los conocimientos que han sembrado en mí*

ÍNDICE

	PÁGS.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. Las Providencias Precautorias	7
A. Definición	8
B. Naturaleza jurídica	11
C. Objeto	12
D. Marco histórico	24
CAPÍTULO II. Las Providencias Precautorias en la legislación mexicana	30
A. Las Providencias Precautorias en el Código Federal de Procedimientos Civiles	31
A.1. Embargo precautorio de bienes	32
A.1.1. Marco jurídico	36
A.1.2. Procedimiento	38
A.1.2.1. Acreditación	38
A.1.2.2. Ejecución	42
A.1.2.3. Levantamiento	46
A.2. Depósito o aseguramiento	49
A.2.1. Marco jurídico	50
A.2.2. Procedimiento	54
A.2.2.1. Acreditación	54
A.2.2.2. Ejecución	55
A.2.2.3. Levantamiento	55
B. Las Providencias Precautorias en el Código de Comercio	57
B.1. Arraigo de personas	58
B.1.1. Marco jurídico	59
B.1.2. Procedimiento	60
B.1.2.1. Acreditación	61
B.1.2.2. Ejecución	62
B.1.2.3. Levantamiento	63
B.2. Embargo precautorio de bienes	64
B.2.1. Marco jurídico	65
B.2.2. Procedimiento	68
B.2.2.1. Acreditación	71
B.2.2.2. Ejecución	73
B.2.2.3. Levantamiento	75

CAPÍTULO III. Las Providencias Precautorias en la legislación extranjera	77
A. Providencias Precautorias en la Legislación de Guatemala	77
A.1. Medidas Cautelares previstas por el Código Civil y Mercantil	81
A.2. El secuestro de cosa mueble en posesión del demandado	84
B. Providencias Precautorias en la Legislación de España	91
B.1. Medidas Cautelares previstas por la Ley de Enjuiciamiento Civil	92
B.2. El depósito de cosa mueble en posesión del demandado	94
CAPÍTULO IV. Propuesta del Secuestro de bienes litigiosos como providencia precautoria en el Código de Comercio	102
A. Definición	112
B. Justificación	113
C. Propuesta de Procedimiento	114
C.1 Acreditación	115
C.2 Ejecución	116
C.3 Levantamiento	116
CONCLUSIONES	119
BIBLIOGRAFÍA	123

INTRODUCCIÓN

El origen de la legislación mercantil radica precisamente en el nivel de especialización que se necesita en la actividad comercial. Esta especialización consiste en hacer verdaderamente viable el desarrollo de la actividad comercial, es decir, adecuar las reglas generales del Derecho Civil a la realidad de los tiempos que rigen en el comercio.

Desde su promulgación, el Código de Comercio ha tenido por fin principal, crear un ambiente fértil para el desarrollo de la actividad comercial, esto en atención a la importancia que dicha actividad representa para todos los demás rubros de la vida de la Nación como lo son por ejemplo la economía, el empleo, el tipo de cambio, la igualdad social, sólo por nombrar algunas.

Muchas han sido las reformas al Código de Comercio, ésto precisamente por motivo del propio carácter de la actividad que regula. A lo largo de los años, las relaciones comerciales han venido evolucionando de forma tal, que los plazos dentro del comercio cada vez son más cortos y la movilidad de los capitales es día a día más marcada. En esta tesitura, el propio espíritu de la legislación mercantil le obliga a renovarse y adecuarse a las nuevas condiciones impuestas por la modernidad tecnológica a la actividad comercial.

Hoy en día, la economía de nuestro país es una que depende en grandísima medida de dos factores principales:

- A) El precio del petróleo;
- B) La captación de inversión extranjera.

Es precisamente el segundo de estos factores sobre el que recae el presente trabajo. La captación de inversión extranjera (principalmente la inversión directa) es la que representa la forma más viable de obtener finalmente un

desarrollo tangible en nuestra economía. Sin embargo, también es la forma más difícil de lograrlo, ya que se requiere una política integral que establezca una serie de condiciones generales en diversos ámbitos para garantizar a los posibles inversionistas o empresas extranjeras, una seguridad para sus capitales.

Por lo que toca al Derecho, sus aportaciones serían en todo caso las más valiosas, ya que son el primer referente a considerar cuando hablamos del grado de seguridad que ofrece un país como centro de inversión. En esta tesitura, es de suma importancia el contar como Estado, con una legislación coherente con el ritmo galopante de las relaciones comerciales en la actualidad, contar con una legislación que forme parte de una política integral encaminada a la creación de condiciones ideales para las inversiones directas que buscan nuevos mercados para poner el dinero a producir.

La carrera por convertirse en el blanco predilecto de esas inversiones ya comenzó hace mucho tiempo y existen naciones que ya le llevan a nuestro país una ventaja considerable. Sin embargo, la conjunción de muchos factores nos tienen aún dentro de la pelea, dígase recursos naturales, ubicación geográfica, estabilidad social. Es urgente pues, que la legislación mercantil asuma su reto dentro de este nuevo esquema de competencia entre las llamadas “economías emergentes” y se establezcan procesos específicos que garanticen la seguridad de los capitales que sean invertidos en nuestro país.

Mucho se habla de que uno de los principales obstáculos para que nuestro país obtenga un desarrollo notable, lo constituye nuestra Carta Magna. En nuestra constitución federal se incluyen una serie de conceptos básicos fundamentales que son los que han dado vida a nuestra nación, sin embargo, no advertimos de ninguna manera freno alguno para que en nuestro territorio operen medidas y leyes mercantiles que se desarrollan en otros países del mundo proveyendo de certeza jurídica y celeridad en las acciones legales encaminadas a las

transmisiones de propiedad y las operaciones comerciales. Sin embargo, discrepamos de dichas afirmaciones.

Una de las principales razones para que México no ocupe un lugar destacado en las clasificaciones de competitividad internacionales es por un lado, la falta de un adecuado control de los registros de propiedad, y por otro, que consideramos el más importante, la falta de procedimientos jurisdiccionales que garanticen una respuesta pronta y expedita a una controversia en la que el acreedor reclama un adeudo del demandado. La saturación de los Tribunales Colegiados de Circuito con asuntos que llegan en vía de amparo directo buscando una resolución definitiva a cualquier asunto mercantil, retrasan la actividad comercial que no en todos los casos puede soportar un procedimiento tan largo para sus requerimientos.

No proponemos que la ley y las garantías individuales consagradas en nuestra constitución deban estar supeditadas a los requerimientos del comercio, lo que tratamos de denunciar, es la necesidad de que la ley aporte los medios necesarios para la consecución de las propias garantías individuales contenidas en nuestra carta magna a través de disposiciones que, sin contravenir jamás las previsiones del constituyente, proporcionen una forma cierta en la que el Estado pueda hacer valer los diversos derechos y garantías contenidos en nuestro máximo ordenamiento.

Las medidas cautelares o providencias precautorias, no solo aportan a favor de los intereses del actor que las promueve, sino que además le brindan la fuerza ejecutora necesaria al Estado para lograr que sus determinaciones sean efectivamente susceptibles de cumplimiento. No sólo pues protegen la cosa o el derecho del acreedor, sino que además, revisten al Poder Judicial de un imperio de jurisdicción sobre el gobernado. ¿Qué sería de una sentencia ejecutoriada dictada en contra de un deudor que no puede ser localizado? ¿Qué sería de una

sentencia en contra de un deudor que dona sus bienes a través del juicio para no poder ser embargado?

Son precisamente las providencias precautorias las que aseguran, que aún cuando la sentencia que resuelva algún asunto en particular no sea dictada ipso facto, en cualquier tiempo que ésta sea decretada, conservará su eficacia, ya que serán preservadas las condiciones propensas para su ejecución.

Éstas medidas, a pesar de que no fueron previstas textualmente por el constituyente, si fueron contempladas al momento de redactar las garantías de seguridad jurídica del gobernado. Nuestra constitución hace una distinción evidente entre los requisitos que deben de reunir los actos de autoridad encaminados por un lado a la privación y por otro, a la molestía.

En adición a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la única autorizada por la constitución para su interpretación ha emitido criterios en los que sostiene la idea de que los actos de molestia no deben reunir los requisitos exigidos por el artículo 14 constitucional para los actos de privación.

En esta tesitura, las providencias precautorias, al no representar para el ejecutado una privación definitiva, no deben de ser precedidas por un juicio, ni respetando la garantía de audiencia de la presunta demandada. Efectivamente, los actos de molestia únicamente deben ocuparse de cumplir con los requisitos que impone el artículo 16º constitucional. Las providencias precautorias al no tener un carácter definitivo, se excluyen de las exigencias mencionadas.

Así las cosas, tenemos que nuestra constitución prevé desde tiempo atrás una serie de mecanismos que permiten a la autoridad decretar actos que, ciertamente molestan al gobernado, pero que también representan una facultad de la autoridad que le permite el respeto a sus resoluciones que aún cuando no son definitivas, son medidas necesarias para lograr los fines que persigue el Estado.

No existen pues, a nuestra consideración, impedimentos contenidos en nuestra Carta Magna que no permitan la implementación de medidas que hagan a nuestro sistema judicial un poder más próximo a lo que marca el espíritu del constituyente, esto es, un poder judicial que haga respetar sus determinaciones y que sea una opción efectiva para la resolución de cualquier controversia.

En este contexto, debemos decir que existen ciertos bienes que constituyen por si mismos un capital y una inversión directa, es el caso de las aeronaves y la maquinaria especializada. Es precisamente en la protección de inversiones de este tipo, en lo que se centra el presente trabajo. Proponemos un esquema legal que proporcione a este tipo de inversionistas la seguridad de que su capital, en este caso sus bienes, no fallecerán en los plazos legales si el negocio en el que se invierten sufre alguna pérdida o desequilibrio.

Actualmente, cuando se presenta alguna contingencia, el propietario de tales “capitales” tiene que sufrir un tortuoso camino para la recuperación de sus bienes, y dichos bienes, por su propia naturaleza, no están hechos para resistir el embate del tiempo o del mal uso a lo largo de un juicio que tenga como objeto restituir al propietario la posesión del bien.

Si bien es cierto que el propio Código de Comercio establece una serie de medidas cautelares destinadas a la garantizar la seguridad jurídica de los acreedores, hace falta una figura procesal que igualmente garantice la correcta conservación de la cosa durante el procedimiento ordinario, ya que el desgaste que sufre un bien específico como las aeronaves o la maquinaria especializada, no es un desgaste como el que sufre cualquier otro bien, sino que por el paso del tiempo o del mal uso de la cosa, el bien puede ser dañado de una forma irreparable para el propietario, que como señalamos anteriormente, debido al carácter del bien de su propiedad, debe de ser considerado como un inversionista.

De acuerdo con la clasificación del Fondo Monetario Internacional de los mejores países para invertir en América Latina, nuestro país ocupa el un lugar por debajo de economías como las de Brasil, Chile e incluso Costa Rica. De ahí la urgencia de asumir el reto que representa para México los cambios políticos y económicos de los países latinoamericanos. Nuestro país necesita una economía flexible ante lo cambiante de las tendencias económicas mundiales. Ya sucedió que México se durmió en sus laureles y jamás previó que China decidiera convertirse en el centro manufacturero del mundo, no debe de pasar lo mismo con nuestra competitividad para captar inversión.

En el presente trabajo se propone proveer de certidumbre jurídica una de las posibilidades de inversión más clara para nuestro país. La manufactura especializada y la aviación comercial son dos ámbitos en franco desarrollo para México, debemos estar preparados para competir con cualquier otra economía, especialmente cualquier otra economía de Latinoamérica.

CAPÍTULO I

LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

En el presente capítulo estudiaremos la figura de las providencias precautorias, su surgimiento y características esenciales. Como toda medida procesal, las medidas cautelares o providencias precautorias constituyen una figura con fines encausados a conseguir una resolución judicial eficaz.

Las providencias precautorias pues, son preceptos contenidos en la legislación que imponen en ocasiones obligaciones de hacer, y en otras de no hacer. Esta conducta impuesta se viene a encuadrar dentro de un conflicto entre personas que persiguen intereses opuestos.

Teniendo en cuenta que la conducta a observar, conduce recíprocamente al desenvolvimiento o al sacrificio del interés en conflicto, se comprende que el precepto tenga que traducirse en la limitación de la libertad de uno de los sujetos a favor de la libertad del otro. Por ello, el precepto manda y permite, respectivamente, manda a uno y permite a otro; manda al titular del interés subordinado; permite al titular del interés protegido. El contenido imperativo o permisivo no sirve para distinguir entre sí preceptos de distinta especie, pero sí, en cambio, para diferenciar las dos caras de cualquier precepto.

Si el precepto imperativo se traduce en una conducta a observar, y si se piensa que la conducta puede consistir en una **facere** (en una acción) o en un **non facere** (en una abstención), se comprende que se presente bajo dos especies: precepto positivo, al que se da el nombre de mandato en sentido estricto, y precepto negativo, al que se denomina prohibición. A diferencia de la precedente, esta distinción sirve para clasificar los preceptos en dos categorías por razón de su contenido: mandatos y providencias precautorias, las cuales a continuación precisaremos.

A. Definición.

Como una definición fundamental, las providencias precautorias son las medidas que otorga el Juez en contra del deudor, a petición del actor, para preservar la cosa sobre la que se ha de ejecutar una eventual sentencia definitiva.

Según Piero Calamandrei la providencia cautelar deviene de dos principales presupuestos: (i) la necesidad de una resolución que se dicte sin retardo; y (ii) la imposibilidad del juicio ordinario para decretar una providencia definitiva. Para el autor mencionado la providencia cautelar se define pues, como la “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma”¹

Por su parte, Héctor Fix-Zamudio señala como elementos de las providencias precautorias (i) provisionalidad, (ii) accesoriedad, (iii) celeridad y (iv) flexibilidad. En cuanto a la provisionalidad se refiere el citado autor a que la medida cautelar solo se mantendrá hasta la resolución del asunto principal. La accesoriedad se las atribuye en función de que no constituyen un fin en sí mismas, sino que dependen directamente del procedimiento principal. La celeridad y la flexibilidad se reflejan precisamente, en la prontitud con la que se han de dictar, así como la flexibilidad que denotan al existir la posibilidad de ser modificadas conforme se produzcan cambios en la situación que les dio origen.²

“Es a través de esta denominación o la de providencias precautorias como los códigos procesales se refieren a una serie de medidas asegurativas que deben tomar en cuenta el Juez a fin de preservar la materia de los juicios. Dichas medidas pueden tomarse antes o durante la tramitación del procedimiento y básicamente se reducen a dos:

¹ CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1945. p. 45.

² FIX-ZAMUDIO, Héctor. “Algunas reflexiones sobre la suspensión de los actos reclamados en el procedimiento ante el tribunal de lo contencioso administrativo del Distrito Federal”, en Revista del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal. Número 2. México, junio de 1973. p 20.

- El arraigo de personas.
- El embargo precautorio.”³

Aglutinando los criterios mencionados, como criterios generales podemos señalar que la naturaleza de estas medidas es meramente preservativa, provisional y temporal y se funda en el temor de que una persona contra la que se pretende entablar o se ha entablado una demanda, se ausente o se oculte; y la posibilidad real de que se oculten o dilapiden algunos bienes sobre los que deba ejercitarse una acción real, o el temor de que el deudor los oculte o enajene cuando la acción sea personal y fuesen los únicos bienes que tuviere.

La petición de arraigo implicará la orden de que en el momento de notificarse la demanda se prevenga al demandado para que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo suficientemente instruido y expensado que responda a las resultas del juicio. Quien quebrante el arraigo sin cumplir con estos extremos puede ser castigado penalmente.

El solicitante del secuestro provisional debe manifestar el valor de la demanda o de la cosa que reclame a fin de que el juez pueda decretar la medida correspondiente y fijar la cantidad por la cual haya de practicarse la diligencia. Esta diligencia se decreta sin citar a la persona contra la cual se pida, además de que no se admitirá excepción alguna, debiendo obligarse el solicitante de la medida cautelar a entablar su demanda en un plazo preventorio. Si la demanda no se presenta dentro del plazo, la providencia precautoria será revocada en cuanto lo pida el demandado embargado en forma precautoria.

A pesar de que las providencias precautorias que se describen, conciernen al ámbito mercantil, tenemos que el Juzgador que concede la medida podrá hacer

³ Colegio de Profesores de Derecho Procesal. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Derecho Procesal. 2ª edición, Editorial Oxford, México, 2004. p. 167.

valer sus determinaciones mediante las medidas de apremio que le confiere la propia legislación. Lo anterior se refiere principalmente a la medida consistente en el arraigo de personas. En este orden de ideas, tenemos que quien otorga la providencia precautoria consistente en el arraigo de personas, podrá hacerla valer mediante alguna de las medidas de apremio de las que detenta facultades, Una medida de apremio puede definirse como “aquel tipo de providencia que el juez o el tribunal están en posibilidad de dictar para que otras diversas determinaciones antes dadas, por el propio tribunal o por el propio juez, se hagan cumplir. Es decir, la medida de apremio implica que el obligado a cumplir o a observar determinada conducta, en virtud de un mandamiento del tribunal, se resista sin legitimación a ello.”⁴ Indudablemente, las medidas de apremio son una de las formas en que se refleja la potestad del tribunal para hacer cumplir las resoluciones que ha dictado.

De acuerdo a lo anteriormente explicado, en una forma análoga podemos decir que el dictar providencias precautorias es un ejemplo del ejercicio de la potestad de los órganos jurisdiccionales para obligar a las partes o a terceros a que se cumplan sus determinaciones.

Dentro de esta breve descripción de las medidas de apremio, debemos señalar una crítica que debe enderezarse en contra de nuestro sistema en el sentido de que en que en diversas ocasiones, las multas y los arrestos que las autoridades judiciales ordenan en los procedimientos civiles, no son eficazmente ejecutados por las autoridades administrativas que se encargan de su cumplimiento. Si los medios de apremio no son aplicados eficaz y enérgicamente, los jueces, los tribunales, las autoridades judiciales, en general, pierden respeto ante las partes. Si el particular resistente al mandato de autoridad es conocedor de que el medio de apremio que el juez pueda dictarle, no lo perjudicará en la práctica, esto propicia que las partes adopten actitudes de franca desobediencia a las determinaciones del juzgador. Por esta razón, paralelamente a las inclusiones de nuevas modalidades de medidas precautorias, debemos

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de Derecho Procesal Civil. 2ª edición, Vol. 6, Editorial Oxford, México, 2003. p. 122.

robustecer el propósito de estructurar las mecánicas y procedimientos necesarios para que los medios de apremio que los jueces y tribunales ordenen, sean eficaces y cumplimentados a cabalidad por las autoridades de tipo administrativo.

Las providencias precautorias en el ámbito mercantil pues, son las resoluciones judiciales destinadas a garantizar la eficacia de la sentencia que se dicte en un proceso, dichas medidas pueden consistir exclusivamente, de acuerdo al Código de Comercio, en el arraigo de personas y el secuestro de bienes.

Las también llamadas medidas cautelares son establecidas 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 él mismo.

Como resulta evidente, las medidas cautelares y providencias precautorias, prácticamente son lo mismo, porque persiguen el mismo objetivo, hacer cumplir lo que en la sentencia definitiva del asunto se decida.

B. Naturaleza Jurídica.

Como quedó explicado en el apartado anterior, la naturaleza jurídica de las providencias precautorias es múltiple:

- a) Provisional: en función de que su vida se constriñe a la del procedimiento principal;
- b) Instrumental: en atención a que no tienen un fin específico por sí mismas;
- c) Sumaria: Los plazos en que ha de decretarse son muy breves;
- d) Flexible: Puede cambiar de acuerdo a las condiciones que se modifiquen.

De forma adicional es pertinente señalar que algunos autores señalan que también constituye un ataque al psique de la presunta demandada, ya que se

funda en el temor de la persona contra la que se entabla la demanda, impidiéndole que no se oculte o ausente, pero sobre todo, impidiéndole dilapidar los bienes que garanticen el cumplimiento del pago o sobre los cuales pretenda ejercitarse una acción real.

C. Objeto.

Al constituir la providencia precautoria una medida jurídica, y con la intención de llegar a la definición de su objeto, debemos distinguir entre lo que se denominan las medidas cautelares preventivas y represivas. Tal distinción nos proporciona los lineamientos generales para establecer el objeto que se persigue en las distintas providencias precautorias.

Una vez más, a pesar de que las providencias materia del presente trabajo se refieren al ámbito civil y mercantil, es en el Código Penal donde encontramos una distinción más clara respecto al objeto que constituye la materia de toda medida. “Es precisamente la terminología del Código Penal la que sugiere la voz medida, para indicar del modo más genérico este segundo elemento del mandato jurídico, es decir, para designar el *genus* dentro del cual entra, como una de sus especies, la sanción. Uno de los significados de esta palabra es, sin duda, el de medio adecuado al logro de una finalidad (medida para la finalidad). En este sentido, el Código Penal habla de medidas de seguridad, como en la práctica se dice: medida de prevención, de policía, de higiene, etc. Medidas jurídicas en general son, pues, los medios adoptados para la imposición de los preceptos.”⁵

En otro tiempo, se creyó que estos medios no podían consistir sino en la amenaza de un mal a infligir a quienes no obedecieran el precepto. Por eso la medida jurídica se traducía en la sanción. Pero también en el campo del derecho el progreso ha obrado según la ley que sustituye la represión por la prevención.

⁵ RUIZ ABARCA, Francisco. La Supletoriedad Civil en lo Procesal Mercantil. 2ª edición, Editorial Sista, México, 2000. p. 209.

Por eso, las medidas jurídicas se deben dividir en preventivas y represivas. Sólo estas últimas, y no todas las medidas jurídicas, reciben el nombre de sanciones.

“El concepto de medida jurídica preventiva se aclarará enseguida: cuando se trate de garantizar la prohibición de tránsito de vehículos por una determinada carretera, cabe proceder de dos modos: amenazar con una multa a quien le transgreda, u obstruirla con guardacantones por entre los que un vehículo no consiga pasar. Esta segunda categoría de medios integra también el precepto, imponiendo su observancia, aunque mediante una acción material y no en virtud de una acción psicológica.”⁶

Las medidas preventivas no son, en realidad, una novedad en el campo del derecho. Algunas modalidades de esta familia, son por el contrario muy antiguas; pero atienden más bien a prevenir el mal ejercicio del derecho subjetivo que no la violación de la obligación. Nos referimos a la interdicción y a la inhabilitación, cuyo parentesco con las medidas de seguridad resulta evidente.

En cambio, el carácter de las medidas preventivas se muestra con gran claridad en la reciente institución de las medidas de seguridad que el nuevo Código Penal establece como un medio distinto de la pena, para prevenir, en lugar de reprimir. Se dividen a su vez, en medidas personales y patrimoniales. “A fin de destacar su diferencia de las penas, el código las llama medidas administrativas, pero es probablemente una definición errónea, en la que no juega la distinción entre Derecho Procesal y Administrativo: las medidas de seguridad pueden ser acordadas, tanto por el Poder Judicial (así ocurre con las previstas por el Código Penal), como por el poder administrativo (según ocurre con las de la Ley de Orden Público y, en general, con las leyes de policía). Por el contrario, la diferencia entre penas y medidas de seguridad se infiere claramente de la antítesis entre represión

⁶ Ibidem. p. 211.

y prevención.”⁷ Por lo demás, auténticas medidas de seguridad existían en todas las normas de policía que miraban y miran a prevenir, en especial, la realización de delitos y, en general, la violación de preceptos jurídicos.

“Por tanto, las medidas represivas tienen mayor importancia histórica y práctica que las preventivas. Las represivas consisten en la irrogación de un mal a quien haya violado el precepto. En esa forma, la imposición del precepto se produce mediante el temor de dicho mal, el cual obra como estímulo para su observancia o, lo que conduce al mismo resultado, de contraestímulo frente a su violación. Sin esa amenaza, y en cuanto no existan medidas preventivas, el precepto en sí no serviría de nada o, a lo sumo, valdría como consejo (*lex imperfecta*).”⁸

Se llama sanción precisamente al señalamiento de las consecuencias que deriven de la inobservancia del precepto. Y puesto que la sanción ha de estimular la observancia del precepto, tales consecuencias han de ser, como es natural, desagradables, es decir, han de consistir en un mal.

A decir verdad, quien quiera intentar una síntesis aún más vasta de los fenómenos jurídicos, podría construir la sanción como señalamiento de las consecuencias que derivan de la observancia o de la inobservancia del precepto, porque el estímulo para seguir la conducta indicada en el precepto, puede derivar tanto del daño amenazado por la inobservancia, como de la ventaja prometida por la observancia. Bajo este aspecto, la indicación del premio prometido al ciudadano obediente, entra también en la noción de sanción, y cabría hablar de una sanción premial, en contraste con la sanción penal. Sin embargo, y aun sin excluir que dentro de ciertos límites el premio actúe también en los ordenamientos jurídicos actuales, la noción de la obligación, que es el fenómeno jurídico elemental, supone más el mal amenazado por la trasgresión que no el bien prometido por el

⁷ ROCCO, Alfredo. Instituciones de Derecho Procesal Civil. 3ª edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 1990. p. 263.

⁸ *Ibidem*. p. 264.

cumplimiento del precepto, y por ello, es preferible conservar a la noción de sanción dentro de sus límites tradicionales.

Es también natural que el mal que deriva de la trasgresión del precepto haya de ser más grave que el que lleve consigo la desobediencia. Ello significa una exigencia práctica de su eficacia, más que un requisito lógico de la sanción. Aun cuando pudiera parecer extraño, no son pocos los casos en que esa proporción aparece cambiada. Se producen por un cálculo erróneo del legislador o porque su cálculo no se adapte a condiciones económicas modificadas. En este caso, la *lex*, aun sin ser imperfecta, actúa como si lo fuera.

El mal amenazado para la hipótesis de transgresión del precepto puede consistir o no en el sacrificio o lesión del interés mismo sacrificado o subordinado por el precepto. Por esta línea pasa la distinción entre las dos especies elementales de sanción, o sean la restitución y la pena. La primera consiste en el sacrificio del interés cuyo sacrificio impone el precepto; la segunda, en el sacrificio de un interés distinto. “De este rasgo fundamental deriva que mientras la restitución tiene una eficacia satisfaciente (respecto del titular del interés protegido), en la pena prevalezca la eficacia aflictiva (respecto del titular del interés sacrificado) y, por consiguiente, que la restitución se realice para que se remueva la violación, en tanto, que la pena se inflija porque la violación se ha producido. Tal diferencia, sin embargo, no es absoluta, y probablemente es más exacto decir que la pena tiene un mayor carácter aflictivo, mientras que el de la restitución es, por su parte, más satisfaciente, puesto que también la pena satisface, siquiera en distinta medida, un interés de quien ha padecido la lesión (aunque no sea sino saciando la necesidad de venganza) y, por otra parte, también la restitución aflige a quien ha causado la lesión (aunque no sea sino por la fatiga del esfuerzo inútil).”⁹

Después de esta referencia, diremos, que las providencias precautorias, por su objeto inmediato, como le llama Calamandrei, “es decir, por el tipo de

⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit. p. 202.

resolución a la cual tienden las acciones, éstas se clasifican en meramente declarativas, constitutivas, de condena, ejecutivas y cautelares.”¹⁰

Las acciones meramente declarativas son aquellas a través de las cuales la parte actora procura “eliminar la incertidumbre en torno a la existencia, inexistencia o modalidad de una relación jurídica.”¹¹ En general, todas las acciones se dirigen a obtener una sentencia declarativa sobre una relación jurídica; pero en las acciones meramente declarativas lo que el actor pretende es sólo una sentencia de ese tipo, sin ningún otro pronunciamiento más. Ejemplo de esta clase de acciones son las que pretenden una sentencia que declare la nulidad de un contrato o algún otro acto jurídico.

Las acciones constitutivas “son aquellas por medio de las cuales la parte actora demanda del juzgador una sentencia en la que se constituya, modifique o extinga una relación o situación jurídica sustantiva. Ejemplos típicos de esta clase de acciones, son las que buscan una resolución que decrete el divorcio (extinción de la relación matrimonial) o una sentencia que declare la rescisión de un contrato por el incumplimiento de la contraparte (extinción de la relación contractual).”¹²

A través de las acciones de condena, la parte actora solicita al juzgador una sentencia en la que ordene a la contraparte llevar a cabo una conducta determinada. En el proceso civil (en sentido amplio), la sentencia solicitada puede ordenar a la parte demandada una conducta consistente en un dar (pagar una suma determinada de dinero, entregar un bien o una persona), un hacer (realizar un hecho de carácter personal, firmar una escritura, celebrar un acto jurídico) o un no hacer (no iniciar o no continuar una construcción, no jactarse de tener un derecho contra otro). En el proceso penal, la acción normalmente es de condena, y la conducta que esta última puede imponer es el cumplimiento de una sanción

¹⁰ CALAMANDREI, Hugo. Instancias Procesales. 6ª edición, Editorial Ángel Editor, México, 1994. p. 320.

¹¹ *Ibidem*. p. 321.

¹² MOLINA PASQUEL, José. Derecho Procesal Mercantil. 6ª edición, Editorial Ángel Editor, México, 1998. p. 251.

penal (prisión, multa, tratamiento en libertad, semilibertad, trabajo a favor de la comunidad, etc.).

Las tres clases de acciones a que hemos hecho referencia dan lugar a un proceso de conocimiento, en el cual el juzgador, antes de emitir la sentencia, toma conocimiento del litigio a través de las afirmaciones, las pruebas y los alegatos de las partes. Para Carnelutti, “el proceso de conocimiento es el proceso jurisdiccional en sentido estricto.”¹³

Las acciones ejecutivas “son aquellas a través de las cuales el actor pretende una resolución que ordene la realización coactiva de un derecho reconocido en un título ejecutivo.”¹⁴ Estas acciones tienen como presupuesto indispensable la existencia de un documento al que la ley le otorga el carácter de título ejecutivo, por lo que le reconoce plena fuerza probatoria. Además de este requisito formal, el documento debe contener un crédito líquido (con el importe determinado o determinable con base en el propio documento), cierto (con acreedor y deudor precisados en el mismo documento) y exigible (no sujeto a condición ni plazo pendientes).

El proceso al que dan lugar las acciones ejecutivas es también de conocimiento, sólo que, como lo advertía Chiovenda, “tiene una prevalente función ejecutiva, ya que, una vez admitida la demanda, empieza por un embargo provisional sobre bienes del demandado, al que se emplaza a juicio después del embargo. Primero se ejecuta provisionalmente y después se conoce del litigio.”¹⁵

Las llamadas acciones cautelares son aquellas por las que la parte actora solicita al juzgador una resolución para que se protejan, de manera provisional y hasta en tanto se dicte la sentencia definitiva en el proceso de conocimiento, las

¹³ CARNELUTTI, Francisco. *¿Cómo se hace un Proceso?* 2ª edición, Editorial Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2000. p. 497.

¹⁴ *Ibidem.* p. 498.

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 118.

personas, los bienes o los derechos que serán objeto de este último. “En sentido estricto, las llamadas acciones cautelares no constituyen acciones autónomas o distintas de las acciones a que hemos hecho referencia, y es en ejercicio de estas últimas que se solicita la resolución que decrete la medida cautelar correspondiente. La solicitud de la medida cautelar no da lugar a un proceso autónomo, sino a una tramitación conexas dentro del proceso de conocimiento respectivo.”¹⁶

“Las medidas cautelares surgen de la necesidad de evitar el peligro de un derecho por el retardo que implica el pronunciamiento de la sentencia definitiva (*periculum in mora*), pero normalmente requieren que quien las solicite acredite, al menos, la apariencia del derecho (*fumus boni iuris*).”¹⁷ Por ejemplo, quien demande el pago de los alimentos, puede solicitar al juzgador que ordene el pago de una pensión provisional de alimentos mientras se resuelve el juicio. Quien interponga una demanda de amparo, puede solicitar la medida cautelar de la suspensión de los actos de autoridad reclamados, hasta en tanto se dicte sentencia definitiva en el juicio de amparo. En el proceso penal, la prisión preventiva es una medida cautelar que impide la libertad del inculpado durante el proceso.

Cabe señalar que el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Sonora, al igual que los demás ordenamientos que siguen al Anteproyecto de 1948, regula las acciones meramente declarativas, constitutivas, de condena y cautelares (artículo 13). A las acciones ejecutivas las subsume dentro de las de condena (artículo 508, fracción I).

Desde el punto de vista de la clase de interés que se busca proteger, las acciones se pueden clasificar en particulares, públicas, colectivas y para la tutela de los intereses difusos.

¹⁶ Ibidem. p. 119.

¹⁷ ROCCO, Alfredo. Op. cit. p. 316.

Las acciones particulares son aquellas que ejercen las personas para proteger sus intereses jurídicos individuales. Esta clase de acciones es la que corresponde a la concepción tradicional del litigio como conflicto entre dos partes individuales que disputan por sus propios intereses.

Las acciones públicas son aquellas que ejercen órganos del Estado, en nombre del orden o de la seguridad pública. Tal es el caso de la acción penal, que en nuestro país ejerce el Ministerio Público.

“Las acciones colectivas son aquellas que ejercen agrupaciones organizadas jurídicamente, en beneficio de sus miembros. Tal es el caso de las acciones que ejercen los condominios, los sindicatos, etc.”¹⁸

Las acciones para la tutela de los intereses difusos “son aquellas que procuran la protección de los intereses de grupos de personas que no tienen organización o personalidad jurídica propia, sino que se determinan por factores coyunturales o genéricos, por datos frecuentemente accidentales y mutables: el hecho de adquirir el mismo producto, de habitar la misma región, de vivir bajo determinadas condiciones socioeconómicas, etc.”¹⁹ A través de estas acciones se tutelan los intereses relativos a la protección del consumidor, a la defensa del medio ambiente, a la preservación del patrimonio artístico, histórico y cultural, etc. “Si bien, la legitimación para el ejercicio de este tipo de acciones puede otorgarse a órganos del Estado, a asociaciones de particulares y aún a personas individuales (como ocurre con las **relator actions** en Gran Bretaña, o las **class actions** en los Estados Unidos), la sentencia que dicte el juzgador beneficia o perjudica, por regla, a todos los miembros del grupo que no hayan sido excluidos del juicio de manera expresa.”²⁰

¹⁸ Colegio de Profesores de Derecho Procesal. Op. cit. p. 263.

¹⁹ MILLÁN, Robert. El Procedimiento Civil y sus Informes. 3ª edición, Editorial Depalma, Argentina, 2000. p. 371.

²⁰ Ibidem. p. 372.

De este punto de vista, se suelen distinguir tantas clases de acciones como ramas en las que se divide el derecho sustantivo o material. En este sentido, se habla de acciones civiles, mercantiles, laborales, penales, de amparo, etc. Es obvio que esta no es una clasificación procesal sino sustantiva de las acciones.

Dentro de este criterio tradicional se hacen subdivisiones de cada una de estas acciones. Así, por ejemplo, las acciones civiles se clasifican en reales, personales o mixtas, según que el actor pretenda la tutela de un derecho real, personal o que participe de las dos clases. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal distingue entre acciones reales, personales y del estado civil (artículos 3, 25 y 24, respectivamente).

Entre otras acciones reales, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal regula las llamadas acciones reivindicatoria y plenaria de posesión (o **publiciana**), por medio de las cuales el propietario o el adquirente con justo título y de buena fe pueden reclamar la restitución del bien del cual es propietario o adquirente, respectivamente (artículos 4 y 9); la acción **confesoria**, para reclamar la constitución de una servidumbre (artículo 11) y la negatoria, para solicitar la declaración de libertad o de reducción de gravámenes (artículo 10). El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal también regula los llamados interdictos, que son “acciones posesorias de retener y recuperar la posesión o de defenderse de una obra nueva o ruinosa.”

Finalmente, diremos que las providencias precautorias o cautelares constituyen medios tendientes a asegurar la eficacia del derecho de quien fundamentalmente teme que su deudor enajene, oculte o dilapide los bienes de su propiedad, provocando su insolvencia, o bien, se ausente del lugar del juicio sin dejar representante suficientemente instruido y expensado, haciendo inútil e ineficaz la sentencia que eventualmente le condene al cumplimiento de una obligación.

Para el primero de los supuestos antes mencionados, la ley contempla el embargo precautorio que si se tramita antes el juicio, se concederá sin audiencia de parte mediante la constitución de una garantía que el promovente deberá exhibir ante el Juez para responder de los daños y perjuicios que cause a la contraparte si no promueve el juicio en el lapso perentorio establecido en la ley o bien, si no obtiene en él sentencia favorable.

Si la providencia se solicita ya iniciado el procedimiento, su trámite se realiza como incidente y el afectado puede liberarlo o bien, evitarlo si constituye garantía de cumplimiento o bien acredita tener bienes suficientes para responder de las resultas del juicio.

“Las providencias precautorias son medidas preventivas de seguridad que se conceden al acreedor para que pueda hacer valer en juicio sus derechos y la necesidad de la medida consiste en que haya temor de que se oculten o dilapiden los bienes sobre los cuales va a ejercitarse una acción real o cuando tratándose de acción personal, el deudor no tuviere otros bienes que aquellos cuyo embargo se solicita, debiendo demostrarse el derecho y la necesidad de que se conceda.”²¹

El arraigo consiste en asegurar al actor las resultas del juicio previniendo al demandado para que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, suficientemente instruido y expensado para responder de las resultas de aquél.

Para Carlos Arellano, “las providencias precautorias están constituidas por todo un cúmulo de actos procesales; la solicitud del interesado, las probanzas ofrecidas, el otorgamiento de la garantía, la resolución y la ejecución de la medida para finalizar con la posterior oportunidad de defensa del afectado.”²²

²¹ CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor. Derecho Procesal Mercantil. 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001. p. 158.

²² *Ibidem*. p. 159.

Antes de pasar al estudio de las providencias precautorias a que nos hemos referido establecidas en el Código de Comercio, inicialmente mencionaremos los aspectos generales aplicables a las mismas, siguientes:

Las únicas providencias precautorias que establece el Código son el arraigo y el secuestro provisional y podrán decretarse en contra del deudor, sus tutores, socios o administradores:

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

Quien solicite la medida, deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar su necesidad, mediante documentos o testigos idóneos que deberán ser por lo menos tres.

Ni para recibir información ni para dictar una providencia precautoria se citará a la persona contra quien se solicite.

Quien pida la providencia es responsable de los daños y perjuicios que cause, por lo cual, deberá otorgar fianza ante el tribunal que la decrete.

Si la providencia precautoria se autoriza antes de iniciado el juicio, la demanda deberá entablarse dentro de los tres días si el juicio debiera seguirse en el lugar en el que se dictó, y si fuera en otro, el Juez aumentará los días que resulten de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1075, aumentándose un día más por cada doscientos kilómetros o fracción que exceda de cien.

Si no se entabla la demanda en el plazo establecido, se revocará de oficio la medida, aunque no lo pida el demandado.

La persona contra quien se haya dictado una providencia precautoria podrá reclamarla en cualquier tiempo, hasta antes de la sentencia ejecutoriada, para cuyo efecto se le notificará la providencia en caso de no haberse ejecutado con su persona o su representante legítimo.

De la misma manera podrá reclamar la providencia el tercero cuyos bienes hayan sido objeto de secuestro, de conformidad con lo siguiente:

- a) “Deberá formularse escrito de demanda en el que se ofrezcan las pruebas, del cual correrá traslado el Juez al promovente de la providencia, y en su caso al deudor para que dentro del término de cinco días contesten, ofreciendo las pruebas que tuvieren.
- b) Admitidas las pruebas, el Juez señalará fecha para su desahogo; los alegatos correspondientes y la emisión de la resolución, dentro de los quince días siguientes.”²³

Si se interpone recurso de apelación, se admitirá en efecto devolutivo y si la sentencia levanta la providencia no se ejecutará sin previa fianza. Si la providencia es decretada en segunda instancia, no se admitirá recurso alguno.

Si la providencia es decretada por un Juez que no sea el que deba conocer del negocio principal, una vez ejecutada y resuelta la reclamación, si se hubiere formulado, se remitirán al Juez competente las actuaciones para que se agreguen a su expediente.

Las providencias precautorias pueden decretarse tanto como actos perjudiciales, como después de iniciado el juicio.

²³ Ibidem. p. 160.

D. Marco histórico.

El estudio de la evolución histórica de la ejecución en el Derecho Romano presenta un interés especial, por encontrarse bien documentado y por la relación histórica que guarda con nuestro Derecho. “En la época de la Ley de las XII Tablas, el acreedor que había obtenido sentencia favorable y no había sido pagado podía ejercer la **manus injectio**, en la siguiente forma: El actor decía como has sido juzgado o condenado a darme diez mil sextercios, y por dolo malo no me los pagaste, por la misma cosa de los diez mil sextercios juzgados, te pongo la mano (**manus injectio**), y al mismo tiempo así alguna parte de su cuerpo, con lo cual, el magistrado autorizaba al acreedor a llevar a su casa al deudor y encadenarlo.”²⁴

El deudor tenía treinta días para pagar la deuda confesada o juzgada. Transcurrido dicho término, el acreedor podía conducir al deudor ante el Pretor. Si no pagaba ni nadie lo hacía por él, el acreedor lo llevaba a su casa y lo tenía encadenado durante sesenta días más, tras los cuales lo conducía de nuevo, durante tres días de mercado, en presencia del Pretor y proclamaba allí su deuda por si alguien lo rescataba. Si nadie lo hacía, el deudor era adjudicado al acreedor, quien podía venderlo o hacerlo su esclavo y aún matarlo o, si los acreedores eran varios, dividirlo en partes. “En la época de la Ley **Licina Sextia**, propuesta por los tribunos **Licinus y Sextius** en 377 de Roma y votada diez años después, los jueces adjudicaban diariamente listas de deudores que iban a llenar las prisiones privadas de los patricios.”²⁵

En un estadio posterior se admitió la coacción patrimonial, mediante la **pignoris capio**, que no tenía por objeto satisfacer el crédito por la aprehensión de una cosa, sino sencillamente tomar cualquier objeto del deudor como prenda, **pignus**, a fin de constreñirlo a cumplir con su obligación. El acreedor podía apoderarse de la cosa y destruirla, pero no venderla.

²⁴ ZAMORA PIERCE, Jesús. Derecho Procesal Mercantil. 8ª edición, Editorial Cárdenas Editor, México, 2002. p. 3.

²⁵ Ibidem. p. 4.

Después, el Pretor introdujo el sistema de la ***missio in possessionem*** que consistía en la aprehensión de todo el patrimonio del deudor, a fin de obligarlo a cumplir con sus compromisos. “El patrimonio se vendía ficta e íntegramente a un ***bonorum emptor***, quien enajenaba después realmente los bienes y pagaba las deudas. La ***bonorum venditio*** implica un exceso en la ejecución, pues puede tener lugar aún por una deuda pequeña, no presupone la insolvencia del deudor, sino obstinación en no pagar.”²⁶ Representa todavía un medio de coerción de la voluntad, y no la ejecución directa sobre los bienes para satisfacer las deudas. Se consideraba al deudor como difunto.

La ***Lex Julia*** (probablemente capítulo de la ***Lex judiciaria*** de Augusto, del año 737 de Roma) vino a representar otro avance. Gracias a ella, el deudor podía evitar la persecución personal y la infamia de la ***bonorum venditio***, poniendo sus bienes a disposición de sus acreedores: ***bonorum cesio***. Pero estamos todavía ante un procedimiento universal de liquidación de la totalidad del patrimonio del deudor.

“El ***Pignus in causa judicati captum*** representa el último paso de esta evolución. Del ***pignus*** general al especial sobre un bien, no había más que un paso. Y de la ***missio in possessionem*** de todo el patrimonio, a la aprehensión por orden del Pretor de un bien determinado, no hubo más que otro. Y lo que primero fue un medio para constreñir la voluntad del deudor, se convirtió en una prenda a favor del acreedor, con facultad de venderla por orden del magistrado.”²⁷ El paso decisivo estaba dado: la satisfacción de la obligación en especie se hacía en su equivalente en dinero. El ***Pignus in causa judicati captum*** (prenda adquirida en virtud de sentencia) fue la institución necesaria para poder convertir en dinero la cosa del deudor, ya que el acreedor no podía exigir la entrega de ésta en propiedad, puesto que no era el objeto de la obligación; y tan sólo podía pedir la transformación de dicha cosa en dinero, para cobrar el equivalente de su crédito

²⁶ BARRERA GRAF, Jorge. Tratado de Derecho Mercantil. 3ª edición, Editoriaal UNAM, México, 2000. p. 201.

²⁷ *Ibidem*. p. 202.

en moneda, rasero común de todos los valores económicos. Para realizar esta transformación y adquirir el dinero producido hasta la concurrencia de su crédito, necesitaba vender la cosa; y este derecho para instar la venta y apropiarse de su producto, no se explica sino concibiendo la existencia de un derecho real de prenda, sobre el precio de la cosa, que el juez reconoce y declara. La ejecución personal se transformó en real; a la persona sucede la cosa. Ahora bien, es indudable que el acreedor puede ejercer sus derechos sobre cualquier bien del deudor. De ahí que éstos constituyan una garantía latente para los acreedores, y el conjunto de ellos, que se llama patrimonio, forme la garantía prendaria común para todos los acreedores.

Las invasiones germánicas vinieron a destruir el resultado de esta lenta evolución. Durante la edad media se reconoció de nuevo la prisión y la esclavitud por deudas, e incluso el derecho del acreedor de matar a su deudor. Las cárceles privadas, que el Derecho Romano había hecho desaparecer, surgieron de nuevo. Después del año 1000, a medida que el Derecho Romano adquirió de nuevo autoridad y prestigio, principió a actuar como fuerza civilizadora en contra de la ejecución personal. Pero la evolución, nuevamente puesta en marcha, había de ser lenta en cumplir su cometido. La Ley IV de las Ordenanzas Reales de Castilla dice: "Si algún hombre por deuda, que deba, fuere metido en prisión, el acreedor mantenga lo fasta nueve días, y no sea tenido de darle más, si no quisiere; pero si el preso más pudiere haver de otra parte háyalo; y si en este plazo pagar no pudiere; ni pudiere haber fiador, sea entregado al acreedor: de guisa que pueda usar de su menester, y oficio: y de lo que ganare debe al acreedor que coma razonablemente: y de lo demás recaudel, y recíbalo en cuenta de su deudor; y si oficio no hoviere, y el acreedor lo quisiere tener manténgalo, y sírvase del."²⁸ La Novísima Recopilación (Ley 12 del título 28, libro XI) previene que si al ejecutar no se encuentran bienes que embargar, ni el deudor da fianzas suficientes debe ser reducido a prisión. Apenas en el siglo XIX desaparece de nuevo en Occidente la prisión por deudas.

²⁸ DE PINA VARA, Rafael. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano. 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1990. p. 267.

La aceptación del principio de que la responsabilidad por deudas es exclusivamente patrimonial, convierte a los bienes del deudor en supuesto necesario de la ejecución. Si el deudor carece de bienes embargables es imposible la satisfacción del crédito por medios ejecutivos.

Respecto a la evolución del proceso mercantil en nuestro País y las medidas de apremio desempeñaron según Rodríguez Rodríguez Joaquín “un papel importantísimo en la creación del Consulado de México en 1581, o más probablemente en 1592, y que las Ordenanzas de los Consulados de Burgos y Sevilla tuvieron aplicación ante el Consulado hasta la formación del de México, aprobado en 1604.”²⁹

“La consumación de la independencia no produjo en México la inmediata abrogación del Derecho Mercantil español y así se continuaron aplicando en territorio mexicano las Ordenanzas de Bilbao de 2 de diciembre de 1737 hasta la expedición del Código de Comercio del 16 de mayo de 1854, que recibió influencia del español de 1829, atribuido al entonces Ministro de Justicia en época de Santa Anna, Teodosio Lares.”³⁰

Inicialmente dicho Código tuvo una vida efímera, ya que solamente estuvo en vigor hasta noviembre de 1865, para dar paso de nuevo a la reaplicación de las Ordenanzas de Bilbao hasta 1866, en que desaparecen en forma definitiva del panorama jurídico mercantil mexicano, y con ello el Derecho español, ya que se restablece la vigencia del Código Lares hasta el año de 1883, en que se federaliza la materia mercantil.

“Siendo ya facultad del Congreso de la Unión, al año siguiente, es decir, 1884, se emite el primer Código de Comercio de carácter federal, en el cual encontramos regulado con amplitud el procedimiento de quiebra; en él se establece la remisión a los códigos procesales locales en caso de lagunas y

²⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil. 12ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000. p. 26.

³⁰ *Ibidem*. p. 27.

siguiendo la vieja práctica de los mercaderes, se contempla por primera vez al procedimiento convencional.”³¹

La existencia de dicho código fue también efímera, ya que el primero de enero de 1890, entró en vigor (con la consiguiente abrogación del anterior) el Código de Comercio, que constituyendo sin duda el más antiguo cuerpo normativo vigente en nuestro país, reguló a partir de esa fecha la totalidad de las instituciones mercantiles tanto sustantivas como adjetivas de la época, hasta que en la década de los años treinta, se inició la especialidad de las diferentes materias que circundan el universo del Derecho Mercantil, mediante la expedición de las distintas leyes especiales, que a partir de la derogación que dicho instrumento sufrió de los preceptos relativos a las materias de índole sustantivo, se dio paso a la expedición de leyes especiales en materias tales como Títulos y Operaciones de Crédito en 1932, Sociedades Mercantiles en 1934, Navegación y Comercio Marítimo 1936, Instituciones de Seguros 1935, Instituciones de Crédito 1941, Cámaras de Comercio y de Industria 1941, Quiebras y Suspensión de Pagos en 1942, Instituciones de Fianzas 1950, Sociedades de Inversión 1955, y así sucesivamente.

Por lo que se refiere a la materia procesal, el Código de Comercio de 1889, reservó en su Libro Quinto a los juicios mercantiles, inspirándose en el Código Procesal del Distrito y del Territorio de Baja California, del 15 de mayo de 1884, al establecer que por tales se tendrán: el ordinario, el Ejecutivo y los especiales que refieran las leyes.

Finalmente, diremos que las medidas cautelares se dan o manifiestan ante el temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho.

³¹ CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho Mercantil. 4ª edición, Editorial Herrero, México, 2002. p. 161.

En cuanto a la posibilidad del daño, el Juez debe examinar si las circunstancias de hecho dan serio motivo para temer el suceso perjudicial; si el caso es urgente y es, por lo tanto, necesario proveer por vía provisional, cuál sea la mejor manera de proveer. Por lo demás, esta condición genérica se determina mejor frente a las distintas medidas preventivas, y respecto a la posibilidad del derecho, la urgencia no permite sino un examen completamente superficial (***summaria cognitio***); pero también respecto a esta condición, son distintos los casos particulares, a veces, la resolución es tomada precisamente porque un derecho se discute entre dos y no es, por lo tanto, necesario decidir a quién corresponde (como en el embargo judicial pendiente un litigio); otras veces, la pertenencia del derecho ha sido ya declarada a fondo y prevalece el examen del primer extremo (como en la ejecución provisional).

CAPÍTULO II

LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Las providencias precautorias, van de la mano en cualquier proceso, con el propósito de obligar a las partes que intervienen en él para que se cumpla con las disposiciones que la autoridad competente establezca y más aún, se de cumplimiento a los principios procesales y de derecho que establecen la ley y la doctrina, como son: la imparcialidad, expedites, gratuidad, de economía procesal y de adecuada impartición de justicia.

Este capítulo no pretende ser un estudio de la totalidad de las medidas cautelares que previene nuestra legislación en todos los planos. En este apartado analizaremos exclusivamente las medidas cautelares o providencias precautorias que tienen el fin de secuestrar bienes, y que por tal característica, podrían ser similares al secuestro de bienes que proponemos.

El análisis contenido en este capítulo constituye pues, un fundamento esencial en el presente trabajo, ya que la referencia de dichas medidas cautelares, contextualiza los secuestros provisionales de bienes antes del comienzo de un juicio ordinario. El Código Federal de Procedimientos Civiles establece una mayor diversidad de medidas cautelares que el Código de Comercio, sin embargo, la legislación mercantil contiene una medida como el arraigo de personas que en términos jurídicos es mucho más severa en calidad, que la cantidad de las contenidas en la legislación civil.

Por lo antes citado y con el propósito de establecer todos y cada uno de los incisos que a continuación pretendemos desarrollar, será oportuno realizar el siguiente despliegue de los puntos subsecuentes.

A. Las providencias precautorias en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

El Código Federal de Procedimientos Civiles, regula lo relacionado a las providencias precautorias en su título cuarto en capítulo único denominado, “Medidas predatorias, de aseguramiento y precautorias”, en sus artículos 379 al 399.

Nuestra legislación Procesal Federal previene en un mismo capítulo tres medidas cautelares: medidas preparatorias, de aseguramiento y precautorias. Las preparatorias contemplan las medidas que se necesitan tomar para precisamente, conformar la base de la acción para el procedimiento que se planea entablar contra el deudor. Las de aseguramiento en realidad deberían ser denominadas en singular ya que en este sentido, nuestro código solamente establece como medida de aseguramiento la facultad de solicitar la mantención de una situación de hecho existente.

Para efectos de nuestro estudio, son las medidas precautorias las que se dirigen a lograr un fin más o menos parecido al que venimos proponiendo, y por ello nos avocaremos a un análisis sobre las mismas: Embargo precautorio de bienes y Depósito o Aseguramiento de cosas.

En el conjunto de las medidas mencionadas, podemos encontrar ya una intención de legislador enfocada a obtener una protección en contra del demandado que se encuentra en posición de dañar la cosa motivo del futuro litigio. Sin embargo, como veremos más adelante, las medidas establecidas en la legislación civil actual, no prevén una protección para el propietario de una cosa que puede ser dilapidada a través de un uso inapropiado.

Nuestro Código Procesal Federal prevé una medida cautelar de carácter personal y otra de carácter real. Cabe señalar que el propio código establece en su artículo 399 que las medidas cautelares contenidas en dicho ordenamiento son las únicas que puede ordenar el Juzgador.

A.1. Embargo precautorio de bienes.

De acuerdo a los artículos 379, 380 y 381 del Código Federal de Procedimientos Civiles, cuando una parte requiera indispensablemente, para entablar una demanda, la inspección de determinadas cosas, documentos, libros o papeles, la autoridad judicial puede decretar su exhibición, previa comprobación del derecho con que se pide la medida y de la necesidad de la misma.

Como una primer medida precautoria, nuestro Código Federal de Procedimientos Civiles establece el embargo precautorio de bienes. Este embargo precautorio, tiene como finalidad impedir que el deudor se ponga a sí mismo en una situación de insolvencia auto inflingida, y como consecuencia, aún cuando el actor obtenga una sentencia favorable en el litigio, le sea imposible ejecutar el cobro de la deuda sobre los bienes del demandado. Ovalle Favela define a este tipo de medidas precautorias, como los actos que tratan de asegurar con anticipación las condiciones necesarias para la ejecución de la eventual sentencia definitiva.

Una característica especial de la presente medida la constituye el señalamiento del artículo 390 del código, mismo que establece que el solicitante de la medida deberá fijar el monto de la próxima demanda al momento de su moción ante el juzgador. En tal virtud, tenemos que tal presupuesto condicionará los términos del otorgamiento de la medida precautoria. El embargo precautorio que en todo caso se otorgue, será hasta por una suma que fijará el juzgador con cabe en el monto del adeudo que el actor reclama o reclamará.

En otras palabras, “el fin puramente homologador o de control judicial que, sobre la legitimidad del título posee la actuación jurisdiccional en esta previa fase

de la ejecución, confiere al auto judicial notas procesales que le otorgan un carácter propio y singular entre las resoluciones judiciales”.¹

En primer término, el auto ejecutivo es una resolución provisionalmente ejecutiva, ya que sólo se decreta sobre la base de que una sentencia futura llamada “de remate”, le otorgue el carácter de definitivo, y por tanto, de cosa juzgada dentro de los límites a que alcance el juicio.

Por ello la resolución judicial se limite estrictamente al examen de la legitimidad del título o documento presentado, en el sentido y alcance ya indicado.

Así, pues, se fundamenta “en vista del título ejecutivo o documentos que con la demanda se hubieren presentado y sólo por lo que de ellos resulte, sin prestar audiencia al demandado. La facultad calificadora es independiente de su interés material”.²

Consecuentemente, los autos favorables, mandado despachar la ejecución o el embargo, son inimpugnables en relación al actor o ejecutante. Si se accede a lo que se solicita, o sea que no exista discrepancia que funde una impugnación, pues lo pedido y lo otorgado son perfectamente congruentes entre sí, no ofreciendo base de protesta o rectificación alguna.

En resumen diríamos que el embargo, es la ocupación de bienes llevadas a cabo por mandato judicial, que a veces es medida precautoria y otras como preventivo, siendo común a toda clase de procedimientos o también es una especie de trámite para hacer efectiva la obligación del deudor fijada en la resolución judicial que la condena y que recibe el nombre de apremiativo, en una u otra clase de embargos, se hace efectivo éste mediante la retención, depósito o intervención del bien.

¹ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. p. 78.

² CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. 3ª edición, Editorial Depalma, Argentina, 2000. p. 489.

La diligencia, operación o acto de embargo, consiste lisa y llanamente en aquella actuación de la comisión ejecutiva por la cual se relacionan o inventarían los bienes embargados, sin olvidar que al practicar dicha diligencia tiene derecho el demandado a señalar bienes de su propiedad para garantizar las prestaciones reclamadas y en caso de negativa este derecho pasa al acreedor para que él haga dicho señalamiento. Los bienes se retienen, bien secuestrándolos directamente o depositándolos en alguna persona o meramente interdictando su libre enajenación por su anotación en el Registro de la Propiedad. La operación plantea dos problemas que son típicos de la misma; bienes que son embargables y bienes que están exceptuados de ello.

Para que una cosa o bien pueda embargarse ha de reunir ciertas condiciones fundamentales: 1° Que la cosa sea del deudor o procesado; 2° Que posea aptitud técnico-jurídica, 3° Que no esté exceptuada.

1° Que pertenezca al procesado: “Se refiere a esta condición la Ley enjuiciamiento criminal al decir que se procederá a embargar los que se repercuten de la pertenencia del procesado. La expresión envuelve un juicio de mérito jurídico que se reputen respecto al poder de dominación del obligado, el cual deberá fundarse en las presunciones posesorias que regulan, prima facie, las relaciones de pertenencia o la investidura jurídica de la propiedad”.³

Por tanto, se embargarán todas las cosas o bienes derechos en definitiva porque las cosas son objeto de tráfico jurídicos por los derechos que sobre ellas se posean. Así, pues, se embargarán todos los derechos susceptibles de ser convertibles en dinero, sobre los cuales el deudor posea algún poder de dominación, como el derecho de propiedad es el más absoluto, es el derecho fundamental, por consiguiente, se embargará cuanto se encuentre bajo el poder o en posesión del mismo, porque es ésta su manifestación externa sensible.

³ BECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003. p. 301.

Tratándose de muebles, la posesión equivale al título, y en los inmuebles tal exteriorización sólo puede ser destruida por el título de inscripción en el Registro a nombre de otro o bien por el juego de la prioridad, en los casos de escrituras públicas. En los que mediaren contratos privados su valoración quedará en último grado sometida a la decisión judicial. Por consiguiente, reputándose propias todas las cosas que una persona posea en el momento del embargo, deberán trabarse todas aquellas que se encontraren en la casa y demás dependencias del procesado. El tercero posee siempre la vía tercera o tercerías de dominio o mejor derecho para lograr que triunfe su derecho interferido por la comisión. Las reglas de esta posesión ofrecerán caracteres singulares y genuinos en cada especie de propiedad o derecho, y a ellos habrá que ajustarse en cada caso que se nos presente.

2° Se considera como aptitud técnico-jurídica “la facultad que poseen las cosas, o mejor los derechos establecidos sobre ellas de poder ser ejecutadas o convertidas en dinero, mediante este procedimiento articulado en la Ley y con él saldar la deuda original”.⁴

3° Así, pues, se excluyen por naturaleza jurídica las cosas o derechos que no sean susceptibles de enajenación o tráfico económico-jurídico, como ocurre con los derechos personalísimos, los públicos subjetivos, los de familia, etc., los estancados o de comercio prohibido. Son inidóneas por su propia naturaleza aquellas cosas que carecen de valor económico éste es tan pequeño que resulta económicamente deficitario.

Podemos interpretar todo lo anterior de esta manera: se determina expresamente que los bienes que se embarguen sean propiedad del demandado, quizá por suponerse que muy bien pueden señalarse bienes que no le pertenezcan, siempre que su propietario sea quien los grave. Pero en todo caso,

⁴ Ibidem. p. 302.

supletoriamente debemos aplicar las normas contenidas en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Los derechos y obligaciones que nacen con el embargo, son múltiples. El actor, tiene derecho a que se rematen los bienes que embargó, por ejemplo, y está obligado a responder de la conservación de los bienes que nombra al depositario bajo su responsabilidad; tiene derecho a nombrar valuador generalmente, y en el caso de que no hubiera postores durante el remate, y mediante ciertos requisitos, tiene derecho a que se le adjudiquen los bienes. Tiene también obligaciones como la de proveer lo necesario para la conservación y mantenimiento del bien, si lo requiere; si embargó rentas o pensiones, tiene la obligación de velar que el depositario rinda cuentas de lo que reciba, etc.

A su vez, el ejecutado tiene derechos como el de nombrar perito valuador en ciertos casos, y las correlativas a las obligaciones del ejecutante; y sus obligaciones son las que resultan correlativas a los derechos de quien le embargó.

A.1.1. Marco Jurídico.

De acuerdo al marco jurídico que nos ofrece el Código Federal de Procedimientos Civiles, sobre el tema que nos ocupa, se puede decir que antes de iniciarse el juicio, o durante su desarrollo, pueden decretarse todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente. Estas medidas se decretarán sin audiencia de la contraparte, y no admitirán recurso alguno. La resolución que niegue la medida es apelable. La parte que tenga interés en que se modifique la situación de hecho existente, deberá proponer su demanda ante la autoridad competente.

Cuando la mantención de los hechos en el estado que guarden, entrañe la suspensión de una obra, de la ejecución de un acto o de la celebración de un contrato, la demanda debe ser propuesta por la parte que solicitó la medida,

dentro del plazo de cinco días, contados a partir de la fecha en que se haya ordenado la suspensión.

El hecho de no interponer la demanda dentro del plazo indicado, deja sin efecto la medida. En todo caso en que la mantención de las cosas en el estado que guarden pueda causar daño o perjuicio a persona distinta de la que solicite la medida, se exigirá previamente, garantía bastante para asegurar su pago, a juicio del tribunal que la decreta.

Sobre el tema que nos ocupa, el artículo 389 en sus dos fracciones establece sobre el marco jurídico del embargo precautorio lo siguiente.

“Artículo 389. Dentro del juicio, o antes de iniciarse éste, pueden decretarse, a solicitud de parte, las siguientes medidas precautorias:

- I. Embargo de bienes suficientes para garantizar el resultado del juicio, y
- II. Depósito o aseguramiento de las cosas, libros, documentos o papeles sobre que verse el pleito”.

En cuanto al fondo, el artículo 389 fracción I del Código Federal de Procedimientos Civiles, establece como medida precautoria el embargo precautoria de bienes.

Por cuanto hace a la forma y el procedimiento, los artículos 390 y 391 del mismo ordenamiento, establecen respectivamente que le solicitante de la medida deberá de fijar el monto de la demanda y en segundo término, garantizar los daños que se pudieran causar al embargado con el embargo.

Del artículo 394 al 399 se establecen los términos en que ha ejecutarse, apelarse o levantarse la medida precautoria una vez otorgada.

A.1.2. Procedimiento.

A pesar de ser una medida contenida en la legislación civil y no en la mercantil, estrictamente hablando, las reglas que sigue el Embargo precautorio de bienes establecido por el Código Federal de Procedimientos Civiles guardan una gran similitud con las que sigue las providencias de embargo precautorio contemplada en el Código de Comercio.

El artículo 390 del Código de Procedimientos aludido establece:

“Artículo 390. La medida a que se refiere la fracción I del artículo anterior, se concederá a solicitud del interesado, quien deberá fijar el importe de la demanda, si aún no se instaura el juicio. La resolución que conceda la medida fijará el importe de la cantidad que deba asegurarse”.

De la redacción del artículo transcrito, se infiere que la medida precautoria consiste en el embargo precautorio de bienes, puede solicitarse antes de entablada la demanda o incluso una vez enderezada la misma. “Esta vertiente sin embargo, no contraviene las características según Piero Calamandrei son esenciales en una medida precautoria”.⁵ En atención a que el Código no hace diferenciación entre el procedimiento a seguir cuando la medida es solicitada antes o después de entablada la demanda, tenemos que los artículos 394 a 399 señalan las formalidades del embargo para ambos casos. Por tal motivo, en los apartados siguientes, haremos un estudio de los puntos prácticos de dicha medida para ambos casos.

A.1.2.1. Acreditación.

Si bien el capítulo único de “Medidas preparatorias, de aseguramiento y precautorias” prevé, mediante el señalamiento de capítulo diverso, la forma en que han de ejecutarse las medidas precautorias que se concedan con base en el

⁵ CALAMANDREI, Piero. Cit. por TELLEZ ULLOA, Marco Antonio. El Enjuiciamiento Mercantil Mexicano. 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998. p. 261.

artículo 389 del propio Código Federal de Procedimientos Civiles, también lo es, que dicho capítulo único no establece específicamente los requisitos que han de ser aplicables para la acreditación que debe de hacer el solicitante de la medida.

El único condicionamiento que hace nuestro código, es el imponer la obligación de presentar una fianza parra garantizar los daños y perjuicios que pudiesen ocasionarse como resultado de la aplicación de la medida.

En este contexto, tenemos que el otorgamiento del embargo como medida precautoria para garantizar una ejecución futura, queda al criterio del Juzgador Lejos de ser una situación contraria a la práctica jurídica, pensamos debería de ser la tendencia natural del derecho mexicano y principalmente el comercial o mercantil.

La gran cantidad de regulaciones que pesan sobre la actividad comercial en nuestro país, no hacen más que dificultar dicha actividad, y lo que es más grave, convierten cualquier disputa entre comerciantes en una pugna de formalidades, plazos y términos que cada vez más, se alejan de proporcionar soluciones prontas y aplicables para el ámbito mercantil. De ahí el increíble avance del arbitraje y la mediación comercial. Basta a nuestro juicio, que la legislación se limite a señalar las medidas contempladas y su forma de ejecución. Dejar espacio para que el Juez realice una verdadera tarea de Juzgador y no únicamente sea una instancia que aplica o no, criterios plasmados previamente por el legislador. Criterios que por su propio carácter general no pueden abarcar la totalidad de las circunstancias especiales de las cambiantes relaciones comerciales.

En este contexto tenemos pues, que el Código Federal de Procedimientos Civiles al no establecer probanzas específicas, o formas de acreditación para probar de forma especial la necesidad de la medida cautelar, debemos de seguir las reglas generales para la prueba contenida en el propio ordenamiento. Tales reglas generales, representan tanto la libertad del solicitante, como la del Juzgador, de en el primer caso, acreditar con las probanzas que tiene a su

alcance y en el segundo de ellos, determinar bajo un criterio jurisdiccional si los elementos probatorias se estiman suficientes para ordenar la medida cautelar que se pide.

De acuerdo a los criterios que impone nuestra legislación en otros rubros, debemos asumir “que el Legislador pretendió dejar en libertad el criterio del Juzgador para decidir sobre los alcances de las probanzas que le presente el solicitante de la medida”.⁶ Como principal ejemplo, tenemos que el Código de Comercio en su capítulo referente a las providencias precautorias, se distingue claramente de la línea seguida en el Código Federal de Procedimientos Civiles al establecer en su artículo 1173 lo siguiente:

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

Con el contenido del artículo señalado, se hace manifiesta la clara diferencia entre la línea seguida por el Código de materia civil y el de materia mercantil. El primero de ellos, se limita señalar las medidas que el Juzgador podrá conceder, mientras que el Código mercantil establece adicionalmente a las providencias que puede otorgar el Juzgador, el tipo de pruebas que deberá de ofrecer el solicitante de la medida para que el Juzgador se encuentre en posibilidades de otorgar la providencia precautoria. “Esta sensible diferencia nos habla de la clara diferenciación que debe de existir para el Juzgador entre las contiendas meramente civiles y las de carácter mercantil. Como hemos venido sosteniendo a lo largo del presente trabajo, el Derecho Mercantil en nuestro país debe de tomar una posición de liderato y vanguardia, estableciendo criterios ejemplares de certidumbre y eficacia procesal que puedan proveer un marco jurídico no solamente eficiente, sino que además, atractivo para la inversión privada y el comercio entre los entes empresariales”.⁷

⁶ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. Op. cit. p. 362.

⁷ MANTILLA MOLINA, Roberto. Derecho Mercantil. 20ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000. p.406.

En el caso particular, al establecer limitativamente las pruebas que puede ofrecer el solicitante, debemos interpretar a nuestro juicio, que el Legislador pretendió dar una certidumbre adicional a la medida, ya que los intereses y los daños que se podrían causar ante una medida precautoria otorgada bajo un criterio indebido, podrían ser la magnitud desproporcionada.

Retomando el punto central del presente apartado, tenemos pues, que de acuerdo al Código Federal de Procedimientos Civiles, la acreditación de la medida cautelar solicitada, puede ser probada mediante cualquier medio probatorio de los que establece el propio ordenamiento, como lo son los señalados por el artículo 93.

“Artículo 93. La ley reconoce como medios de prueba:

- I. La confesión;
- II. Los documentos públicos;
- III. Los documentos privados;
- IV. Los dictámenes periciales;
- V. El reconocimiento o inspección judicial;
- VI. Los testigos;
- VII. Las fotografías, escritos y notas taquigráficas, y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia, y
- VIII. Las presunciones”.

En estos términos, el interesado en la medida cautelar deberá de presentar ante el Juzgador de primera instancia, la solicitud de la medida en términos del Libro Segundo. Título primero, Capítulo I del mismo ordenamiento legal, es decir, con los requisitos previstos para una demanda. En términos de la solicitud planteada por el actor, el Juzgador ordenará recibir las pruebas pertinentes y

otorgará o negará la medida cautelar. El actor debe presentar las pruebas que tenga a su alcance y probar al Juzgador la necesidad de la medida.

De acuerdo al artículo 396 del mismo Código, la resolución que niegue el otorgamiento de la medida será apelable en ambos efectos, y la que la conceda solo será apelable únicamente en efecto devolutivo.

Una vez más, nuestra legislación confirma la importancia que representan las medidas cautelares dentro de nuestro sistema procesal. No se prevé una forma de detener intempestivamente una medida que ha sido otorgada por el Juzgador y garantizada por el solicitante. El hecho de que sea en efecto devolutivo como deba de resolverse la apelación que se interponga en contra de la medida ejecutada, denota la intención del legislador para garantizar una acción eficaz de la justicia, tratando de evitar a toda costa, que la sentencia que eventualmente se obtenga, se vuelva una resolución formal sin posibilidades de ser ejecutada.

A.1.2.2. Ejecución.

Para la ejecución de la medida cautelar otorgada, el propio Código establece en su artículo 394 lo siguiente:

“Artículo 394. Las medidas de que trata el artículo 389, se practicarán, aplicándose, en lo conducente, las disposiciones del Capítulo VI del Título Quinto del Libro Segundo”.

En tal virtud, tenemos que las regulaciones aplicables a la ejecución del embargo precautorio previamente concedido, son las concernientes al Título Quinto: Ejecución.

Antes de entrar al análisis de los lineamientos, debemos señalar dos particularidades en el caso concreto: el monto autorizado para embargo, y la garantía que deberá otorgarse derivada de los posibles daños que se puedan

causar al embargado con la aplicación de la medida en caso de que no prospera la acción del actor y solicitante de la misma. Tal posibilidad se deriva de que al otorgar o negar la medida cautelar, el Juzgador no decide sobre el fondo del asunto, es decir, no entra al estudio de la legalidad o procedencia de la acción que el actor presuntamente ejercerá en contra del deudor.

Dicha determinación le concede a la ejecución de la medida un carácter muy especial, ya que se debe de prever y lo que es más importante, garantizar los posibles daños que se pudieren causar. “Esta previsión es propia de un espíritu legislativo que valora la falta de intervención de la contraparte, protegiendo una posible afectación que a la postre resulte en un daño, debido a la falta de presentación de la demanda correspondiente, o en el caso de que se haya otorgado ya iniciado el procedimiento, un fallo contrario a las pretensiones del actor”.⁸

Esta garantía mencionada consiste en el otorgamiento de una fianza, misma que deberá ser fijada por el Juzgador una vez que se haya concedido la medida. Esta garantía será un presupuesto necesario para poder ejecutar la sentencia, ya que la orden de llevar a cabo dicha diligencia, no será hecha al actuario adscrito al Juzgado hasta el tanto no se haya presentado la garantía que mencionamos.

Debido al carácter de presupuesto necesario que ostenta la fianza requerida por el Juzgador, sin la garantía para proteger los posibles daños y perjuicios que pudieran ocasionársele a la demandada, no se diligenciará la medida cautelar.

En atención a que el Código Federal de Procedimientos Civiles no establece un término específico para la presentación de la fianza por parte del solicitante, una vez que se haya hecho el requerimiento por el Juzgador, y si no se

⁸ TELLEZ ULLOA, Marco Antonio. Op. cit. p. 268.

señala un término determinado, el actor deberá de presentar la garantía en el término de tres días.

Como lo establece el artículo 395 del Código, la medida cautelar consistente en el embargo precautorio se ejecutará sin intervención alguna de la contraparte y sin una notificación previa. El artículo mencionado textualmente establece:

“Artículo 395. Toda medida de las autorizadas por el artículo 389 se decretará sin audiencia de la contraparte, y se ejecutará sin notificación previa”.

De acuerdo a tal ordenamiento, la demandada o presunta demandada, tendrá conocimiento del embargo precautorio el preciso momento en que esta se ejecute. En atención a que el embargo precautorio seguirá los lineamientos del Capítulo VI del Título Quinto, Libro Segundo, dicho conocimiento será en el domicilio del demandado y al momento de ejecutar la diligencia de embargo. Como apunto adicional, cabe señalar que en atención a lo establecido por el artículo 438, la demandada no podrá alegar en la diligencia falta de notificación previa, ni podrá interrumpirse el embargo, sino que el actuario deberá de llevarla hasta su conclusión de una forma prudente.

En falta de notificación previa, constituye una característica esencial para la medida. Es precisamente esta particularidad la que la reviste de eficacia, ya que no se podría concebir una medida que se solicita, justamente para garantizar la futura eficacia de la sentencia definitiva, si la medida por si misma no representara en la práctica, una opción válida para garantizar que el resultado final será ejecutable.

La providencia precautoria pues, no pasa por el proceso de fijación de las litis del asunto, y la oportunidad de la demandada para defender su postura, se traslada el momento en que se ha ejecutado la medida, con la salvedad que la

ejecutada tendrá no solamente litigar el asunto, sino que desea levantar el embargo trabado, deberá de garantizar el monto de la demanda presentada o por presentarse.

“La ejecución de embargo, se fundan en un auténtico derecho de excusión personal que es justo y conveniente, ya que si paga o consigna la cantidad, no hay razón para causarle los gastos y vejaciones de aquella diligencia. Así se ha practicado siempre y lo ordena también la presente ley, determinando la forma en que ha de hacerse dicho requerimiento. En este caso ha de hacerse personalmente el requerimiento de pago, en virtud del mandamiento de ejecución. Para ello, debe constituirse a él actuario, en la casa donde aquél habite; si no fuere hallado en ella, se acreditará por diligencia con expresión de la hora, volviendo a buscarle en su domicilio. La razón de la reiteración de la busca del deudor es evidente; cerciorarse de su presencia y evitar la sorpresa”.⁹

Si fuere hallado, se le requerirá al pago por el actuario, en el acto, el cual podrá pagar sin excusa ni pretexto que pueda enervar o perjudicar a la ejecución. Se trata, pura y simplemente, de cumplir una obligación, ya vencida y líquida o prevenirla.

Si no fuese hallado, se le hará el requerimiento por cédula, en la forma ordinaria que para las notificaciones se ordena en la ley.

Tanto en uno como en otro caso, si no se pagare en el acto, bien lo haga el deudor como si lo verifica un tercero, puesto que el pago puede hacerlo cualquiera, tenga o no interés en la deuda, se procederá al embargo ***ipso facto***.

Verificado en dicho acto, el pago de la deuda principal y costas, se hará constar en los autos por medio de diligencias, dándose recibo por el actuario o secretario. El Juez mandará entregar al actor la suma satisfecha y se dará por terminado el juicio.

⁹ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Mercantil. Op. cit. p. 132.

Si el deudor consignare la cantidad reclamada, para evitar gastos y molestias del embargo, reservándose el derecho a oponerse a la ejecución, se suspenderá el embargo y la cantidad se depositará en el establecimiento designado para ello.

De lo anterior se desprende y se colige que al momento en que el deudor es requerido de pago y al no hacerlo se ordena que se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda principal más las costas y gastos del juicio, por lo que en la práctica se embargan bienes que basten a garantizar las prestaciones reclamadas.

Debiendo también de tomarse en consideración que por causas imputables a los actuarios o ejecutores del auto de requerimiento o auto de exequendo, al momento de practicar dicho requerimiento y debido a la falta de experiencia, no llevan a cabo en todos sus términos el auto mencionado, y que está ordenado por el juez del conocimiento y que como ya se dijo anteriormente, los títulos ejecutivos llevan aparejada la ejecución, esto trae como consecuencia una lenta aplicación de la justicia que rompe con la rapidez y con el principio de economía procesal de estos juicios, poniendo en peligro los intereses de los particulares.

A.1.2.3. Levantamiento.

Al igual que el código establece de manera limitativa en su artículo 399 las medidas cautelares que podrán otorgarse, no hace lo propio por cuanto hace a las formas en que ha de levantarse la medida, en el caso específico, las formas en que ha de levantarse el embargo precautorio.

Por lo anteriormente mencionado, haremos un breve análisis de los supuestos en que ha de levantarse la medida cautelar consistente en el embargo precautorio de bienes.

La medida en cuestión puede presentarse bajo dos escenarios:

- Antes de ser entablada la demanda.
- Después de entablada la demanda.

En atención a que la medida cautelar existe en función de la demanda principal en la que se decidirá sobre el fondo del asunto, el destino que corran as pretensiones del actor en el procedimiento principal, impactarán a la medida.

La medida cautela consistente en el embargo precautorio de bienes, otorgada antes de la interposición de la demanda, podrá ser levantada bajo la concreción de dos supuestos específicos, excluyendo el mencionado en el párrafo anterior, ya que aquél, aplica para todas las medidas cautelares:

- A) “Por la no interposición de la demanda dentro de los cinco días posteriores a la práctica de la diligencia;
- B) Por la revocación que haga el superior jerárquico al resolver la apelación que admite la medida en el efecto devolutivo;
- C) Por el otorgamiento de una contragarantía suficiente de la presunta demandada, que cubra el monto de la medida que se concedió”.¹⁰

Por cuanto hace a la no interposición de la demanda en los cinco días posteriores a la ejecución del embargo, tenemos que el artículo 284 del mismo Código establece que, dicho término habrá de computarse a partir del día siguiente en que surta sus efectos la notificación de que se trate. Así las cosas, en caso de que, al haber transcurrido los cinco días que marca la ley, el actor no interponga la demanda en contra del ejecutado, quedarán insubsistentes las actuaciones que conformaron la media. La palabra “insubsistente” trae consigo una serie de implicaciones extremadamente trascendentes para la interpretación de las acciones que debe de tomar el Juzgador una vez que se presenta la hipótesis.

¹⁰ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. p. 168.

El Diccionario de la Real Academia Española lo define como:

“Insubsistente. No subsistente. Falta de fundamento o razón”.¹¹

Con la determinación de dejar insubsistente todo lo derivado de la medida otorgada, se abre la puerta entonces, para litigar la garantía presentada. Tal situación sería imposible si el Código estableciera declarar nula la providencia precautoria.

De acuerdo a lo establecido en los ordenamientos aplicables, la medida cautelar que se levanta por algún motivo distinto al otorgamiento de la contragarantía del ejecutado, es decir, la no interposición de la demanda en los cinco días posteriores a la medida o la revocación derivada de la apelación, traería consigo la posibilidad de litigar la ejecución de la garantía otorgada por el actor.

Como lo establece el artículo 391, también se podrá levantar el embargo si la ejecutada, antes o después de ejecutada la medida, otorga una contragarantía suficiente para cubrir igualmente, los posibles daños que el Juzgador haya determinado. En términos del ordenamiento mencionado, la contragarantía deberá ser presentada al Juez, quién de estimarla suficiente, levantará de inmediato el embargo precautorio.

Para el caso de que la medida haya sido otorgada una vez iniciada la demanda, las opciones serán únicamente:

- A) “Por la revocación que haga el superior jerárquico al resolver la apelación que admite la medida en el efecto devolutivo;
- B) Por el otorgamiento de una contragarantía suficiente de la presunta demandada, que cubra el monto de la medida que se concedió”.¹²

De la misma manera, una vez concretado cualquiera de los dos supuestos anteriores, se dejará insubsistente lo que tenga que ver con la medida, que como

¹¹ Diccionario de la Real Academia Española. 4ª edición, Editorial Milenio, México, 2003. p. 125.

¹² CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor. Op. cit. p. 73.

ya vimos, se litigará en cuerda separada a la demanda principal. En esos términos, no tendrá una afectación directa el levantamiento de la medida con el procedimiento principal.

A.2. Depósito o aseguramiento.

Ya hemos dicho que es posible también que el ejecutor y la parte actora se constituyen en un lugar en el que se encuentre el demandado (incluso puede ser un lugar que frecuente), y que pueda llevar consigo bienes que sean suficientes para garantizar el pago condenado, y practicar la diligencia ahí. No es raro que esto suceda, pues no es difícil que el condenado pueda llevar consigo bienes que puedan ser suficientes para garantizar la cantidad que se le está demandando.

El ejecutor levanta un acta de la diligencia, de su desarrollo y de su resultado. Ya descritos los bienes, hace la traba, ya que no es lo mismo el señalamiento de ellos que su embargo. Hemos de hacer notar que, de acuerdo con la clase de bienes que se embarguen, se hará diferente el embargo. Si se trata de bienes muebles, para que el embargo esté perfeccionado es necesaria, además de la identificación del bien (posterior a su señalamiento), la traba formal y el nombramiento de depositario, con su aceptación del cargo y el darle posesión de lo embargado. Si se trata de inmuebles, se requiere el registro del gravamen en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos contra tercero. Si se trata de créditos o de rentas, se requiere notificar el embargo a quien deba pagarlos; lo mismo si lo embargado es salarios o pensiones del Erario.

Continuando con las medidas precautorias. Nos referiremos a otra medida cautelar de carácter real, establecida en nuestro Código Federal de Procedimientos Civiles: el depósito o aseguramiento.

La medida en cuestión, tiene como finalidad, asegurar algunas cosas y documentos sobre los que precisamente, versará el litigio. De la misma forma que el embargo precautorio, se podrá solicitar la medida antes o después de iniciada la demanda.

El depósito o aseguramiento consistirá en retirar la posesión del documento al demandado o presunto demandado, nombrando un depositario. El mismo artículo que establece la medida precautoria, delimita el aseguramiento a cosas como libros, documentos o papeles.

Esta particularidad distingue a la medida de otras providencias, ya que prevé una acción sobre el bien litigioso antes de iniciado el procedimiento. Por lo que toca al presente trabajo, sería en todo caso, la medida cautelar más parecida a la propuesta concreta en la presente tesis: el secuestro del bien que será objeto de un futuro litigio. Sin embargo, la presente medida se distingue de nuestra propuesta de una manera puntual ya que, como textualmente lo establecen los artículos aplicables, la presente medida se refiere al aseguramiento de cosas como libros y documentos, es decir, cosas que pueden ser extraviadas. En el caso de nuestra propuesta, nos referimos a cosas que por su propia naturaleza, no podrían aguantar el paso del tiempo del litigio, sin sufrir un menoscabo determinante debido a la necesidad de recibir el mantenimiento pertinente.

La presente medida pues, pretende evitar el extravío o destrucción de la cosa litigiosa, mientras que la medida que se propone, pretende evitar el menoscabo definitivo de un bien que por su propia naturaleza, requiere de un mantenimiento especializado y constante.

A.2.1. Marco Jurídico.

Al seguir con la temática planteada del tema en exposición y de acuerdo con lo que establece el artículo 389 fracción II se prevé que, dentro del juicio, o antes de iniciarse, puede decretarse a solicitud de parte como medidas precautorias, el depósito o aseguramiento de las cosas, libros, documentos o papeles sobre que verse el pleito.

En otras palabras el Código Federal de Procedimientos Civiles en su artículo 389 fracción II, establece como medida precautoria el aseguramiento o depósito de a cosas como libros, documentos o papeles.

De la misma forma, por cuanto hace a la forma y el procedimiento, los artículos 392 y 393 del mismo ordenamiento, establecen respectivamente que el solicitante de la medida deberá de acreditar el temor fundado de que la demanda o presunta demanda, pueda ocultar, perder o alterar la cosa sobre la que versará el litigio y en segundo término, garantizar los daños que se pudieran causar con la ejecución de la medida.

Del artículo 394 al 399 igualmente, se establecen los términos en que ha ejecutarse, apelarse o levantarse la medida precautoria una vez otorgada, de la siguiente manera.

“Artículo 393. En el caso del artículo anterior el que solicite la medida otorgará previamente garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que con ella se ocasionen, sin que la contraparte pueda otorgar garantía para que se levante la medida o para que no se lleve a cabo para fijar el importe de la garantía de que tratan este artículo y el 391 podrá oír el tribunal, cuando lo estima necesario, el parecer de un perito”.

“Artículo 394. Las medidas de que trata el artículo 389, se practicarán, aplicándose, en lo conducente, las disposiciones del capítulo VI del título quinto del libro segundo”.

“Artículo 395. Toda medida de las autorizadas por el artículo 389 se decretará sin audiencia de la contraparte, y se ejecutará sin notificación previa”.

“Artículo 396. La resolución que niegue la medida es apelable en ambos efectos; la que la conceda, sólo lo es en el devolutivo”.

“**Artículo 397.** Si la medida se decretó antes de iniciarse el juicio, quedará insubsistente si no se interpone la demanda dentro de los cinco días de practicada, y se restituirán las cosas al estado que guardaban antes de dictarse la medida”.

“**Artículo 398.** En el caso del artículo anterior, y en el del último párrafo del 386, la garantía otorgada para obtener la medida no se cancelará sino que perdurará por el tiempo indispensable para la prescripción liberatoria, salvo convenio contrario de las partes”.

“**Artículo 399.** No podrá decretarse diligencia alguna preparatoria, de aseguramiento o precautoria, que no esté autorizada por este título o por disposición especial de la ley”.

En otras palabras, se puede decir que el depósito judicial es una figura jurídica que la ley procesal instituye con carácter general: depósito de los bienes del deudor en general”.

Sin embargo, este depósito singular sólo cabe con referencia a aquellos bienes que no ofrezcan un modo ad hoc de garantía más eficaz y de mejores condiciones económicas. “Así, cuando se trata de dinero, efectos públicos y alhajas, el depósito se constituye en el establecimiento público destinado para estas operaciones. Es, pues, depositario el establecimiento, y en su representación, los órganos o personas encargadas de su gobierno o gerencia. A ellos hay que referirse cuando la ocasión nos obligue a resolver algún caso”.¹³

Si se tratase de créditos, sueldos o pensiones, es depositario singular la persona o funcionario que deba pagarlos y su consignación en la caja de

¹³ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Práctica forense mercantil. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003. p. 772.

depósitos una vez realizados. No cabe, pues, el nombramiento de depositario sino para los semovientes y muebles, como se ha dicho.

Designación del depositario: El depositario se nombra bajo la responsabilidad del acreedor, y si no, lo nombra el ejecutor. Este puede ser el deudor, el acreedor o un tercero. La ley no dice nada con respecto a las dos partes, acreedor y deudor, pero no parece haya dificultad técnica en su designación, cuando ellos mismos lo consientan. Podrá desempeñarlo cualquier persona que tenga capacidad para obligarse.

Obligaciones del depositario: En cuanto a obligaciones, la responsabilidad del depositario, en cuanto a la guarda y conservación de la cosa, se regirá por lo dispuesto para las obligaciones en general. Lo que equivale a imponerle la diligencia que se exprese en el acto de su designación.

La cosa despostada será devuelta con todos sus productos y accesiones.

Evidentemente, si las cosas depositadas requieren algún acto de administración, el depósito en realidad se convierte en esta nueva figura procesal y se regirá por sus disposiciones propias.

Desde nuestro punto de vista creemos que: Una vez aceptado el cargo adquiere, un acusado interés público, ya que tutela intereses ajenos los del acreedor, los mismos del deudor y aún los más difusos de la pública economía. Consecuentemente su actuación es autónoma con la intervención del juzgado. No es un servidor del deudor ni del acreedor. ¿Es gratuito? Teniendo en cuenta las funciones de ese cargo y su analogía con las de administrador de un abintestato, que le reconoce la misma ley, es justo y legal que se le conceda la retribución, este administrador no tiene que gestionar ni intervenir en las ventas a que se refiere, inclusive el mismo deudor o el acreedor puede ser depositario. Esto es lo que se práctica diariamente en el vida judicial y lo aconseja el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto.

A.2.2. Procedimiento.

La medida cautelar en comento, se encuentra regulada en el artículo 392 del Código Federal de Procedimientos Civiles, mismo que establece:

“Artículo 392. La medida de que trata la fracción II del artículo 389, se decretará cuando se demuestre la existencia de un temor fundado o el peligro de que las cosas, libros, documentos o papeles puedan ocultarse, perderse o alterarse”.

En tal virtud, tenemos que para que se otorgue la medida cautelar consistente en el aseguramiento de libros, documentos o papeles sobre los que versará el litigio, el solicitante debe de acreditar la existencia de un temor fundado o del peligro de que la cosa pueda ocultarse, perderse o alterarse.

De igual forma, con el objeto de garantizar los posibles daños que se puedan causar cuando se ejecute la medida, se deberá de otorgar una garantía “suficiente”.

A.2.2.1. Acreditación.

Como lo establece el artículo 392 del Código, el solicitante de la medida debe acreditar dos extremos:

- a) El temor fundado de que la cosa pueda ocultarse, perderse o alterarse,
o
- b) El peligro de que la cosa pueda ocultarse, perderse o alterarse.

La conjunción de los supuestos denota la posibilidad de otorgar la medida con el acreditamiento de cualquiera de ellos. En atención a dicha opción, bastará con que el solicitante de la medida acredite alguno de los dos supuestos mencionados para que el juzgador decrete el aseguramiento.

Esta forma de acreditar la procedencia de la medida precautoria, es un tanto cuanto difícil de demostrar, más sin embargo desde el momento mismo en que el deudor o la parte contraria no comunique o no haga nada por intentar poner de acuerdo para solucionar dicha problemática debe darse lugar a dicha providencia precautoria.

A.2.2.2. Ejecución.

De acuerdo al artículo 393 del Código Federal de Procedimientos Civiles, una vez otorgada la medida al solicitante, este deberá de presentar una garantía suficiente para garantizar los posibles daños que con la ejecución de la misma pudieran causarse.

De la misma forma que para la otra medida establecida en el mismo artículo 389 del Código, dicho ordenamiento señala que la ejecución del aseguramiento de libros, se regirá por los artículos referentes al embargo de bienes, esto es las disposiciones del Capítulo VI del Título Quinto del Libro Segundo del propio Código.

A.2.2.3. Levantamiento.

De la misma forma que sucede con el embargo precautorio de bienes, nuestro código es omiso en señalar los supuestos específicos en que ha de levantarse el aseguramiento de libros y documentos. En tal virtud, separaremos los supuestos en dos grupos a su vez.

Cuando la medida fue otorgada antes de entablar la demanda tenemos que su levantamiento podrá ser provocado por las siguientes causales:

- A) Por la no interposición de la demanda dentro de los cinco días posteriores a la práctica de la diligencia;

B) Por la revocación que haga el superior jerárquico al resolver la apelación que admite la medida en el efecto devolutivo.

Cabe señalar, que a diferencia de la medida expuesta anteriormente, el Código Federal de Procedimientos Civiles no prevé que se pueda obtener el levantamiento de aseguramiento o depósito de libros o documentos mediante la presentación de una contragarantía. Tal determinación deviene precisamente del espíritu que reviste el aseguramiento.

“La medida cautelar consistente en el aseguramiento o depósito, tiene por objeto proteger el bien específico sobre el que versará el litigio. No se trata pues de un litigio que resolverá sobre la procedencia de una acción tendiente al cobro de un adeudo, sino que se refiere a litigios en el que las partes alegarán su mejor derecho sobre algún documento en específico”.¹⁴

Esta característica singular, es la que propiamente limita el levantamiento de la medida mediante una contragarantía, ya que precisamente la intención de la medida es evitar la pérdida o deterioro de tal bien. Por tal motivo si el solicitante le ha acreditado al Juzgador la existencia de un peligro de menoscabo del bien litigioso, no podría el Juzgador sustituir el aseguramiento del bien, bajo una certidumbre acreditada de la existencia de un peligro sobre el bien que sería materia del litigio.

En tales términos, tenemos que las formas previstas para el levantamiento del aseguramiento de documentos, ejecutada antes de interponer la correspondiente demanda, serán justamente la no interposición de la demanda en los cinco días posteriores y la revocación de la medida que haga el superior que resuelva la apelación interpuesta por el ejecutado.

Para el caso de que la medida sea otorgada y ejecutada después de la interposición de la demanda, tenemos que podrá ser levantada únicamente con la

¹⁴ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Op. cit. p. 319.

revocación que hiciere el superior jerárquico al resolver la apelación interpuesta por el ejecutado.

B. Las providencias precautorias en el Código de Comercio.

“Desde su entrada en vigor el día primero de enero de 1980, nuestro Código de Comercio ha sido un instrumento que ha pretendido dar certidumbre y eficacia al ámbito mercantil. Las razones de tener una regulación especial para las actividades comerciales, han sido atendidas con tipos de juicios específicos, definiciones, contratos y por supuesto, medidas cautelares. Todos ellos, con plazos, términos y condiciones que se ajustan de una manera más exacta a las necesidades que reclama la realidad de la actividad empresarial”.¹⁵

Por tales motivos, resultan naturales las diferencias entre las normas que regulan las relaciones estrictamente civiles, y las que rigen a los comerciantes.

Es en el apartado que estudiaremos a continuación, donde precisamente proponemos agregar la providencia precautoria consistente en el secuestro de bienes litigiosos. Actualmente, en el Capítulo XI del Código de Comercio, De las Providencias Precautorias, se establecen de forma limitativa dos providencias:

- (I) El arraigo de personas;
- (II) El embargo precautorio de bienes.

Si bien el artículo que señala las providencias precautorias contiene tres fracciones, también es cierto que tanto la segunda como la tercera, se traducen en un embargo precautorio de bienes para garantizar el cobro futuro.

El Código de Comercio entonces, no prevé medida alguna que permita lograr la conservación de la cosa sobre la que versará, o versa el litigio. Al igual que el Código Federal de Procedimientos civiles, el Código de Comercio establece claramente que el Juzgador únicamente podrá otorgar las medidas en él

¹⁵ CASTRILLÓN Y LUNA, Victor. Op. cit. p. 113.

contenidas de forma específica. En atención a lo anterior, tenemos que las únicas medidas cautelares que puede dictar un Juzgador en un juicio mercantil, son como ya vimos el arraigo de personas y el embargo precautorio de bienes.

Así las cosas, el actor que pretenda recuperar su bien, en posesión del presunto deudor, deberá de intentar la vía ordinaria y acreditar en el juicio correspondiente los extremos de su acción. Todo lo anterior sin tener posibilidad alguna de detener el indebido desgaste y deterioro del bien que pretende recuperar.

B.1. Arraigo de personas.

De acuerdo a la fracción I del artículo 1168 del Código de Comercio, las providencias precautorias, podrán dictarse, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte a la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda.

De igual forma, las providencias establecidas pro el Código de Comercio podrán decretarse, tanto como actos prejudiciales, como después de iniciado el juicio respectivo; en este segundo caso la providencia se sustanciará en incidente por cuerda separada, y conocerá de ella el juez o tribunal que al ser presentada la solicitud esté conociendo del negocio.

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

“La providencia precautoria consistente en el arraigo de personas es una medida encaminada a evitar la ausencia de persona sobre la cual se entablará o

ya se entabló una demanda”.¹⁶ En términos coloquiales podemos decir que el arraigo de personas comprendido en el Código de Comercio pretende evitar que los deudores que son demandados “escapen” a la acción de la justicia.

En este orden de ideas, la medida consistirá en el orden del Juez al demandado, instruyéndolo para que no se ausente del lugar en que se desarrolla o desarrollará el juicio, sin dejar a algún representante con la capacidad suficiente para representarlo en el juicio. Naturalmente la orden del Juez vendrá acompañada del apercibimiento correspondiente a la desobediencia a una orden de autoridad.

Así las cosas, el demandado sobre el que se ejecute una medida cautelar consistente en el arraigo, deberá de abstenerse de abandonar el lugar donde se desarrolla el juicio en su contra sin dejar un representante con las suficientes facultades otorgadas para representarlo en el litigio.

B.1.1. Marco Jurídico.

Es el artículo 1168 del Código de Comercio en que textualmente en su fracción I establece el arraigo de personas como una providencia precautoria:

“Artículo 1168. Las providencias precautorias podrán dictarse:

- I. Cuando hubiere temor de que se ausente ú oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda;

Por su parte, son los artículos del 1169 al 1177, los que establecen las formas y procedimientos en que ha de ejecutarse el arraigo de personas como providencia precautoria para juicios mercantiles. Como veremos más adelante, el Código no hace distinción entre los supuestos para el levantamiento de las providencias precautorias, por lo que en los artículos 1185 al 1189 podemos

¹⁶ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Op. cit. p. 321.

encontrar las condiciones para el levantamiento de cualquier providencia otorgada bajo los términos de la legislación mercantil.

B.1.2. Procedimiento.

Como se señaló, los artículos 1169 al 1177, marcan, el procedimiento a seguir en lo relacionado al arraigo de personas, ya que dichas medidas comprenden no sólo al deudor, sino también a los tutores, socios y administradores de bienes ajenos.

Las providencias precautorias establecidas en el Código de Comercio, podrán decretarse, tanto como actos prejudiciales, como después de iniciado el juicio respectivo; en este segundo caso la providencia se sustanciará en incidente por cuerda separada, y conocerá de ella el juez o tribunal que al ser presentada la solicitud esté conociendo del negocio.

Tampoco, se podrán dictar otras providencias precautorias que aquellas que establezca dicho Código y que exclusivamente consistirán en el arraigo de la persona, en el caso de la fracción I del artículo 1168 y en el secuestro de bienes en los casos de las fracciones II y III del mismo artículo.

En los artículos subsecuentes se plantea y establece a grandes rasgos, lo relacionado a la acreditación de dicha medida, en que consistirá dicha prueba ya sea documental o testimonial.

Asimismo, se establece la forma de proceder del arraigo, es decir, que se hace para que el acreedor cubra la manera legal los posibles daños y perjuicios que se le puedan causar al demandado por tal hecho.

De igual manera en los numerales citados, se prevé lo que sucede cuando se quebrante el arraigo, es decir se dará cumplimiento a lo que establece el

Código Penal al respecto sobre la desobediencia de un mandato legítimo de la autoridad pública.

B.1.2.1. Acreditación.

Sobre la palabra acreditación o acreditar, Rafael de Pina Vera en su Diccionario de Derecho, nos dice que significa: “Abonar una partida en un libro de cuenta. Dar seguridad de que alguna persona o cosa es lo que representa o aparece. Salir fiador de una persona, abonarla. Dar testimonio en documento fehaciente de que una persona tiene facultades para desempeñar comisión, encargo diplomático, oficial, comercial o de cualquier otro género”.¹⁷

En relación al tema que nos ocupa, el artículo 1172 del Código de Comercio, establece que el que pida la providencia precautoria, deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar y sobre todo la necesidad de la medida que solicita.

“En la legislación actual se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda”.¹⁸

El arraigo y la acreditación del mismo, tiene por objeto o fin impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir o continuar el proceso y responder de la sentencia que se dicte. Esto, es más que nada para el deudor, pero, el acreedor, deberá por todos los medios posibles acreditar en todas y cada una de las formas que establece la ley la necesidad imperiosa e irrefutable de que la autoridad competente dicte dicha

¹⁷ DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2002. p.45.

¹⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. T. P-Z. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000. p. 1431.

medida. La acreditación podrá consistir en documentos, públicos o privados o en testigos idóneos que sean por lo menos tres.

B.1.2.2. Ejecución.

“En el derecho romano se obligaba a garantizar mediante fianza a fin de asegurar al actor las resultas del juicio; posteriormente en el derecho justiniano esa fianza fue sustituida por la obligación de prestar caución juratoria de que el demandado cumpliría con la sentencia condenatoria si ese fuera el caso. El Fuero Juzgo, las Leyes de Partida y las de Toro, conservaron el sistema de la fianza, autorizando la pena privativa de la libertad para el deudor insolvente”.¹⁹

En el derecho moderno el arraigo es también una excepción que el demandado puede oponer cuando el actor es extranjero o transeúnte y consiste en obligar a este último a garantizar las resultas objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte.

En el derecho mexicano puede solicitarse no sólo contra el deudor, sino también contra los tutores, albaceas, socios y administradores de bienes ajenos.

Podrá, asimismo, solicitarse como acto prejudicial, al tiempo de entablarse la demanda o después de iniciado el juicio. En el primer caso, además de acreditar el derecho que tiene el solicitante para gestionarlo y la necesidad de la medida que solicita, deberá dar una fianza suficiente a satisfacción del juez para responder de los daños y perjuicios que se causen si no se entabla la demanda; en el segundo, bastará la petición del actor para que haga la notificación correspondiente y la providencia consistirá en prevenir al demandado para que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, instruido y expresado, para responder a las resultas del juicio; en el tercer caso, se

¹⁹ Ibidem. p. 1432.

substanciará en incidente por cuerda separada, en el cual el peticionario deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida. “En materia laboral el arraigo no procede cuando la persona contra quien se pide sea propietaria de una empresa establecida; quien quebrante el arraigo en los términos, será castigado con la pena que señala el Código Penal al delito de desobediencia a un mandato legítimo de la autoridad pública, quedando sujeto a las medidas de apremio que el juez dicte para obligarlo a regresar al lugar del juicio”.²⁰

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

En el caso del artículo anterior, 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.

B.1.2.3. Levantamiento.

El levantamiento del arraigo debe darse o proceder cuando: No se acredite el derecho que tiene para gestionar dicha medida es decir no haya pruebas suficientes o los testigos no sean los idóneos para tal situación. De manera natural o legal cuando la persona arraigada cumpla con la obligación o con aquello a que se comprometió.

Si la petición de arraigo se presenta antes de entablar la demanda, además de la prueba que exige el artículo 1172, el actor deberá dar una fianza, a

²⁰ Ibidem. p. 1433.

satisfacción del juez, de responder de los daños y perjuicios que se sigan si no entabla la demanda.

El que quebrantare el arraigo será castigado con la pena que señala el Código Penal respectivo al delito de desobediencia a un mandato legítimo de la autoridad pública, sin perjuicio de ser compelido por los medios de apremio que correspondan a volver al lugar del juicio. En todo caso se seguirá éste, según su naturaleza, conforme a las reglas comunes,

En materia federal, la disposición del artículo 133-Bis es más escueta, en cuanto dispone, en términos genéricos, que cuando con motivo de una averiguación previa, el Ministerio Público, estime necesario el arraigo, solicitará dicha medida al juez respectivo, el cual, oyendo al presunto responsable, ordenará el arraigo con vigilancia a cargo del Ministerio Público y de sus auxiliares.

El arraigo en la esfera federal se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación no pudiendo exceder de treinta días prorrogables por igual plazo a petición del Ministerio Público. El juez resolverá escuchando al propio Ministerio Público y al arraigado sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.

B.2. Embargo Precautorio de Bienes.

Hemos visto que, de conformidad con el artículo 1392 del Código de Comercio, el deudor es requerido de pago. Ante el requerimiento el deudor puede adoptar una de dos actitudes:

- a) Realizar el pago;
- b) Abstenerse de verificar el pago.

En el supuesto de que el deudor realice el pago, en el momento de la diligencia no se originarán las costas del inicio, tal y como lo ha determinado la

Suprema Corte de Justicia de la Nación en la ejecutoria que a continuación transcribimos:

“Costas, Condena en, Juicio Ejecutivo Mercantil.

Conforme al texto de los artículos 1392 y 1396 del Código de Comercio, pude apreciarse que es presupuesto de la condenación al pago de las costas no sólo el hecho de que se haya realizado el embargo al deudor, sino que también se haya practicado el emplazamiento. Luego, apareciendo de autos que el demandado pagó la suerte principal, haciéndose el propio demandado sabedor del libelo antes de emplazamiento, debe admitirse que la condena en costas es improcedente”.²¹

Si el deudor no realiza el pago, se le embargarán bienes suficientes para cubrir la deuda y las costas, tal y como lo previene el artículo 1392 del Código de Comercio.

Una tercera hipótesis se produce cuando el deudor no es localizado por el Actuario en la primera busca, caso en el cual se le deja citatorio, fijándose día y hora para que aturde al emplazamiento. Si el deudor no aguarda al emplazamiento, tal y como lo prevé el artículo 1393 del Código de Comercio, se procederá practicarse el embargo con cualquiera persona que se encuentre en la casa o con el vecino más inmediato.

B.2.1. Marco Jurídico.

El embargo está regulado en el Código de Comercio, respecto del juicio ejecutivo mercantil, por los artículos 1394 y 1395:

“**Artículo 1394.** La diligencia de embargo se iniciará con el requerimiento de pago al deudor, su representante o la persona con que se entienda, de las

²¹ Seminario Judicial de la Federación. Vol. II. Tomo CXXVIII. 2ª Sala. Marzo-Abril. 9ª época, México, 2000. p. 10.

indicadas en el artículo anterior, de no hacerse el pago, se requerirá al demandado, su representante o la persona con la que se entienda la diligencia, para que señale bienes suficientes para garantizar las prestaciones reclamadas, apercibiéndolo de que de no hacerlo, el derecho para señalar bienes pasará al actor. A continuación se emplazará al demandado”.

“En todos los casos se le entregará a dicho demandado cédula en la que se contenga la orden de embargo decretada en su contra, dejándole copia de la diligencia practicada, corriéndole traslado con la copia de la demanda, de los documentos base de la acción y demás que se ordenada por el artículo 1061”.

“La diligencia de embargo no se suspenderá por ningún motivo, si no que se llevará adelante hasta su conclusión, dejando al deudor sus derechos a salvo para que los haga valer como le convenga durante el juicio”.

“El juez, en ningún caso, suspenderá su jurisdicción para dejar de resolver todo lo concerniente al embargo, su inscripción en el Registro Público que corresponda, desembargo, rendición de cuentas por el depositario respecto de los gastos de administración de las demás medidas urgentes, provisionales o no, relativas a los actos anteriores”.

“Artículo 1395. En el embargo de bienes se seguirá este 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 la allanará, prefiriendo lo que prudentemente crea más realizable, a reserva de lo que determine el juez.

Tratándose de embargo de inmuebles, a petición de la parte actora, el juez requerirá que la demandada exhiba el o los contratos celebrados con anterioridad que impliquen la transmisión del uso o de la posesión de los mismos a terceros. Sólo se aceptarán contratos que cumplan con todos los requisitos legales y administrativos aplicables. (D.O.F. 13-Jun-2003)

Una vez trabado el embargo, el ejecutado no puede alterar en forma alguna el bien embargado, ni celebrar contratos que impliquen el uso del mismo, sin previa autorización del juez, quien al decidir deberá recabar la opinión del ejecutante. Registrado que sea el embargo, toda transmisión de derechos respecto de los bienes sobre los que se haya trabado no altera de manera alguna la situación jurídica de los mismos en relación con el derecho que, en su caso corresponda al embargante de obtener el pago de su crédito con el producto del remate de esos bienes, derecho que se surtirá en contra de tercero con la misma amplitud y en los mismos términos que se surtiría en contra del embargado, si no hubiese operado la transmisión. (D.O.F. 13-Jun-2003)

Cometerá el delito de desobediencia el ejecutado que transmita el uso de bien embargado sin previa autorización judicial”.

Con respecto a los dos preceptos reproducidos, formulamos los siguientes comentarios:

- a) No se expresa en los preceptos transcritos qué funcionario ha de tener intervención en la práctica de la diligencia de embargo. Sobre este particular, dado que es una diligencia que se realiza fuera del local del Juzgado, en el domicilio del deudor, le corresponde al Secretario Actuario la tarea de llevar a cabo la diligencia, según o que determina el artículo 61, fracciones II, III y IV, de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal;

“Los Secretarios Actuarios estarán adscritos a cada Juzgado y tendrán las obligaciones siguientes:

“II. Recibir del Secretario de Acuerdos los expedientes de notificaciones o diligencias que deban llevarse a cabo fuera de la oficina del propio juzgado, firmando en el libro respectivo”;

“III. Hacer las notificaciones y practicar las diligencias decretadas por los jueces, bajo la responsabilidad de la fe pública que les corresponda y dentro de las horas hábiles del día, entendiéndose por éstas las que midan desde las siete hasta las diecinueve horas, devolviendo los expedientes dentro de las veinticuatro horas siguientes, previas las anotaciones en el libro respectivo”, y

“IV. En caso de existir imposibilidad para practicar las diligencias ordenadas, deberá asentar razón de ello y devolver las actuaciones dentro de las veinticuatro horas siguientes”.

- b) Se expresa claramente en los dispositivos transcritos quién y en qué orden tiene derecho a designar los bienes sobre los cuales se trabará el embargo. Esto es, primero el deudor apercibido de que para el caso de no hacerlo, dicho derecho pasará al actor.

B.2.2. Procedimiento.

Una vez que nos hemos referido a los títulos ejecutivos, nos ocuparemos del procedimiento, señalando al efecto que el mismo inicia con la demanda, a la que como hemos dicho, deberá acompañarse no solamente el título ejecutivo, sino la totalidad de las pruebas con que cuente el actor, las cuales deberán relacionarse con los puntos controvertidos, además de que deberá proporcionarse el nombre, apellidos y domicilios de los testigos y peritos, así como la clase de pericial de que se trate, exhibiendo el cuestionario respectivo, y expresando además las razones por las que con las mismas se acreditan las afirmaciones del oferente.

Lo anterior se destaca en atención a que si no se exhiben las pruebas en el momento y forma señalados, no serán admitidas con posterioridad, salvo el caso de las relativas a excepciones supervenientes.

Una vez presentada la demanda por el actor, el juez deberá llevar a cabo el examen del documento que se acompañe como título base de la acción, y si encuentra que el mismo constituye un título ejecutivo, de los que enumera el artículo 1391, del Código de Comercio y que asimismo satisface los requisitos de liquidez, y exigibilidad, admitirá la demanda, emitiendo al efecto un auto de **exequendo**, con efectos de mandamiento en forma, ordenando al ejecutor que proceda a requerir de pago al deudor y no haciéndolo, se embarguen al mismo bienes suficientes para cubrir la deuda y los gastos y costas, mismos que se pondrán en depósito bajo la responsabilidad del actor, en favor de la persona que éste designe.

“El carácter ejecutivo del título es presupuesto indispensable de la procedencia de la vía ejecutiva, en consecuencia, presentada por el actor su demanda, el juez de oficio y sin audiencia del demandado deberá proceder a examinar el título a fin de determinar si reúne las características de certeza, liquidez y exigibilidad y si del examen del título el juez concluye que tiene carácter ejecutivo, dictará auto de embargo o de ejecución para que el deudor sea requerido de pago, y de no hacerlo, se embarguen sus bienes”.²²

Si presentándose el actor en compañía del ejecutor en el domicilio del deudor, éste no es encontrado, el funcionario del juzgado deberá, cerciorado de ser su domicilio, dejarle citatorio, a efecto de que entre las seis y setenta y dos horas posteriores, en una hora hábil se encuentre presente para atender la práctica de la diligencia correspondiente, y si el deudor no aguarda, la misma se entenderá con sus parientes, empleados o domésticos, o bien, con cualquier persona que viva en el domicilio, y procederá al embargo de bienes, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley procesal local.

²² OBREGÓN HEREDIA, José. Enjuiciamiento Mercantil. 3ª edición, Editorial Obregón, México, 2001. p. 250.

La diligencia de embargo se lleva a cabo de acuerdo con las siguientes reglas:

Inicialmente, se realiza el requerimiento de pago al deudor, su representante o la persona con quien se entienda la diligencia, a efecto de que verifique el pago.

De no realizar el pago la persona requerida, es conminada a señalar bienes para su embargo, que sean suficientes para garantizar el pago de las prestaciones reclamadas y de no hacerlo, dicho derecho pasará a la parte actora, trabándose así el embargo y poniéndose los bienes en depósito, como se ha dicho.

A continuación, se llevará a cabo el emplazamiento al demandado, debiéndose entregar al mismo, cédula que contenga la orden de embargo decretada en su contra, así como copia de la demanda y documentos base de la acción y de la diligencia que al efecto se levante.

La diligencia de embargo no se suspenderá por causa alguna y el juez deberá resolver todo lo concerniente al embargo, su inscripción ante el Registro Público, desembargo, rendición de cuentas, y demás medidas provisionales o urgentes.

Se embargarán los bienes de acuerdo con el siguiente orden; mercancías, créditos de fácil y pronto cobro, muebles del deudor, inmuebles, acciones y derechos.

Correspondiendo el derecho al actor para nombrar depositario, el mismo puede designar a un tercero para que desempeñe tal cargo, o bien elegir que el propio deudor mantenga la posesión de sus bienes con tal carácter, pero no podrá ya disponer de ellos, porque incurriría en el delito de abuso de confianza.

“El embargo no priva al ejecutado de la propiedad sobre sus bienes, el ejecutante adquiere únicamente el derecho de exigir la venta de los bienes embargados para, con el precio, pagarse su crédito. El ejecutado conserva el dominio hasta el momento en que el bien sea rematado o adjudicado”.

B.2.2.1. Acreditación.

En relación a la acreditación, como sabemos, el procedimiento ejecutivo, tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución.

De acuerdo con el artículo 1391 del Código de Comercio, se dice que traen aparejada ejecución:

I. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1346, observándose lo dispuesto en el 1348; II. Los instrumentos públicos, así como los testimonios y copias certificadas que de los mismos expidan los fedatarios públicos; III. La confesión judicial del deudor, según el artículo 1288; IV. Los títulos de crédito; V. Las pólizas de seguros conforme a la ley de la materia; VI. La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro, observándose lo prescrito en la ley de la materia; VII. Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor. VIII. Los demás documentos que por disposición de la ley tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución.

Lo anterior está estrictamente seleccionado con el artículo 1061 del Código de Comercio donde se que al primer escrito se acompañará de lo siguiente.

I. El poder que acredite la personalidad del que comparece en nombre de otro; II. El documento o documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente en juicio en el caso de tener representación legal de alguna persona o corporación o cuando el derecho que reclame provenga de habersele transmitido

por otra persona; III. Los documentos en que el actor funde su acción y aquellos en que el demandado funde sus excepciones. Si se tratare del actor, y carezca de algún documento, deberá acreditar en su demanda haber solicitado su expedición con la copia simple sellada por el archivo, protocolo, dependencia o lugar en que se encuentren los originales, para que, a su costa, se les expida certificación de ellos, en la forma que prevenga la ley. Si se tratare de demandado deberá acreditar la solicitud de expedición del documento de que carezca, para lo cual la copia simple sellada por el archivo, protocolo o dependencia, deberá exhibirla con la contestación o dentro de los tres días siguientes al de vencimiento del término para contestar la demanda.

Se entiende que las partes tienen a su disposición los documentos, siempre que legalmente puedan pedir copia autorizada de los originales y exista obligación de expedírselos. Si las partes no tuvieren a su disposición o por cualquier otra causa no pudiesen presentar los documentos en que funden sus acciones o excepciones, lo declararán al juez, bajo protesta de decir verdad, el motivo por el que no pueden presentarlos. En vista a dicha manifestación, el juez, ordenará al responsable de la expedición que el documento se expida a costa del interesado, apercibiéndolo con la imposición de alguna de las medidas de paremio que autoriza la ley.

Salvo disposición legal en contrario o que se trate de pruebas supervenientes, de no cumplirse por las partes con alguno de los requisitos anteriores, no se le recibirán las pruebas documentales que no obren en su poder al presentar la demanda o contestación como tampoco si en esos escritos no se dejan de identificar las documentales, para el efecto de que oportunamente se exijan por el tribunal y sean recibidas; IV. Además de lo señalado en la fracción III, con la demanda y contestación se acompañarán todos los documentos que las partes tengan en su poder y que deban de servir como pruebas de su parte; y, los que prestaren después, con violación de este precepto, no le serán admitidos, salvo que se trate de pruebas supervenientes, y; V. Copia simple o fotostática siempre que sean legibles a simple vista, tanto del escrito de demanda como de

los demás documentos referidos, incluyendo la dé los que se exhiban como prueba según los párrafos precedentes para correr traslado a la contraria.

Lo dispuesto en la fracción anterior, se observará también respecto de los escritos en que se oponga la excepción de compensación o se promueva reconvencción o algún incidente.

Como podemos ver, con lo anterior se acredita la procedencia para iniciar el juicio ejecutivo mercantil con los documentos base de la acción.

B.2.2.2. Ejecución.

Como lo señalamos en su momento, la diligencia de embargo se inicia con el requerimiento de pago al deudor, su representante o la persona con la que se entienda, de las indicadas en el artículo anterior; de no hacerse el pago, se requerirá al demandado, su representante o la persona con quien se entiende la diligencia, para que señale bienes suficientes para garantizar las prestaciones reclamadas, apercibiéndolo que de no hacerlo, el derecho para señalar bienes pasará al actor. A continuación se emplazará al demandado.

En todos los casos se le entregará a dicho demandado cédula en la que se contengan la orden de embargo decretada en su contra, dejándole copia de la diligencia practicada, corriéndole traslado con la copia de demanda, de los documentos base de la acción y demás que se ordenan por el artículo 1061 del Código de Comercio.

La diligencia de embargo no se suspenderá por ningún motivo, sino que se llevará adelante hasta su conclusión, dejando al deudor sus derechos a salvo para que los haga valer como le convenga durante el juicio.

El juez, en ningún caso, suspenderá su jurisdicción para dejar de resolver todo lo concerniente al embargo, su inscripción en el Registro Público que

corresponda, desembargo, rendición de cuentas por el depositario respecto de los gastos de administración y de las demás medidas urgentes, provisionales o no, relativas a los actos anteriores.

Sobre lo relacionado al embargo de bienes el orden a seguir, será el siguiente.

- 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 al demandado.

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

Tratándose de embargo de Inmuebles, a petición de la parte actora, el juez requerirá que la demandada exhiba el o los contratos celebrados con anterioridad que impliquen la transmisión del uso o de la posesión de los mismos a terceros. Sólo se aceptarán contratos que cumplan con todos los requisitos legales y administrativos aplicables.

Una vez trabado el embargo, el ejecutado no puede alterar en forma alguna el bien embargado, ni celebrar contratos que impliquen el uso del mismo, sin previa autorización del juez, quien al decidir deberá recabar la opinión del ejecutante. Registrado que se el embargo, toda transmisión de derechos respecto de los bienes sobre los que se haya trabado no altera de manera alguna la situación jurídica de los mismos en relación con el derecho que, en su caso corresponda al embargante de obtener el pago de su crédito con el producto del remate de esos bienes, derecho que se surtirá en contra de tercero con la misma

amplitud y en los mismos términos que se surtiría en contra el embargado, si no hubiese operado la transmisión.

Cometerá el delito de desobediencia el ejecutado que transmita el uso del bien embargado sin previa autorización judicial.

B.2.2.3. Levantamiento.

Hecho el embargo, se notificará al deudor, o a la persona con quien se haya practicado la diligencia para que dentro del término de cinco días comparezca el deudor ante el juzgado a hacer paga llena de la cantidad demandada y las costas, o a oponer las excepciones que tuviere para ello.

Solo, se puede levantar el embargo, entendiéndose por levantar, eliminar o que no se lleve a cabo, cuando de común acuerdo el acreedor acepta, que en ese acto el deudor cubra su adeudo, o exhiba que ha hecho el pago en el juzgado respectivo.

Contra cualquier otro documento mercantil que traiga aparejada ejecución, son admisibles las siguientes excepciones:

I. Falsedad del título o del contrato contenido en él; II. Fuerza o miedo; III. Prescripción o caducidad del título; IV. Falta de personalidad en el ejecutante, o del reconocimiento de la firma del ejecutado, en los casos en que ese reconocimiento es necesario; V. incompetencia del juez; VI. Pago o compensación; VII. Remisión o quita; VIII. Oferta de no cobrar o espera; IX. Novación de contrato.

Las excepciones comprendidas desde la fracción IV a la IX sólo serán admisibles en juicio ejecutivo, si se fundaren en prueba documental.

En los juicios ejecutivos los incidentes no suspenderán el procedimiento y se tramitarán cualquiera que sea su naturaleza con un escrito de cada parte y

contándose con tres días para dictar resolución. Si se promueve prueba deberá ofrecerse en los escritos respectivos, fijando los puntos sobre los que verse, y se citará para audiencia indiferible dentro del término de ocho días, en que se reciba, se oigan brevemente las alegaciones, y en la misma se dicte la resolución correspondiente que debe notificarse a las partes en el acto, o a más tardar el día siguiente.

Si el deudor se allanare a la demanda y solicitare término de gracia para el pago de lo reclamado, el juez dará vista al actor para que, dentro de tres días manifieste lo que a su derecho convenga, debiendo el juez resolver de acuerdo a tales proposiciones de las partes.

Concluido el término de prueba, se pasará al periodo de alegatos, el que será de dos días comunes para las partes.

En este orden de ideas, podemos señalar con claridad que nuestra legislación mercantil establece una serie de providencias precautorias y medidas cautelares, que ciertamente se traducen en determinaciones del Juzgador encaminadas a preservar las condiciones ideales o mínimas indispensables para que una eventual sentencia definitiva sea plenamente efectiva. Así las cosas, resulta válido argumentar que la medida que proponemos en el presente trabajo no pretende instalar un criterio totalmente nuevo en el ámbito del Derecho Procesal aplicable a los litigios mercantiles, sino que es una nueva medida que se agrega a las ya contenidas en la actual legislación.

CAPÍTULO III

LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Con el propósito de clarificar como proceden las providencias precautorias en otros países, será oportuno señalar lo que al respecto acontece en Guatemala y España, ya que en estas naciones mediante las providencias se obliga a cumplir de manera forzosa con lo pactado por las partes.

Se llama ejecución forzosa procesal la actuación práctica, por parte de los órganos jurisdiccionales, de una voluntad concreta de ley que garantice a alguno un bien de la vida y que resulta de una declaración; y proceso de ejecución forzosa, el conjunto de actos coordinados para este fin.

Dicha ejecución entra, sobre todo, en el concepto general de hacer efectiva una voluntad, y especialmente la de la ley. Pero se diferencia de otras formas de ejecución, (diferenciación que tiene gran importancia práctica, porque las normas establecidas para una forma no sirven para otra); a efecto de ahondar en el tema, será necesario puntualizar lo siguiente.

A. Providencias precautorias en la Legislación Extranjera.

Los artículos 171 al 189 del Código Civil y Mercantil de Guatemala establecen al respecto lo siguiente.

“Artículo 178. Principios generales. En todo proceso judicial para la protección de los derechos regulados en esta ley y para combatir los actos de competencia desleal, deberán observarse los siguientes principios generales:

- a. Los derechos de propiedad industrial son derechos de orden privado, sin perjuicio de la obligación del Estado de tutelar y proteger estos derechos; y
- b. El Estado velará porque se establezcan medidas eficaces, prontas y eficientes contra cualquier acto u omisión infractora de los derechos de

propiedad industrial, inclusive para prevenir dichas infracciones y disuadir nuevas infracciones.

“Artículo 179. Legitimación de licenciarios. Salvo expresa estipulación contractual en contrario, el licenciario exclusivo podrá promover las acciones judiciales establecidas en esta ley con el objeto de proteger sus derechos como tal.

Si el contrato de licencia no autoriza al licenciario para actuar judicialmente, éste podrá iniciar las acciones respectivas si comprueba haber requerido al titular del derecho que las ejerciera y que han transcurrido más de dos meses, contados a partir de la fecha del requerimiento, sin que se hubiesen promovido. No obstante, antes de transcurrir ese plazo el licenciario podrá solicitar y obtener las providencias precautorias establecidas en esta ley.

El titular del derecho infringido podrá en cualquier tiempo apersonarse en el proceso iniciado por el licenciario.

“Artículo 180. Legitimación de cotitulares. En caso de cotitularidad de un derecho, cualquiera de los cotitulares podrá promover la acción con motivo de una infracción sin que sea necesario el consentimiento de los demás, salvo acuerdo o pacto en contrario.

“Artículo 181. Competencia. Los juzgados de ramo civil son competentes para conocer de las acciones civiles o mercantiles promovidas de conformidad con lo establecido en esta ley, salvo que se establezcan y organicen juzgados con competencia especial para conocer de tales materias.

“Artículo 182. Procedimientos. Los procesos civiles o mercantiles que se promuevan en ejercicio de las acciones reguladas por esta ley se tramitarán de acuerdo con el procedimiento del juicio oral, establecido en el Libro Segundo, Título II, Capítulos I y II del Código Procesal Civil y Mercantil.

No obstante lo dispuesto en este artículo y cualquier otra disposición contenida en la presente ley, que de lugar a acciones civiles o mercantiles, los interesados también podrán utilizar métodos alternativos de resolución de controversias, tales como la conciliación y el arbitraje.

“Artículo 183. Emplazamiento de terceros. En todos los procesos regulados por esta ley, se emplazará como terceros a todas las personas cuyos derechos aparezcan inscritos en el registro respectivo con relación al derecho infringido o cuya anulación o nulidad se pretende.

“Artículo 184. Cálculo de indemnización. La indemnización de daños y perjuicios que proceda como consecuencia de los procesos regulados por esta ley se calculará, entre otros, en función de los criterios siguientes:

- a. Según el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción, de la explotación del registro o de la patente nula o anulada o de los actos de competencia desleal;
- b. Según el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de que motivaron la acción; o
- c. Según el precio que el demandado habría tenido que pagar por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubiera concedido.

“Artículo 185. Contenido de la sentencia. La sentencia que declare con lugar, alguna de las acciones previstas en esta ley, además de resolver sobre el fondo del asunto, deberá, según el caso y teniendo en cuenta la necesidad de que haya proporción entre la gravedad de la infracción, las medidas ordenadas y los derechos de terceros:

- a. Ordenar que las mercancías infractoras sean, sin indemnización alguna, retiradas de los circuitos comerciales de forma que se evite causar

daños al titular del derecho, o que sean destruidas como objetos de ilícito comercio, principalmente cuando afecten o puedan afectar la salud o la vida de las personas o de los animales, la preservación de los vegetales, o bien cuando pudiesen causar daños graves al medio ambiente;

- b. Disponer que los materiales e instrumentos que se hayan utilizado predominantemente en la producción de las mercancías infractoras, sean apartados de los circuitos comerciales o destruidos como objetos de ilícito comercio, sin indemnización alguna para su propietario, como medio para reducir al máximo los riesgos de nuevas infracciones;
- c. Prohibir que las mercancías infractoras ingresen a los circuitos comerciales;
- d. Disponer que las mercancías infractoras, previa eliminación o retiro de los signos distintivos, puedan ser entregadas gratuitamente por el juez a entidades no lucrativas, privadas o públicas, para que puedan utilizarlas exclusivamente en obras o actividades de beneficencia social;
- e. Disponer que cesen los actos infractores o de competencia desleal y que se tomen las medidas necesarias para impedir sus consecuencias y para evitar su repetición, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios.”¹

Quien inicie o pretenda iniciar una acción relativa a derechos de propiedad industrial, o bien, con motivo de la comisión de actos de competencia desleal de conformidad con lo establecido en esta ley, podrá pedir al juez competente que ordene cualquier providencia cautelar que estime conveniente con el objeto de proteger sus derechos, impedir o prevenir la comisión de una infracción, evitar sus consecuencias y obtener o conservar pruebas. El juez en la misma resolución en la que decrete las medidas solicitadas podrá requerir al actor que previamente a su ejecución preste fianza u otra garantía suficiente para proteger a la parte afectada por la medida y a la propia autoridad y asimismo para impedir abusos.

¹ http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/guatemala/lpindf_s.asp

Las providencias cautelares podrán también pedirse con posterioridad a la presentación del memorial de demanda. Cuando la providencia no se solicita previamente, sino con la demanda o posterior a ésta no será necesario constituir garantía alguna.

El juez deberá ordenar y ejecutar las medidas que le solicitasen dentro del improrrogable plazo de dos días, siempre que el actor o peticionario hubiere acompañado prueba de la titularidad del derecho infringido y evidencia de la que resulten indicios que permitan razonablemente presumir la infracción o la inminencia de ésta. En el supuesto que se requiera garantía, el plazo establecido al inicio de este párrafo será de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la presentación de la fianza o garantía requerida.

Todas las providencias cautelares se tramitarán y ejecutarán sin notificación, ni intervención de la parte demandada, pero deberán notificarse a ésta en el momento de su ejecución o inmediatamente después de ello. Los tribunales tomarán las medidas necesarias para asegurar que la solicitud de providencias cautelares sea mantenida en reserva.

Si las providencias se ordenan antes de iniciarse la acción, las mismas quedarán sin efecto de pleno derecho si quien las obtuvo no presenta la demanda correspondiente dentro de un plazo de quince días, contado desde la fecha en que se hayan ejecutado las medidas.

A.1. Medidas cautelares previstas por el Código Civil y Mercantil.

“De acuerdo a los artículos 187 al 189 del Código en comentario, el Juez ordenará, según el caso, las providencias que prudentemente tiendan a la protección del derecho del actor o peticionario, tales como:

- a. La cesación inmediata del uso, aplicación, colocación y comercialización de los productos infractores y de los actos desleales;

- b. El comiso de los productos infractores, incluyendo los envases, empaques, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad, maquinaria y otros materiales resultantes de la infracción o usados para cometerla y de los medios que sirvieran predominantemente para realizar la infracción;
- c. La prohibición de la importación de los productos, materiales o medios referidos en la literal anterior;
- d. La confiscación y traslado a los depósitos judiciales de los productos, materiales o medios referidos en la literal b);
- e. Las medidas necesarias para evitar la continuación o la repetición de la infracción o de los actos de competencia desleal, incluyendo la destrucción de los productos, materiales o medios referidos en la literal b) cuando los mismos causen un daño o constituyan un riesgo que atente contra la salud o la vida humana, animal o vegetal, o contra el medio ambiente;
- f. La anotación de la demanda sobre la inscripción cuya nulidad o anulación se pretende; y
- g. La suspensión de los registros o licencias sanitarias o de otra naturaleza, que resulten necesarios para la internación, distribución, venta o comercialización de los productos infractores.

El simple retiro de las marcas usadas o colocadas ilícitamente no impedirá que las medidas establecidas en el presente artículo continúen vigentes ni será suficiente para que las mercancías o productos se introduzcan en los circuitos comerciales.

Una vez otorgada o concedida una providencia o medida cautelar que tienda a asegurar los resultados del proceso en cuanto a la pretensión restauradora en una acción civil o mercantil, la misma no podrá ser dejada sin efecto mediante una caución o garantía. La caución o garantía solamente podrá ser otorgada para lograr el levantamiento de providencias o medidas cautelares que tiendan a

asegurar o proteger una pretensión indemnizatoria propiamente dicha. Por lo tanto, no será aplicable el artículo 533 del Código Procesal Civil y Mercantil o cualquier otra disposición similar a las providencias o medidas cautelares como las descritas en los incisos a, b, c, d, e y f del párrafo primero del artículo 187 de esta ley.”²

El peticionario puede en la demanda o en la petición de providencias cautelares, solicitar que previamente se practique un reconocimiento judicial en lugares, documentos o cosas que guarden relación con el derecho infringido, o bien, en donde presuntamente se estén cometiendo o preparando actos tendientes a la realización de la infracción de derechos de propiedad industrial o actos de competencia desleal, en cuyo caso el juez lo ordenará y ejecutará sin requerir garantía alguna. Para los efectos consiguientes, la resolución que ordene la práctica del reconocimiento judicial llevará implícita la orden de allanamiento.

El reconocimiento judicial podrá complementarse con la presencia de peritos designados por la parte actora o por el propio tribunal; asimismo el juez podrá ordenar la exhibición de cosas muebles o documentos. A petición de parte y a juicio del juez, podrá asimismo practicarse medios científicos de prueba y tomarse fotografías o captarse con imagen y sonido los objetos o los lugares inspeccionados y, en el caso de los documentos, se podrán examinar y copiar por cualquier medio.

En la diligencia del reconocimiento judicial el juez podrá ordenar las providencias cautelares que se hayan solicitado y, si fuere el caso, fijará el monto de la garantía correspondiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 186 de esta ley. Si en el plazo de cinco días siguientes el solicitante no presta o constituye la garantía fijada, el juez ordenará levantar las medidas decretadas.

² http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/guatemala/lpindf_s.asp

A.2. El secuestro de cosa mueble en posesión del demandado.

Antes de hablar de forma particular del secuestro de cosa mueble en posesión del demandado, será oportuno hablar de manera general del proceso preventivo o cautelar en Guatemala.

Este procedimiento, está regulado en el libro quinto del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, relativo a las alternativas comunes a todos los procesos, también se le denominan diligencias cautelares, providencias precautorias, providencias cautelares, medidas de garantía, procesos de aseguramiento y es a través del cual las personas pueden prevenir los riesgos que pueden lesionar su integridad física, su patrimonio, etc., aunque es claro mencionar que existen otros procesos cautelares en nuestro ordenamiento adjetivo civil no regulados en este libro quinto, tal y como se mencionará más adelante.

Dentro de la clasificación finalista de los procesos, el proceso cautelar tiene como fin el de asegurar las resultas de un proceso futuro, su función es la prevención de consecuencias perjudiciales, que posiblemente surgirán en el futuro.

Ha sido muy discutida la autonomía del proceso cautelar. “De la Plaza ha sido uno de sus más fervientes defensores y tiene para él tanta importancia que ha formulado una clasificación finalista de los proceso partiendo de la diferenciación en proceso cautelar, de cognición y de ejecución.”³

Tal diferenciación no es unánimemente aceptada en doctrina y más bien se le formulan serias objeciones, ya que se prefiere hablar de “proveimientos” o de “Medidas precautorias o asegurativas”; o bien se habla de proceso cautelar, pero se afirma que éste carece de autonomía, puesto que siempre supone un proceso principal (definitivo).

³ Enciclopedia Jurídica Omeba. T.VII. 10ª edición, Editorial Dris-Kill, Argentina, 2001. p. 1042.

Calamandrei, citado por Mario Aguirre establece tres características del proceso cautelar, la provisoriedad, el *periculum in mora*, y la subsidiariedad.

“La Provisoriedad del Proceso Cautelar: Siendo el fin del proceso cautelar el de asegurar las resultas del proceso futuro, sus efectos se limitan a cierto tiempo, que permita interponer la demanda principal, constituyendo esto lo provisorio de sus efectos. El artículo 535 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala establece que ejecutada la providencia precautoria el que la pidió deberá entablar su demanda dentro de los quince días y si el actor no cumple con ello, la providencia precautoria se revocará al pedirlo el demandado previo incidente.

La existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva: Esta característica a la que Calamandrei denomina *Periculum in mora* (prevención y urgencia) se deriva de la necesidad de prevenir un daño futuro e incierto que puede convertirse en cierto de no dictarse la medida cautelar y que atendiendo a lo lento de nuestra justicia civil no resultaría efectiva en un proceso de conocimiento, por lo que se hace necesario decretarse previamente y con ello impedir el daño temido.

La subsidiariedad del proceso cautelar: El artículo 535 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala como ya se dijo, fija un plazo de quince días para que se entable la demanda, esto en virtud de que el proceso cautelar pretende garantizar las resultas de un proceso futuro, en consecuencia la característica de subsidiariedad del proceso cautelar, consiste en que este se encuentra ligado a la existencia de un proceso principal, es subsidiario de este.”⁴

A continuación se menciona la clasificación que hace Calamandrei, citado por Mario Aguirre Godoy con relación al proceso cautelar:

⁴ Cfr. AGUIRRE GODOY, Mario. El Proceso Cautelar Guatemalteco. 2ª edición, Editorial Ábaco, Guatemala, 2000. p. 139.

- “a) Providencias introductorias anticipadas:** que son aquellas que pretenden preparar prueba para un futuro proceso de conocimiento o de ejecución, a través de ellas se practican y conservan ciertos medios de prueba que serán utilizados en el proceso futuro. El Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala las denomina Pruebas Anticipadas y las regula en la sección segunda de su libro segundo.
- b) Providencias dirigidas a asegurar la futura ejecución forzada:** Que como su nombre lo indica, pretenden garantizar el futuro proceso de ejecución, entre las cuales destaca como importante la figura del secuestro.
- c) Providencias mediante las cuales se decide interinamente una relación controvertida:** Mediante estas providencias provisionalmente se decide una discusión, son ejemplos típicos los alimentos provisionales (artículo 231 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala), las denuncias de obra nueva y de daño temido, providencias de urgencia o temporales, suspensión de la obra (artículo 264 Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala) providencia propia de la acción interdictal.
- d) Providencias que imponen por parte del juez una caución:** Son las típicas providencias cautelares y cuyo requisito previo es la constitución de garantía. El Código Procesal Civil y Mercantil en su artículo 531 establece de toda providencia precautoria queda responsable el que la pide. Por consiguiente, son de su cargo las costas, los daños y perjuicios que se causen y no será ejecutada tal providencia si el interesado no presta garantía suficiente, a juicio del juez que conozca el asunto.”⁵

Otra de las clasificaciones que cita Mario Aguirre Godoy y también de significancia, es la efectuada por Carnelutti, “que divide a los procesos cautelares en conservativos e innovativos, los primeros tienen como objetivo mantener un

⁵ Ibidem. p.p. 192 y 193.

estado de hecho o bien inmovilizar las facultades de disposición de un bien con el propósito de asegurar los resultados de un proceso ulterior y los segundos aseguran el resultado del proceso ulterior, pero creando nuevas situaciones de hecho que faciliten el resultado, ejemplos del primero son la anotación de demanda, los interdictos de obra nueva y de obra peligrosa, y el secuestro; y del segundo, el embargo preventivo, el depósito de personas, alimentos provisionales y las situaciones derivadas de la ausencia.”⁶

El Decreto Ley 107 en su libro quinto y bajo el título de providencias cautelares, regula por un lado la seguridad de personas y por el otro las medidas de garantía, las primeras como su nombre lo indica pretende garantizar la seguridad de las personas y las segundas en términos generales la pretensión es mantener una situación que garantice las resultas de un proceso principal posterior.

Seguridad de las personas. Esta providencia cautelar protege a las personas de los malos tratos o actos reprobados por la ley, la moral o las buenas costumbres, como característica propia es que puede decretarse de oficio o a petición de parte y no requiere la constitución de garantía alguna. La protección de la persona se obtiene mediante su traslado a un lugar en donde libremente puedan manifestar su voluntad y gozar de sus derechos.

También procede la medida con el objeto de restituir al menor que ha abandonado el hogar, con las personas que tengan su guarda y cuidado.

Lo anterior se encuentra contenido en los artículos 516-518 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala. La oposición a este tipo de medidas está contemplada en el artículo 519 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, en estos términos: “Si hubiere oposición de parte legítima a cualquiera de las medidas acordadas por el Juez, ésta se tramitará en cuerda separada pro el procedimiento de los incidentes. El auto que la resuelva es apelable, sin que se

⁶ Ibidem. p. 195.

interrumpan dichas medidas”. Asimismo, existen otras medidas sobre menores e incapacitados de los artículos 520 al 522 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala.

Las medidas de garantía que regula el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala son las siguientes.

Arraigo. Procede con el objeto de evitar, que la persona contra la que hay de iniciarse o se haya iniciado una acción se ausente u oculte sin dejar apoderado con facultades suficientes para la promoción y fenecimiento del proceso que contra él se promueve y de prestar la garantía en los casos en que la ley así lo establece y se materializa mediante la comunicación que el juez hace a las autoridades de migración y a la policía nacional para impedir la fuga del arraigado.

Además de la libre locomoción, el arraigo pretende la constitución de garantía por parte del arraigado en los siguientes casos:

- I. En los procesos de alimentos, en los cuales será necesario que cancele o deposite el monto de los atrasados y garantice el cumplimiento de los futuros.
- II. En los procesos por deudas provenientes de hospedaje, alimentación o compras de mercaderías al crédito, el demandado deberá prestar garantía por el monto de la demanda.
- III. En las acciones cambiarias, cuando el título sea un cheque no pagado por falta de fondos o por haber dispuesto de ellos antes de que transcurra el plazo para su cobro, el arraigado deberá prestar garantía por el monto de la acción.

Procede el levantamiento del arraigo, cuando se apersona el mandatario al proceso y el arraigado presta la garantía en los casos en que procede, señalados anteriormente. En los artículos 523-525; 533 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala se regula el arraigo.

La anotación de demanda es una medida cautelar de carácter conservativa y pretende que cualquier enajenación o gravamen posterior a la anotación que se efectúe sobre un bien mueble o inmueble registrable, no perjudique el derecho del solicitante.

Es necesario resaltar que esta medida solo procede en aquellas acciones en las cuales el objeto del proceso es el bien objeto de la medida, ello al tenor del artículo 526 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala que establece que cuando se discuta la declaración, constitución o extinción de un derecho real sobre bienes inmuebles, podrá el actor pedir la anotación de la demanda, en consecuencia esta medida cautelar no procede cuando el bien únicamente garantiza el cumplimiento de otra obligación, caso en el cual la medida procedente es el embargo.

Por la remisión que hace el artículo 526 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, debe tenerse presente los casos en que puede pedirse la anotación de los respectivos derechos, los cuales están puntualizados en el artículo 1149 del Código Civil.

De conformidad con nuestro sistema la anotación de demanda no impide la enajenación o gravamen del inmueble o derecho real y así lo dice claramente el artículo 1163 del Código Civil.

También debe recordarse que los actos de enajenación o gravamen de bienes anotados quedan afectos a una acción de anulabilidad, de acuerdo al artículo 112, inciso 1º, letra e, del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala.

Por el embargo, se pretende limitar el poder de disposición del bien embargado, a diferencia de la anotación de demanda procede sobre cualquier clase de bienes registrables o no y el objeto es que el valor de los mismos alcancen a cubrir el monto de la obligación.

Según De la Plaza “tiene como finalidad concreta la de limitar, en mayor o menor grado las facultades de disposición del titular de la totalidad o de parte de un patrimonio, o simplemente, la de determinados bienes, con el designio de que no se frustre el resultado de un proceso de cognición o de ejecución”.⁷

Tiene también la particularidad de crear una nueva situación jurídica, modificando la anterior situación del afectado, respecto de determinados bienes.

Del embargo que aquí se trata es del llamado embargo precautorio, toda vez que el que se lleva a cabo en los procesos de ejecución tiene carácter ejecutivo. El artículo 527 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala establece el derecho a pedir el embargo precautorio, remitiendo al proceso de ejecución lo relativo a la forma de practicar el embargo, con el objeto de no incurrir en repeticiones innecesarias.

Secuestro. Por medio de esta medida cautelar, se pretende desapoderar de manos del deudor el bien que se debe para ser entregado a un depositario. A criterio de Mario Gordillo, “esta medida procede únicamente cuando el bien es el objeto de la pretensión y por ende el demandado se encuentra en obligación de entregarlo y no cuando el bien es embargado y garantiza el cumplimiento de una obligación que no es la entrega del bien mismo.”⁸

Tiene una finalidad cautelar en sus dos formas: convencional y judicial. Ambas persiguen sustraer de las facultades de disposición de una o de ambas partes determinado bien. En el primero, ello obedece a un acto de voluntad de los contendientes; en el segundo, se produce por mandato de la autoridad judicial. Generalmente el término secuestro se destina para denominar el ordenado por la autoridad judicial.

⁷ DE LA PLAZA, José Antonio. Derecho Procesal Civil y Mercantil. 7ª edición, Editorial Palmillas, Guatemala, 2000. p. 186.

⁸ GORDILLO, Mario. Las Medidas Cautelares en el Proceso. 6ª edición, Editorial Atenea, México-Guatemala, 2000. p. 206.

Se diferencia del embargo, según de la Plaza, porque “aquel versa sobre cosa determinada a la que pretendemos tener derecho y se limita a establecer provisionalmente una situación posesoria que puede ser de interés para los fines del litigio; y, en cambio, el embargo, no recae sobre cosa a la que en especie pretendemos inicialmente tener derecho, sino que constituye una garantía patrimonial, que nos asegura, in genere, la satisfacción de unas responsabilidades que pretendemos exigir”.⁹

En el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala se fijan los límites del secuestro en el artículo 528. Aparte de esta norma general, hay casos específicos en el Código Procesal en que las distintas disposiciones mencionan la medida cautelar del secuestro. Así sucede en la exhibición de bienes muebles y de semovientes del artículo 101. Igualmente en la ejecución especial de las obligaciones de dar, el Código menciona una hipótesis de secuestro judicial, en estos términos: “Cuando la ejecución recaiga sobre cosa cierta o determinada o en especie, si hecho el requerimiento de entrega el ejecutado no cumple, se pondrá en secuestro judicial, resolviéndose en sentencia si procede la entrega definitiva. Si la cosa ya no existe, o no pudiere secuestrarse, se embargarán bienes que cubran su valor fijado por el ejecutante y por los daños y perjuicios, pudiendo ser estimada provisionalmente por el juez la cantidad equivalente a los daños y perjuicios. El ejecutante y el ejecutado podrán oponerse a los valores prefijados y rendir las pruebas que juzguen convenientes, por el procedimiento de los incidentes”.

B. Providencias precautorias en la Legislación Española.

Una vez expuestas las providencias precautorias de la Legislación Guatemalteca, haremos lo propio con las que contiene la Legislación Española, propia de la materia.

⁹ <http://www.doschivos.com/trabajos/derecho/196.htm>

B.1. Medidas cautelares previstas por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los artículos 721 al 726 de dicha Ley establecen los requisitos para la procedencia de las medidas precautorias en la legislación española, bajo las circunstancias siguientes.

“De acuerdo al artículo 721, es necesaria dicha procedencia a instancia de parte, en los siguientes términos.

1. Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare.
2. Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales. Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas.

Sobre las medidas cautelares en procedimiento arbitral y litigios extranjeros.

Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento.

Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles.

Será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal.

Para conocer de las solicitudes relativas a medidas cautelares que se formulen durante la sustanciación de la segunda instancia o de un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos.

Cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia.

Lo mismo se observará cuando el proceso se siga ante un tribunal extranjero, salvo lo que prevean los Tratados.

Cuando las medidas cautelares se soliciten con anterioridad a la demanda, no se admitirá declinatoria fundada en falta de competencia territorial, pero el tribunal examinará de oficio su jurisdicción, su competencia objetiva y la territorial. Si considerara que carece de jurisdicción o de competencia objetiva, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante de las medidas cautelares, dictará auto absteniéndose de conocer y remitiendo a las partes a que usen de su derecho ante quien corresponda si la abstención no se fundara en la falta de jurisdicción de los tribunales españoles. Lo mismo se acordará cuando la competencia territorial del tribunal no pueda fundarse en ninguno de los fueros legales, imperativos o no, que resulten aplicables en atención a lo que el solicitante pretenda reclamar en el juicio principal. No obstante, cuando el fuero legal aplicable sea dispositivo, el tribunal no declinará su competencia si las partes se hubieran sometido expresamente a su jurisdicción para el asunto principal.

En los casos a que se refiere el apartado anterior, si el tribunal se considerara territorialmente incompetente, podrá, no obstante, cuando las circunstancias del caso lo aconsejaren, ordenar en prevención aquellas medidas cautelares que resulten más urgentes, remitiendo posteriormente los autos al tribunal que resulte competente.”¹⁰

El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características:

Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.

No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.

B.2. El depósito de cosa mueble en posesión del demandado.

“Conforme a lo establecido, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

¹⁰ http://www.noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.13t6.html

1. El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos.

Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.

2. La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer.
3. El depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado.
4. La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga.
5. La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos.
6. Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución.
7. La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.
8. La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.
9. El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad

intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.

10. La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 % del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.
11. Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio.”¹¹

Lo citado lo prevé el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española.

Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendency del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces.

El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios.

¹¹ http://www.noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.13t6.html

Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529.

En los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el Tribunal podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados.

En el embargo preventivo, podrá interponerse tercería de dominio, pero no se admitirá la tercería de mejor derecho, salvo que la interponga quien en otro proceso demande al mismo deudor la entrega de una cantidad de dinero.

La competencia para conocer de las tercerías a que se refiere el párrafo anterior corresponderá al tribunal que hubiese acordado el embargo preventivo.

La solicitud de medidas cautelares se formulará con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción.

Se acompañarán a la solicitud los documentos que la apoyen o se ofrecerá la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares.

Cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud.

Para el actor precluirá la posibilidad de proponer prueba con la solicitud de las medidas cautelares.

En el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituirla y con justificación del importe que se propone.

Finalmente, los artículos 733 al 737 de la Ley referida, establecen sobre las medidas cautelares lo siguiente.

“Artículo 733. Audiencia al demandado. Excepciones.

1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título. El auto será notificado a las partes sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas.

“Artículo 734. Vista para la audiencia de las partes.

1. Recibida la solicitud, el tribunal, mediante providencia, salvo los casos del párrafo segundo del artículo anterior, en el plazo de cinco días, contados desde la notificación de aquélla al demandado convocará las partes a una vista, que se celebrará dentro de los diez días siguientes sin necesidad de seguir el orden de los asuntos pendientes cuando así lo exija la efectividad de la medida cautelar.
2. En la vista, actor y demandado podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares. También podrán pedir, cuando sea necesario para acreditar extremos relevantes, que se practique reconocimiento judicial, que, si se considerare pertinente y no pudiese practicarse en el acto de la vista, se llevará a cabo en el plazo de cinco días.

Asimismo, se podrán formular alegaciones relativas al tipo y cuantía de la caución. Y quien debiere sufrir la medida cautelar podrá pedir al tribunal que, en sustitución de ésta, acuerde aceptar caución sustitutoria, conforme a lo previsto en el artículo 746 de esta Ley.

3. Contra las resoluciones del tribunal sobre el desarrollo de la comparecencia, su contenido y la prueba propuesta no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que, previa la oportuna protesta, en su caso, puedan alegarse las infracciones que se hubieran producido en la comparecencia en el recurso contra el auto que resuelva sobre las medidas cautelares.

“Artículo 735. Auto acordando medidas cautelares.

1. Terminada la vista, el tribunal, en el plazo de cinco días, decidirá mediante auto sobre la solicitud de medidas cautelares.

2. Si el tribunal estimare que concurren todos los requisitos establecidos y considerare acreditado, a la vista de las alegaciones y las justificaciones, el peligro de la mora procesal, atendiendo a la apariencia de buen derecho, accederá a la solicitud de medidas, fijará con toda precisión la medida o medidas cautelares que se acuerdan y precisará el régimen a que han de estar sometidas, determinando, en su caso, la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse caución por el solicitante.

Contra el auto que acuerde medidas cautelares cabrá recurso de apelación, sin efectos suspensivos.

“Artículo 736. Auto denegatorio de las medidas cautelares. Reiteración de la solicitud si cambian las circunstancias.

1. Contra el auto en que el tribunal deniegue la medida cautelar sólo cabrá recurso de apelación, al que se dará una tramitación preferente. Las costas se impondrán con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 394.
2. Aun denegada la petición de medidas cautelares, el actor podrá reproducir su solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición.

“Artículo 737. Prestación de caución.

La prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada.

El tribunal decidirá, mediante providencia, sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la caución.”¹²

¹² http://www.noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.13t6.html

Finalmente, en relación a lo anterior, se puede decir en base a lo que establece el artículo 738 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que una vez acordada la medida cautelar y prestada la caución se procederá, de oficio, a su inmediato cumplimiento empleando para ello los medios que fueran necesarios, incluso los previstos para la ejecución de las sentencias.

Si lo acordado fuera el embargo preventivo se procederá conforme a lo previsto en los artículos 584 y siguientes para los embargos decretados en el proceso de ejecución, pero sin que el deudor esté obligado a la manifestación de bienes que dispone el artículo 589. Si fuera la administración judicial se procederá conforme a los artículos 630 y siguientes.

Si se tratare de la anotación preventiva se procederá conforme a las normas del Registro correspondiente.

Los depositarios, administradores judiciales o responsables de los bienes o derechos sobre los que ha recaído una medida cautelar sólo podrán enajenarlos, previa autorización por medio de providencia del tribunal y si concurren circunstancias tan excepcionales que resulte más gravosa para el patrimonio del demandado la conservación que la enajenación.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DEL SECUESTRO DE BIENES LITIGIOSOS COMO PROVIDENCIA PRECAUTORIA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.

El presente capítulo será el que contenga en concreto la propuesta motivo de este trabajo. Nos referiremos a su definición conceptual y justificaremos tanto su necesidad en el mundo jurídico y práctico, así como a su justificación desde el punto de vista procedimental.

Designaremos el procedimiento planteado para llevar efectivamente a una ejecución efectiva y lograr un fundamento respecto a los criterios jurisprudenciales más recientes emitidos por los Tribunales Federales en relación a los preceptos constitucionales que podrían estimarse amenazados por el otorgamiento de una providencia que plantea el retiro de la posesión derivada legítima de un bien, antes de que exista una sentencia definitiva firme que así lo demande. Para tal efecto, antes de entrar a la definición de nuestra propuesta, estudiaremos los posibles “obstáculos” que podríamos encontrar derivado de los artículos 14 y 16 constitucionales.

El artículo 14 constitucional establece a la letra lo siguiente:

Artículo 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

(reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 9 de diciembre de 2005)

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 que se trata.
(modificado por la reimpresión de la constitución, publicada en el diario oficial de la federación el 6 de octubre de 1986)

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundara en los principios generales del derecho.

Por su parte, el artículo 16 constitucional establece lo siguiente:

Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.
(reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 03 de septiembre de 1993).

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

(reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 08 de marzo de 1999).

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 03 de septiembre de 1993).

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta, con la misma prontitud, a la del ministerio publico.

(adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 03 de septiembre de 1993).

Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el ministerio publico podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

(reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 03 de septiembre de 1993).

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 03 de septiembre de 1993).

Ningún indiciado podrá ser retenido por el ministerio publico por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

(adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 03 de septiembre de 1993).

En toda orden de cateo, que solo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresara el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

(modificado por la reimpresión de la constitución, publicada en el diario oficial de la federación el 6 de octubre de 1986).

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionara penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacía de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal

que faculte la ley o del titular del ministerio público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

(adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 03 de julio de 1996).

Las intervenciones autorizadas se ajustaran a los requisitos y limites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con estos, carecerán de todo valor probatorio.

(adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 03 de julio de 1996).

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescriptas para los cateos.

(modificado por la reimpresión de la constitución, publicada en el diario oficial de la federación el 6 de octubre de 1986).

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

(adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 03 de febrero de 1983. (modificado por la reimpresión de la constitución, publicada en el diario oficial de la federación el 6 de octubre de 1986).

En tiempo de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

(adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 03 de febrero de 1983).

De acuerdo al texto de los preceptos constitucionales que se mencionan, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se he pronunciado de la siguiente manera:

Registro No. 200080

Localización:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

IV, Julio de 1996

Página: 5

Tesis: P./J. 40/96

Jurisprudencia

Materia(s): Común

ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN.

El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; en tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por consiguiente, la Constitución Federal distingue y regula de manera diferente los actos privativos respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos

numerales, o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esa distinción debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional.

Amparo en revisión 1038/94. Construcciones Pesadas Toro, S.A. de C.V. 24 de octubre de 1995. Mayoría de diez votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Susana Alva Chimal.

Amparo en revisión 1074/94. Transportes de Carga Rahe, S.A. de C.V. 24 de octubre de 1995. Mayoría de diez votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Felisa Díaz Ordaz Vera.

Amparo en revisión 1150/94. Sergio Quintanilla Cobián. 24 de octubre de 1995. Mayoría de diez votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Susana Alva Chimal.

Amparo en revisión 1961/94. José Luis Reyes Carbajal. 24 de octubre de 1995. Mayoría de diez votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Felisa Díaz Ordaz Vera.

Amparo en revisión 576/95. Tomás Iruegas Buentello y otra. 30 de octubre de 1995. Mayoría de nueve votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Teódulo Angeles Espino.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veinticuatro de junio en curso, aprobó, con el número 40/1996, la tesis de jurisprudencia que antecede. México, Distrito Federal, a veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y seis.

En este orden de ideas, tenemos que de acuerdo a la Suprema Corte de la Nación nuestra constitución, acertadamente hace el distingo entre los actos de privación y los de molestia.

Al respecto, el más alto tribunal de nuestro país ha señalado que los actos privativos son aquellos cuya finalidad es la supresión definitiva de un derecho del gobernado. En esta tesitura, este tipo de actos debe forzosamente de cumplir con los requisitos que le impone nuestra Constitución en su artículo 14. Por otro lado, si el acto de autoridad no tiende a la privación definitiva y sólo es un medio para lograr propósitos diversos, no será un acto privativo sino un acto de molestia. Esta clara distinción representa un fundamento de suma importancia para la medida cautelar propuesta, ya que evidencia la constitucionalidad de las medidas cautelares. En el caso concreto, un secuestro de bienes como el que se propone en el presente trabajo, representa claramente, de acuerdo a las definiciones proporcionadas por la Suprema Corte, un acto de molestia y no un acto privativo.

Lo anterior de acuerdo a que la providencia precautoria representa un medio para asegurar la eficacia de una eventual sentencia definitiva que aún no ha sido dictada. No constituye pues, una privación definitiva del derecho que el poseedor derivado ostenta sobre el bien en cuestión.

Así las cosas, nuestra providencia precautoria no produce una violación a la garantía de audiencia ya que, al no ser un acto privativo, únicamente debe de reunir los requisitos de seguridad jurídica que le impone el mencionado artículo 16 constitucional:

- Mediante un mandamiento escrito;
- Que el mandamiento escrito haya sido emitido por la autoridad competente;
- Que se encuentra debidamente fundada y motivada la causa legal del procedimiento.

No resulta pues inconstitucional que la providencia que proponemos, retire la posesión derivada del bien litigioso al presunto demandado, ya que como ha quedado explicado, la propia constitución en su artículo 16, señala los requisitos bajo los cuales serán válidos los actos que devengan en molestias para el gobernado en su carácter de poseedor de algún bien. De una forma más concreta, señalamos lo establecido por la siguiente tesis emitida por los tribunales federales:

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XV, Mayo de 2002

Tesis: XIV.2o.59 A

Página: 1214

EMBARGO PRECAUTORIO. EL NUMERAL 151 DE LA LEY ADUANERA NO ES VIOLATORIO DE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA PREVIA CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL.

El numeral 151 de la Ley Aduanera establece una medida provisional consistente en el embargo precautorio de bienes materia de una infracción a las disposiciones aduaneras, con su consecuente indisponibilidad, para evitar que se siga cometiendo tal infracción mientras se resuelve en definitiva el procedimiento administrativo respectivo. Ahora bien, en la jurisprudencia número P./J. 40/96, publicada en la página cinco del Tomo IV, julio de mil novecientos noventa y seis, de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con el rubro: "ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN."; el Pleno de nuestro más Alto Tribunal ha sostenido que son actos privativos aquellos cuya finalidad connatural perseguida es la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado y la Constitución los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos

precisados en su artículo 14, y que si el acto de autoridad por su propia naturaleza y finalidad no tiende a la privación definitiva y sólo es un medio para lograr otros propósitos, no será acto privativo sino de molestia. En esta tesitura, la medida cautelar de referencia no produce privación de derechos, por lo que la constitucionalidad de su regulación no depende de que aisladamente cumpla con la exigencia de la garantía de audiencia previa al afectado sino que, en todo caso, debe ajustarse a la garantía de seguridad jurídica a que se contrae el precepto 16 de nuestra Carta Magna.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 527/2001. Beatriz Reyes Escobedo. 1o. de marzo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Gabriel García Lanz, secretario de tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Mario Andrés Pérez Vega.

En términos del artículo 16 constitucional, es totalmente constitucional el establecimiento de una providencia precautoria que retire la posesión de un bien al poseedor derivado hasta en tanto no se resuelva sobre la procedencia definitiva de una acción intentada por el propietario de la cosa frente al poseedor de la misma.

En estos términos entraremos a los puntos específicos de la providencia precautoria que se propone para el Código de Comercio en el presente trabajo: El secuestro de bienes litigiosos.

A. Definición.

La providencia precautoria que proponemos se define como una medida cautelar mediante la cual, el propietario que reclamara entre otras prestaciones la

devolución del bien arrendado, puede solicitar el retiro de la posesión al arrendatario del bien que será objeto del litigio hasta en tanto no se resuelva sobre la procedencia de su acción, siempre que pruebe que por la propia naturaleza del bien arrendado y las condiciones en que lo mantiene el arrendatario, sufriría un deterioro irreversible que dejaría falta de eficacia a la eventual sentencia definitiva que pudiera obtener.

Como toda medida cautelar, su definitividad dependerá en todo momento del resultado del procedimiento principal.

B. Justificación.

El secuestro del bien litigioso deviene en virtud de dos principales razones y necesidades jurídicas:

- Asegurar la eficacia de una eventual sentencia definitiva emitida por el Juzgador que conozca del pleito principal;
- Salvaguardar la integridad del bien propiedad del actor de un deterioro irreversible.

La facultad para ordenar un secuestro de bienes que se posean de manera legítima, emana de la propia Constitución, ya que en interpretación de la misma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que los actos de molestia son válidos mientras reúnan 2 requisitos fundamentales: (i) Fundamentación y motivación; (ii) Que hayan sido emitidos por la autoridad competente para ello.

En este orden de ideas, el secuestro de bienes litigiosos constituiría un acto de molestia ya que no privaría definitivamente a la persona del bien, sino que solamente lo haría de una forma provisional y dejando al afectado los medios de defensa idóneos para la recuperación de la posesión. Es precisamente esta

provisionalidad, junto con el otorgamiento de los medios de defensa respectivos los que le dan a la providencia precautoria su carácter de acto de molestia en contraposición con los actos de privación. De no existir tales situaciones, el retiro de la posesión, hecha mediante una providencia precautoria constituiría un acto privativo, que por tal motivo tendría la obligación de cumplir con los requisitos del artículo 14 constitucional, es decir, tendría que ser el resultado de un juicio.

Por tales motivos, la distinción que señalamos en el inicio del presente capítulo resulta por demás trascendente, ya que justamente este criterio, confirmado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, separa a nuestra providencia de los requisitos que exige el artículo 14 constitucional.

C. Propuesta de Procedimiento.

La providencia precautoria que proponemos debería de seguir el mismo procedimiento establecido por el propio Código de Comercio para la medida de embargo precautorio.

En este orden de ideas, el procedimiento podría iniciar bajo dos supuestos: (i) Antes de la presentación de la demanda o (ii) después de la presentación de la demanda.

Para el primer caso, la providencia iniciaría con la presentación de la solicitud de la medida por parte del interesado ante la oficialía de partes común correspondiente. El Juez que conociera de la providencia, conocería posteriormente de la demanda. En el segundo caso, la solicitud deberá de ser presentada ante el Juez ante el cuál sea seguida la demanda. En adelante, el procedimiento será el mismo para ambos supuestos.

Presentada la solicitud, el Juez fijará a la brevedad una audiencia para el desahogo de pruebas en donde recibirá las ofrecidas por el solicitante, y al igual

que las demás providencias todo el procedimiento se desarrollará sin audiencia de la contraparte.

Recibidas y valoradas las pruebas del solicitante, el Juzgador decretará en sentencia interlocutoria si concede o no, el secuestro del bien litigioso. Dicha sentencia será apelable para el caso de ser negada.

En la Sentencia que conceda la medida, el Juzgador habrá de señalar el monto de la fianza suficiente para cubrir los posibles daños o perjuicios que se pudieren ocasionar con la ejecución de la providencia. La exhibición de dicha garantía será presupuesto ineludible para la a ejecución de la sentencia mencionada.

Una vez ejecutada la providencia, deberá el solicitante de presentar dentro de los tres días posteriores, la demanda principal. Tal presentación habrá de ser en la oficialía de partes común, indicando los antecedentes que permitan al Juzgador remitir al Juez que hubiere conocido previamente del asunto los autos de la demanda.

C.1 Acreditación.

Por lo que hace a los extremos que tendría que acreditar el solicitante de la medida tenemos que se deben de acreditar las siguientes situaciones:

- Probar su derecho sobre la cosa.
- Probar que las condiciones inherentes de la cosa, no le permiten sobrellevar el tiempo de un juicio sin un deterioro determinante.

En este rubro podríamos hacer una serie de apuntes específicos que harían más y más específico el supuesto bajo el cual se otorgaría la medida cautelar, sin embargo, como hemos venido exponiendo es nuestro pensamiento que el Juez

debe de tener un espacio para efectivamente desempeñarse como Juzgador del asunto y decidir sobre la procedencia o no de la medida de acuerdo a las pruebas que le haga llegar el solicitante.

C.2 Ejecución.

Al igual que las providencias similares, en la sentencia que otorgue la providencia precautoria, el Juzgador habrá de señalar el monto de la fianza que tendrá que exhibir el solicitante de la medida para lograr su ejecución. Dicha fianza deberá de ser por el monto que el Juzgador estime sea suficiente para cubrir los posibles daños que pudieren causarse al poseedor de la cosa con la ejecución de la medida.

Una vez presentada la garantía, se procederá a retirar la posesión del bien litigioso al presunto demandado, esto de acuerdo a lo establecido para los embargos en los juicios ejecutivos. En tal virtud, el bien secuestrado quedará en posesión del solicitante pero bajo la supervisión del Juez que concedió la medida, siendo este último el depositario del bien.

En atención a que el Juzgador será el depositario y responsable del bien secuestrado, no podrá permitir el uso de dicho objeto, sino que limitará al solicitante para única y exclusivamente se encargue de brindarle un mantenimiento adecuado de acuerdo a las necesidades propias del objeto secuestrado. El desobedecimiento a tal situación por parte del solicitante de la medida, serán las del desacato a una orden emitida por una autoridad judicial.

C.3 Levantamiento.

El levantamiento del secuestro, solo podrá una vez que haya terminado el procedimiento principal. En caso de que el actor hubiere probado su acción, la providencia precautoria dejará de surtir efectos una vez que dicha sentencia haya

quedado firme. En caso contrario, una vez que la sentencia que absuelve al deudor quedase firme, la medida cautelar será levantada y el Juzgador, previo desahogo de vista por parte del actor, resolverá sobre el cobro de la fianza a favor del deudor absuelto.

Otro camino para el levantamiento del secuestro será la revocación que pueda obtener el ejecutado mediante la interposición de una reclamación que será resuelta por el propio Juzgador. Dicho recurso se interpondrá en cualquier momento antes de que exista sentencia ejecutoriada en el procedimiento principal. El reclamante presentará su reclamación anexando las pruebas de su parte así como las copias de traslado que correspondan. Se correrá traslado a la contraparte para que produzca su contestación en los próximos cinco días. Se celebrará una audiencia para el desahogo de las pruebas que hubieren sido admitidas.

Una vez llevada a cabo la audiencia de pruebas, el Juzgador dictará una resolución que podrá ser apelada exclusivamente en efecto devolutivo. En caso de que la Superioridad resuelva revocar la providencia, esto constituirá un caso de levantamiento y se procederá a resolver sobre la entrega de la garantía previamente puesta a disposición del Juez.

Como un caso más, quizá el más evidente, será cuando el actor hubiere solicitado la medida antes de iniciar el procedimiento principal, en tal situación la falta de presentación de la demanda acarreará el levantamiento de la medida con la consecuente ejecución de la fianza.

Así las cosas, el levantamiento mediante: (i) falta de presentación de la demanda; (ii) sentencia definitiva absolutoria y; (iii) revocación ordenada por la superioridad en apelación, traerán como consecuencia la ejecución de la garantía ofrecida por el solicitante de la providencia. Sin embargo, como ya explicamos, cuando la sentencia definitiva favorezca al solicitante de la medida, la única

consecuencia será que el secuestro será sustituido jurídicamente por la ejecución de la sentencia ejecutoriada.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las providencias precautorias constituyen actos de molestia para el presunto demandado sobre el que se ejecute la medida cautelar.

SEGUNDA.- Los actos de molestia únicamente deben de cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 16º Constitucional, esto es:

- Mediante un mandamiento escrito;
- Que el mandamiento escrito haya sido emitido por la autoridad competente;
- Que se encuentra debidamente fundada y motivada la causa legal del procedimiento.

TERCERA.- Debido a la condición de ser un acto de molestia, la resolución que otorga una providencia precautoria no debe forzosamente de reunir los requisitos de la garantía de audiencia contenida en el artículo 14º constitucional.

CUARTA.- El objeto principal de las providencias precautorias es el conservar las condiciones que hagan posible la ejecución de una eventual sentencia definitiva cuando existe una sospecha fundada de que debido a las condiciones específicas del deudor, tal situación puede verse comprometida.

QUINTA.- Las Providencias precautorias constituyen un método efectivo para lograr la eficacia de las resoluciones judiciales, y por tanto, son una figura jurídica de vital importancia en la legislación mercantil.

SEXTA.- El ámbito mercantil es el que necesita en una forma más clara las figuras de las providencias precautorias. Esto en atención a que los tiempos del comercio a menudo rebasan los tiempos que aplican para otras áreas del actuar humano.

Es en el comercio donde deben de existir mayores garantías y métodos más eficaces que provean de una seguridad jurídica cada vez mayor.

SÉPTIMA.- Dentro de su papel como aspirante a líder en captador de inversión, nuestro país debe de ofrecer un marco jurídico que atienda las necesidades de celeridad para la transmisión de propiedad y circulación del capital mediante medidas cautelares que sean acordes a nuestro orden constitucional. Nuestro país debe de plasmar en su ordenamiento jurídico mercantil medios de defensa más eficaces frente a los incumplimientos. Estos medios cautelares deben de prever la posibilidad de retirar provisionalmente una posesión que es dañina para el bien objeto del contrato para de esta forma, dotar a la resolución definitiva del procedimiento ordinario de una eficacia sustantiva, es decir, que permitan que las sentencias que juzguen sobre el incumplimiento sean útiles para el que intenta la acción.

OCTAVA.- Existen bienes que por su especial naturaleza, deben de gozar de un cuidado y mantenimiento constante para lograr su correcta conservación a través del tiempo, por ejemplo las aeronaves, las embarcaciones, el equipo médico de alta especialización. Los bienes señalados requieren de un cuidado y registro meticuloso de los ciclos de vida de sus piezas, sustituciones y horas de uso. Por tal motivo, los cuidados de mantenimiento mencionados no pueden ser suspendidos por el poseedor en ningún momento ya que tal situación implicaría la pérdida irreparable del mismo. Por más que se lograra obtener una sentencia favorable en el procedimiento ordinario, no sería posible restituir al propietario ya que el objeto del asunto estaría en unas condiciones deplorables o incluso podría llegar a ser inservible.

NOVENA.- Los tiempos y plazos de un juicio ordinario, no son compatibles con la naturaleza de algunos bienes específicos que requieren un cumplimiento al pie de la letra de las condiciones pactadas en el contrato, ya que como hemos señalado, el cumplimiento a cabalidad de las condiciones de mantenimiento pactadas con el

propietario representan un presupuesto necesario para la conservación del bien. No pueden someterse este tipo de bienes a un incumplimiento deliberado de las condiciones de mantenimiento, ya que sí tal conducta por parte del presunto deudor se prolonga a lo largo del juicio ordinario, resultaría en una pérdida irreparable del objeto del contrato para el actor. En tal virtud, resulta imperativo lograr a través de una providencia precautoria, que el bien del cual se reclamará su devolución, sea conservado bajo las condiciones de mantenimiento específicas que hagan posible su conservación hasta la emisión de la sentencia ejecutoriada que haga efectiva una devolución apegada a los términos de dicha resolución.

DÉCIMA.- Establecer una providencia precautoria en el Código de Comercio que faculte al juzgador para ordenar el secuestro del bien, para efecto de que el propietario éste en posibilidades de proveerle los cuidados de mantenimiento necesarios, que el poseedor y presunto demandado omite proporcionar, constituye una medida válida para lograr la conservación del bien a lo largo de un juicio ordinario. En adición a lo anterior, tenemos que una providencia precautoria como la que se propone, contribuiría a la eficacia del actuar judicial, ya que su resolución definitiva resultaría verdaderamente efectiva.

DÉCIMA PRIMERA.- Con una providencia precautoria como la que se propone se salvaguardaría también, la efectividad de la sentencia definitiva que eventualmente se obtenga, ya que todo el principio de que los particulares acudan a la autoridad para obtener justicia, se funda precisamente en que el juzgador habrá de hacer respetar los derechos de cada cual. Por tanto, al salvaguardar tanto los derechos del propietario mediante el secuestro, como el del poseedor mediante la fianza, se aportaría en favor de la garantía individual de derecho a la jurisdicción de los gobernados.

DÉCIMA SEGUNDA.- El secuestro de bienes litigiosos debería de ser contenida estrictamente en el ámbito mercantil, lo anterior con base en que un acto de molestia como el que representaría la providencia que se propone, se justificaría

plenamente en el campo del comercio, ya que son éstas las relaciones que requieren de una celeridad más específica, por tanto en el Código de Comercio, debería existir una providencia precautoria que contribuyera a la movilidad del capital comercial y a la certeza jurídica de los propietarios que aportan bienes necesarios para la industria o la producción como lo son la maquinaria especializada, las aeronaves y los embarcaciones.

DÉCIMA TERCERA.- En el presente trabajo de tesis se ha concluido pues, que en nuestra legislación mercantil hace falta una providencia precautoria o medida cautelar que disponga la protección necesaria para el comerciante que aporta como capital de inversión un bien de su propiedad que por su nivel de especialización constituye un medio necesario para el desarrollo de alguna industria o actividad comercial específica. Lo anterior a través de medidas que aporten certeza y protección sobre los bienes en posesión de una persona distinta al propietario, mediante el retiro de la posesión del bien hasta en tanto no se acredite un cumplimiento mínimo de las condiciones de conservación pactadas en el documento que funda la relación jurídica de las partes.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- ROCCO, A., La Sentencia Civil, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2000.
- CARNELUTTI, F., La Prueba Civil, Segunda División, Ediciones de Palma, Argentina, 1982.
- ALLORIO, E., Problemas de Derecho Procesal, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1982.
- CALAMANDREI, P., Estudios sobre el Proceso Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1986.
- CARNELUTTI, F., Instituciones del Proceso Civil, Traducción de la Quinta Edición italiana por Santiago Sentís, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- AZUA, S., Teoría General de las Obligaciones, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1997.
- GALINDO GARFIAS, I., Teoría General de los Contratos, Editorial Porrúa, México, 1996.
- ACOSTA ROMERO, M., Nuevo Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México, 2000.
- ESTRADA, R., Sumario Teórico Práctico de Derecho Procesal Mercantil, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1999.
- DE PINA, R., Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, vigesimaquinta edición, Editorial Porrúa, México, 1996.
- DE EIZAGUIRRE, Derecho Mercantil, Civitas Ediciones, España, 1999.
- VICENT, F., Introducción al Derecho Mercantil, Editorial Tirant lo Blanc, España, 1999.
- AGUIRRE, M., Derecho Procesal Civil, Reimpresión de 1973, Tomo I, Editorial Vile, Guatemala, 1996.
- ZAMORA-PIERCE, J., Derecho Procesal Mercantil, segunda edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1978.
- RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, J., Derecho Bancario, Editorial Porrúa, , México, 1964.
- BRISEÑO SIERRA, H., Derecho Procesal Vol. 1, segunda edición, Editorial Oxford, México, 1999.
- GOMÉZ LARA, C., Derecho Procesal Civil, quinta edición, Editorial Harla, México. 1991.
- BARRERA GRAF, J., Instituciones de Derecho Mercantil, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1989.
- BEJARANO SÁNCHEZ, M., Teoría General de las Obligaciones, decimosegunda edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
- DÁVALOS MEJÍA, C., Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, segunda edición, tomo II, Harla, México, 1996.

- DE PINA VARA, R., Derecho Mercantil Mexicano, decimanovena edición, Editorial Porrúa, México, 1986.
- GARRIGUES, J., Curso de Derecho Mercantil, novena edición, tomos I y II, Editorial Porrúa, México, 1996.
- MANTILLA MOLINA, R., Derecho Mercantil, vigesimanovena edición, Editorial Porrúa, México, 1996.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, J, Derecho Mercantil, vigesimasegunda edición, tomos I y II, Editorial Porrúa, México, 1996.
- TOMAS Y VALIENTE, F., Manual de Historia del Derecho Español, cuarta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1983.
- TENA RAMÍREZ, F., Leyes Fundamentales de México 1808-1997, vigésima edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

Legislación:

- Código de Comercio vigente.
- Código Federal de Procedimientos Civiles vigente.
- Ley de Enjuiciamiento Civil (España).

Páginas Web:

- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
 - www.juridicas.unam.mx